13
17 D
12

[illegible]
[illegible]


CAROLVS
IVSTINIANVS
REINHARDI
BACHOVII ECHTILIC
IN INSTITV-
TIONVM IVRIS DIVI
IVSTINIANI
LIBROSQVATOR
COMMENTARII
Theorici et Practici
BALDVS.
BARTOLVS.

[illegible]
[illegible]

REINHARDI BACHOVII
ECHTII, IC.

IN INSTITUTIONUM JURIS DIVI JUSTINIANI LIBROS QUATUOR COMMENTARII

Theorici & Practici.

Et Nova hac Editione correcti.

QVIBUS TVM TEXTUS SOLIDE EXPLICATVR, tùm plurimæ connexæ QUÆSTIONES *ex veris Principiis* JURIS *accurate enodantur.*

Nunc cum INDICE, & PRIVILEGIO
in lucem editi.



FRANCOFVRTI
Typis Matthæi Kempfferi, Impenſis JOAN. GODEFREDI SCHÖNWETTERI.
Anno M DC XLIII.

Digitized by Google

BENEVOLO LECTORI S.

EN Tibi amice Lector, Commentarios meos ad Inſtitutiones, quos jam pridem, ut in publicum ederem, non pauci ſtudioſi & voce & ſcriptis petierũt. Dediſſem hiſ ipſis nundinis & alia, inprimis Comment. ad primam partem Pandectarum: ſed conatibus meis obſtitit & invidit Fortuna. Dum Heidelbergæ, ubi XX. & amplius annis Profeſſorem egeram, ſarcinas colligo, & ad diſceſſum me compono, aliquot ſeptimanæ abierunt. Et ubi primum Heidelberga mihi abeundum eſſe intellexi, qui ab ineunte ætate in Academiis verſatus & quaſi innutritus eram, & qui perpetuo hoc & unice egi, ut opera mea ſtudioſis prodeſſe poſſet, ſtatim de alia Academia petenda cogitavi. Et occurrit præ ceteris Argentinenſis, in quam & celebritas urbis, & opportunitas loci, ſtudioſorum frequentia, ſed & conſilia amicorum, invitabant. Itaq; præcipua parte Bibliothecæ, quæ quatuor millia pondo conficiebat, in navem impoſita, Spiram delatus ſum, non eo conſilio, ut ibi hærerem, ſed ut prima oblata occaſione peterem Argentinam & ibi fortunarum mearum figerem ſedem. Et jam tum animo quaſi præcipiebam voluptatem illam, quam ex converſatione cum Dnn. Profeſſoribus & ſtudioſis, ex Lectionibus & diſputationibus, qua audiendis, qua inſtituendis percepturus eram. Et ita mihi blanditus eſt, & me abripuit hic affectus, ut non ferens Spiræ longiorem moram; (quæ tamen fuit duorum mẽſium, quos pene otioſus ibi exegi) incommoda tempeſtate anni, circa ipſam Urbem graſſantibus hinc inde militibus, itineri committerem me & bibliothecam meam, cum omnibus manuſcriptis, in quibus poſt Deum omnes ſpes opeſque meæ, quæ etiam jactata ventis & fluctibus, vix quarta poſt ſeptimana Argentinam pervenerunt. Ibi vero, cum jam in portu me eſſe putarem, ſævior tempeſtas, & quæ pene merſit, excepit. Et quamvis enim in omnibus aliis & fere totius Europæ Academiis, his qui fiduciam ſtudiorum ſuorum habent, privatim ſtudioſis operam dare liceat: Profeſſores tamen juris Argentinenſes hoc mihi licere noluerint, ſed (ut ne quid deſiderare poſſint) ſubmiſſe etiã hoc petenti, & fortunæ novercantis iniquitatem, quæ me premebat, exponenti, (indignãtibus licet ſtudioſis, qui opera mea privatim uti volebant) interdixerunt. Et quid facerem, peregrinus & exul, non æqua mihi cum illis factio erat. Itaq; cum ſine ſubſidio, quod ex privatis exercitiis mihi pollicitus fueram, ibi vivere non poſſem, cedere, & rurſus vela ventis dare, & Spiram repetere coactus fui. Ita miſero, magni ſumtus, & tot horæ, imo dies, imo ſeptimanæ, imo toti quinque menſes, quos alias optime impendere potuiſſem, miſere perierunt. Hæc Te optime Lector, ſcire, ne tempus & otium ultro à me male collocatum putes, excuſare, & fortunas meas, quæ me hactenus jactarunt, exponere viſum fuit. Tu vale & conatibus meis fave.

Reinhardus Bachovius Echtius IC.

ELEN-

ELENCHUS
TITULORUM QUI QUATUOR LIBRIS Inſtitutionum Imp. continentur, & hiſce commentariis explicantur.

LIBRO PRIMO continentur.

I. *DE iuſtitia & iure*, pag. 1.
II. *De iure naturali, gentium, & civili* 8
III. *De iure perſonarum* 30
IV. *De ingenuis* 37
V. *De libertinis* 39
VI. *Qui, & quibus ex cauſis manumittere non poſſunt* 44
VII. *De lege Fuſia Caninia tollenda* 53
VIII. *De his qui ſui, vel alieni iuris ſunt* 56
IX. *De patria poteſtate* 62
X. *De nuptiis* 67
XI. *De adoptionibus* 97
XII. *Quibus modis ius patriæ poteſtatis ſolvitur* 115
XIII. *De tutelis* 116
XIV. *Qui teſtamento tutores dari poſſunt* 132
XV. *De legitima agnatorum tutel.* 138
XVI. *De capitis diminutione* 141
XVII. *De legitima patronorum tutela* 148
XVIII. *De legitima parentum tutela* 149
XIX. *De fiduciaria tutela* 149
XX. *De Attiliane tutore, & eo qui ex lege Iulia & Titia dabatur* 151
XXI. *De auctoritate tutorum* 157
XXII *Quibus modis tutela finitur* 160
XXIII. *De curatoribus.* 163
XXIV. *De ſatiſdatione tutorum, vel curatorum* 170
XXV. *De excuſationib. tutorum vel curatorum* 176
XXVI. *De ſuſpectis tutoribus & curatoribus* 193

LIBRO SECUNDO.

I. *DE rerum diviſione, & acquirendo ipſarum dominio.* 199
II. *De rebus corporalibus, & incorporalibus* 260
III. *De ſervitutibus ruſticorum & urbanorum prædiorum* 262
IV. *De uſufructu* 271
V. *De uſu & habitatione* 281
VI. *De uſucapionibus & longi temporis præſcriptionibus* 285
VII. *De donationibus* 304
VIII. *Quibus alienare licet, vel non* 313
IX. *Per quas perſonas cuiq; acquiritur* 321
X. *De teſtamentis ordinandis* 333
XI. *De militari teſtamento* 351
XII. *Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum* 360
XIII. *De exhæredatione liberorum* 368
XIV. *De hæredibus inſtituendis* 379
XV. *De vulgari ſubſtitutione.* 395
XVI. *De pupillari ſubſtitutione* 398
XVII. *Quibus modis teſtamenta infirmentur* 413
XVIII. *De inofficioſo teſtamento* 424
XIX. *De hæredum qualitate & differentia* 437
XX. *De legatis* 450
XXI. *De ademptione legatorum, & translatione* 489
XXII. *De lege Falcidia* 490
XXIII. *De fideicommiſſariis hæreditatibus, & ad S.C. Trebellianum* 496
XXIV. *De ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis* 513
XXV. *De codicillis* 517

LIBRO TERTIO.

I. *DE hæreditatibus quæ ab inteſtato deferuntur* 523
II. *De legitima agnatorum ſucceſſione* 539
III. *De Senatuſconſulto Tertulliano* 549
IV. *De Senatuſconſulto Orphitiano* 554
V. *De ſucceſſione cognatorum* 556
VI. *De gradibus cognationis* 560
VII. *De ſervili cognatione* 564
VIII. *De ſucceſſione libertorum* 571
IX. *De aſſignatione libertorum* 579
X. *De bonorum poſſeſſionibus* 580
XI. *De acquiſitione per arrogationem* 594
XII. *De eo cui libertatis cauſa bona addicuntur* 597
XIII. *De ſucceſſionibus ſublatis, quæ fiebant per bonorum*

Digitized by Google

rum venditiones & ex Senatusconſulto Claudiano 600

XIV. De obligationibus 602

XV. Quibus modis recontrahitur obligatio 607

XVI. De verborum obligationibus 615

XVII. De duobus reis ſtipulandi, & promittendi 627

XVIII. De ſtipulatione ſervorum 629

XIX. De diviſione ſtipulationum 631

XX. De inutilibus ſtipulationibus 633

XXI. De fidejuſſoribus 651

XXII. De literarum obligationibus 658

XXIII. De obligationibus ex conſenſu 660

XXIV. De emptione & venditione 661

XXV. De locatione & conductione 669

XXVI. De ſocietate 675

XXVII. De mandato 681

XXIIX De obligationibus, quæ quaſi ex contractu naſcuntur 661

XXIX. Per quas perſonas nobis obligatio acquiritur 697.

XXX. Quibus modis tollitur obligatio 698

LIBRO QUARTO.

I. De obligationibus, quæ ex delicto naſcuntur 710

II. De vi bonorum raptorum 731

III. De lege Aquilia 736

IV. De injuriis 744

V. De obligationib., quæ quaſi ex delicto naſcũtur

VI. De actionibus 760 (775

VII. Quod cum eo qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur 836

VIII. De noxalibus actionibus 843

IX. Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur 847

X. De iis per quos agere poſſumus 853

XI. De ſatiſdationibus 855

XII. De perpetuis & temporalib. actionibus, & quæ ad hæredes & in hæredes tranſeunt 864

XIII. De exceptionibus 868

XIV. De replicationibus 876

XV. De interdictis 880

XVI. De pœna temere litigantium 891

XVII. De officio judicis 896

XVIII. Et Ult. De publicis judiciis. 902

INDEX

IN COMMENTARIA

SUPER

INSTITUTIONES.

PRIOR NUMERUS LIBRUM, SECUNDUS titulum, tertius paragraphum deſignat.

A.

Acceptilatio quomodo dicatur juris gentium 3.30.1 Ejus diſtinctio in ſimplicem & Aquilianam & conſutata, ibid. & cur per eam non poſſint tolli obligationes conſenſu conſtantes, ibid.

Acceptilatio partis 3.30.1.

Acceſſorium quandoque manet, ſublato principali, 3.21.4.

Actiones ex jure gentium, 1.2.3. & 4.6.2.

Actio an detur ultra quadruplum 4.6.3.

Actiones ex delictis, quæ non dantur hæredibus 4.12.1. cur iſtæ actiones non dentur contra hæredes 4.1.16. & 4.3.3.

Actiones ex contractu dantur in hæredes in ſolidũ etiam ob dolum defuncti, ibid. & 4.12.1.

Actiones quomodo objectum juri 4.6. in pr.

Actionum diviſio in rem & in perſonam 44.6.1. & hujus cauſæ ibid.

Actione in rem mota, quid juris ſi poſt litẽ conteſt. petitori ſuperveniat dominium 4.6.1. & quid ſi reus ante vel poſt litem conteſtatam dolo poſſidere deſierit, ibid. & an tum ſententia poſſit executioni mandari contra tertium poſſeſſorem, 4.6.1.

Actio-

Actionum humanarum, quæ non jure fiunt diſtinctio, 4. 4. princ.
Actor adjunctus tutori, 1. 23. 4.
Adcreſcendi jus, 2. 27. 7.
& an poſſit prohiberi à teſtatore, 2. 14. 5.
Adjectus ſolutionis gratia, 3. 20. 1.
Adoptionis modus, 1. 11. 2.
Adoptio fœminæ 1. 11. 10.
& in locum nepotis ubi non eſt filius 1. 11. 6.
Adoptionis linea 1. 10. 2.
Adoptatus ex tribus maribus 3. 1. 14.
Adoptati filii extranei jus in ſucceſſione, 3. 1. 14.
Adquirere ex re alicujus, 2. 9. 5.
Adrogatio unde dicta, 1. 11. 2.
ejus modus ibid.
Adrogatio impuberis, 1. 11. 3.
& ei quæ quarta debeatur, 1. 11. 4.
Adrogatur an teneatur ex antegeſto, 3. 11. 2.
& an utilibus actionibus ex contractu arrogati, ibid.
Æditu us, 1. 13. 2.
Adſcriptitii, qui, 3. 1.
Ætas virilis togæ 1. 6. 3.
Affines qui 1. 10. 9. & 10.
Earum ſpecies genera & gradus. ibid.
Affinitas imperfecta. ibid.
Affinitas an naſcatur ex coitu illicito, ibid.
Album corrumpentis pœna, & cui ea applicetur 4. 6. 2.
Alveus deſtitutus cujus ſit 2. 1. 19.
Alumnus quis 1. 6. 3.
Annui ſtipulatio, an ſit pura & una 3. 16. 5.
Appellari an poſſit à decreto quo quis tutor datur 1. 25. 8.
Aquiliæ Legis actio cur non detur in hæredes 4. 3. 3.
& an ſit pœnalis 4. 6. 17.
& an ex iſta cauſa & lege poſſit agi criminaliter, 4. 3. 5.
Aquiliæ actio utilis 4. 3. 19.
Aquæ hauſtus 2. 3. 2.
Arbitri qui ſint 4. 6. 1.
Arbitrariarum actionum duæ ſpecies 4. 6. 27.
an faciant tertiam ſpeciem præter ſtricti juris & bonæ fidei actiones, ibid.
& quomodo differant à bonæ fidei judiciis, ib.
Argumentum à contractibus ad ultimas voluntates, 1. 7.
Arris datis, an poſſit unus invito altero à perfecto contractu reſilire 3. 24. pr.
Autoritas quid 2. 6. 2.
Autoritatis tutoris interpoſitio 1. 21. 3.
B.
Beneficium an poſſit dari invito 3. 30. in pr.
in bonis eſſe quid ſit 4. 2. 2.
Bonæ fidei actiones quæ & cur ſint 4. 6. 24.
& earum differentiæ, ibid.
an inter eas ſit petitio hæreditatis, ibid.
an actio de peculio & aliæ, quæ ſaltem habent novas qualitates, ibid.
Bonorum poſſeſſio ex Legibus 3. 10. 5.
Bonorum poſſeſſionis contra tabb. quæ parentibus & patronis datur, differentia 3. 8. 3.
Bonorum poſſeſſio quid ſit 3. 10. 1.
an qui eam agnovit ſit etiam ſuus hæres jure civili, ibid.
Bonorum poſſeſſio pro decem perſonis 3. 10. 2.
& tamquam ex familia, ibid. & 3. 10. 4.
Bonorum poſſeſſor non eſt hæres 3. 10. 1.
Bonorum verus venditio 3. 1. 3.
C.
Calumniæ juramentum an olim præſtitum 4. 16. 1.
Calumniæ vetus actio, ibid.
Capitalis cauſa quæ 4. 18. 1.
Capitis diminutione minima quæ pereant 3. 11 in pr.
& an obligatio operarum, ibid.
Catholiciani 4. 6. 21.
Certa debet eſſe ſententia 4. 6. 28.
non tamen neceſſe eſt, ut ſemper certum petatur, ibid.
Cenotaphium 2. 1. 6.
Cenſus apud Romanos 3. 8. 5.
Coalitio terræ 2. 1. 16.
Committi ſtipulationem, quid ſit 3. 16. 4.
Cognatio ſpiritualis 1. 10. 2.
Commixtio confuſio 2. 1. 20.
Communia quæ 2. 1. 2.
Conditionis ſignificatio 3. 15 pr.
Conceptus poſt mortem non ſuccedit 3. 1. 8.
Concurſus actionum 4. 9. 1.
Commodata res cujus ſit periculo 3. 15. 2.
Condictio certi an duplex 3. 15. pr.
Condicere, condictio 4. 6. 15.
Condictio quomodo detur contra furem 4. 6. 14.
Condictionis ejus utilitas, ibid.
& an in ea ſit probandum dominium, ibid.
Condictio quomodo temperat, ut detur, vel fiat 4. 6. 21.
Compenſationi quando olim & hodie locus 4. 6. 26.

Compenſationi ipſo jure locum eſſe, quid ſignificet, Ibid.
Compenſare qui potuit, an ſolutum repetere poſſit, Ibid.
Compenſatio cur non objici poſſit depoſito 4.6.26.
& quid circa iſtam materiam novi fecerit Juſtinianus, ibid.
Compenſatio beneficium quale ſit 4.6.34. & 35.
Conditio impoſſibilis 2.14.6.
Conditio ſecundum dici 3.16.6.
Conditionales homines 7.3.1.
Conditionalis ſtipulatio tranſit in hæredes 3.16.4.
& cur aliud in legatis, ibid.
Conſanguinei qui 3.2. in pr.
Conſilium an obliget 3.27.2. & 4.1.9.
Conſobrini 3.2. pr.
Conſtitutionum ſpecies 1.2.9.
Conſtitutum pactum nudum cur pariat actionem 4.6.8.
an ea actio tantum competierit pro rebus fungibilibus, ibid.
& quid ſi conſtitutum ſit per modum ſtipulationis 4.6.9.
& quid juris ſi in tali ſtipulatione ſit vitium, ib.
Conſuetudo 1.2.12.
& an tollat Legem, ibid.
Contractuum diviſione 3.15. pr.
Contentionum diviſio 3.14.2.
Culpa an ſuſtineat nuptias non legitimas 1.10.13.
Criminalia judicia quando & quomodo finiatur 4.12.1.
Cretionis ſolennitas 2.19. in fin.
Culpa in contractibus præſtanda 3.16.2. & 3.26.3.
Culpa lata & leviſſima ibid.
Cura furioſorum & prodigorum 1.23.2.
Curator cur non detur teſtamento 1.23.1.
Curatorem an accipiant inviti, ibid.
Curiæ oblatio 1.10.12.

D.

DAmnatus reſtitutus an recipiat patriam poteſtatem 1.12.2.
Dare quid ſit 4.6.1. & 4.6.14.
Decuriones 1.10.14.
Defenſores 1.20.4.
Defenſor cur admittebatur ſine mandato 4.11.5.
Defenſor utitur exceptionibus propriis & ipſius Rei, 4.14.1.
Defendens cum mandato cur omnino ſatisdare teneatur 3.30.2 & 4.11.1.
Delegatio quid 3.30.2.
Delictorum diſtinctio 4.1. pr.
Delictum palam, an ſit gravius 4.1. pr.
Deportatio an omnino ſubrogata in locum interdictionis aquæ & ignis 4.18.2.
Deportatio 1.16.3.
Dies certus vel incertus 2.14.6.
Divi fratres qui 1.25.3.
Diviſionis beneficium an ab Hadriano 3.21.4.
Diviſionis exceptio quando opponenda, ibid.
Divortii jus 1.10.7.
in eo cur ſit opus ſeptem teſtibus.
Dominii variæ diſtinctiones 4.6.1.
Dominus an ſit poſſeſſionis & obligationis, 4.6.2.
Donationum quid 2.7.5.
Donationis genus 2.7.1.
Donatio qualis modus adquirendi, ibid.
Donare mortis cauſa an poſſit filiusfamilias, 2.12.1.
Donationis hujus comparatio cum legatis 2.7.1.
Dos an ex cauſa illegitimi conjugii fiat caduca 1.10.13.
Dotis dominus quis ſit 2.8.1.

E.

EMancipatio & ejus modi 1.12.6.
Emancipentur an inviti 1.12.7.
Emancipatio an mutet ſtatum & an ſit hodie capitis diminutio 1.16.4.
Emancipatus ſuccedit jure prætorio 3.1.9.
ſi modo tempore mortis patris ſit talis 3.1.10.
Exceptionis genus 4.13. pr.
Exceptio jurisjurandi 4.15.2.
Exceptio judicati 4.13.3.
Exceptiones privilegiatæ 4.13.6.
Exceptionum dilatoriarum diſtinctio 4.13.6.
cur militi poſt litem conteſtat. non opponantur, ibid.
Exceptiones quando opponendæ 4.13.6.
& an poſſint opponi poſt ſententiam, ibid.
Exceptiones in rem & in perſonam 4.14.1.
& an hæ proſint fidejuſſori, ibid.
Exceptiones miſtæ, ibid.
ad Exhibendum actio 2.1. & 21.
& de ea ſingularia, 2.8.3.
Exules qui 1.12.2.

F.

in FActum actio dupliciter dicitur 4.3.9.
Facere & dare quid ſignificent 4.6.1. & 4.6.14.

Facta

Facta locari ſolita, 3. 27.6.
Falcidię an locus in fideicommiſſis 2.22.1.
Facti alieni promiſſio, 3.20.1.
Familiæ appellatio 1.7.
familiæ emptor 2. 10. 9.
Fictio L. Corneliæ & poſtliminii 1.12.5.
Fidejuſſor an accedat obligationi civili nudæ 4.6. 9.& 3.21.1.
Fidejuſſor an poſſit intervenire in cauſis criminalibus, 3.21.1.
an pro dote reſtituenda, ibid.
Fidejuſſor, qui totum ſolvit, an habeat regreſſum contra collegam 3.21 3.
Fidejuſſor pro naturali obligatione 3. 21.4.
Fidejuſſor in plus an prorſus non teneatur, ibid.
Fides bona quid & quando requiratur, 2. 6.
& quid in emptione, ibid.
Fides mala an noceat ſucceſſori, univerſali & ſingulari 2.6.7.
Filii appellatione an veniat nepos 1 14.5.
Fiduciaria tutela, 1.1.9.
Fructuum diſtinctio, 2.1.27.
Fructus percipere, quid ſit, ibid.
in Fructibus quod ſit jus bonæ fidei poſſeſſoris, 2. 1.27.
quod coloni, ibid.
quod fructuarii, 2 1.28.
& partus an ſit in fructu, ibid.
Fructuarii ſervus cujus juſſu adeat hæreditatem, 2.9.5.
Fratrum liberi ſoli quomodo ſuccedant 3. 2.4.
Furia Lex 2.22.1.
Furtum non eſt rerum immobilium, 2.6.3.
Furtum an fiat animo 4.1.1.
Furtum an ſit poſſeſſionis, ib.
an rerum hæreditariarum, ibid.
Furti finis lucrum, 4. 1.1.
Furtum jure naturali prohibitum, ib.
Furtum manifeſtum cur gravius punitum 4.1.5.
& an requirat realem prehenſionem, 4.1.3.
Furtum conceptum per lancem & licium 4. 1.4.
Furti dupli pœna unde 4. 1.5.
Furti pœna capitalis, ibid.
Furti actio an patri detur in filium, & contra 4.1.10
Furti actio quomodo detur ratione ejus quod intereſt, & quid hic juris, 4. 1.11.
Furtum an faciat ipſe commodans 4.1. 12.
Furti actio an detur depoſitario, re amiſſa per latam culpam, 4. 1.14.
& quid ſi ex pacto præſtet culpam levem, ibid.
Furti manifeſti actio an perpetua, 4.12. pr.
Furtum an ſit gravius in re fidei alicujus commiſſa.

G.

GEntiles, 1. 15.1.
Germanus frater 3.2.4.
Geſtor negotiorum quam diligentiam præſtet, 3. 28.1.

H.

HÆreditas cujus perſonā repræſentet, 2 14.5.
Hæreditas quomodo dividatur inter plures hæredes, 2.14.15.
Hæres ſcriptus in re certa, ibid.
Horreum 2.1.32.
Hoſtilium rerum occupatio, 2.1.13.

I.

IMpp. etiam Chriſtiani ſibi divinos prope honores arrogaverunt, 1.8.3.
Implantatio, 2.1.24.
Impenſæ neceſſariæ, utiles 2.1.23.
Inædificatio 2.1.22.
Imperium, 1.25.2.
Infamia cur irrogetur damnatis ex quibuſdam contractibus, 4 16.2.
& an in delictis evitetur ſi conſtituto judicio ante ſententiam pœna & pecunia reo offeratur. Ibidem.
Incerta quoad nos & quoad naturam, 3.16.6.
Indebiti ſolutio qualis ſit contractus 3.28.5.
Indebiti condictio unde naſcatur, ibid.
& quibus caſibus ceſſet, 3 28.6.
Indebiti ſolutio an ſit promutuum, 3.15.1.
Inficiatione cur lis creſcat, 3.28.6.
Ingenuus quis, 1.4.1.
Injuria an fiat ſervis. 4.4.2.
Injuria facta ſervo communi, ibid.
Injuria facta uxori, vel liberis, ib.
Injuriarum actio ad quid competat, 4.4 3.
Injuria quomodo vindicetur ex jure civili, ib.
& an eo jure ſit aliqua actio ad palinodiam, ibid.
Injuriarum actio ex Lege Cornelia qualis, 4.4.3.
Injuriarum actio ex Edicto an detur pro injuriis realibus, ibid.
Injuriarum actio quomodo finiatur, 4.4.5.
& an in ſententia ſuper hac actione lata poſſit ſervari fama, 4. 4.5.

Injuriarum actio an remiſſa ſit, ſi ægrotus dixerit ſe remittere tancorem animi, 4. 4. 5.
& an tempus quo finiatur ſit continuum an inutile, ibid.
Injuriarum actio ex Lege Cornelia, an ſit annalis, 4. 4. 5.
Injuria quomodo dicatur diſſimulari, ib.
Injuſta uxor 1.10.1.
Interdicta cur ſuper cauſa poſſeſſionis, 4. 15. pr.
forma & modus in iis procedendi, ibid.
& an ſint extraordinariæ actiones, ib.
Interdicta unde appellata 4.15.1.
Interdicta quo ſenſu duplicia 4.15.6.
Interdicti qui 1.12.2.
Interdictio aquæ & ignis 1.16.3.
Inſulæ adquiſitio 2.1.17.
Inteſtabiles qui 2.10.6.
Inteſtatus propriè quis 3.1. in pr.
Judicati ſolvendi cautionis clauſula 4.11.pr.
Judicii acceptione qualis cōtingat liberatio 3.30.2.
Juramenti deciſorii effectus 4.6.11.
ex eo competentis actionis, quæ ſit natura, ibid.
& cur ſuperſit vetus actio, ibid.
Juratoria cautio à quo præſtetur, 4.11.2.
Juriſdictio prætoris quo ſenſu perpetua 4.6.12.
Juriſprudentia media 3.2.2.
Juriſprudentiæ natura 1.1.2.
ejus definitio ibid.
præcepta 1.1.3.
Juris ſignificata 1.1.4.
Juris privati diviſio ibid.
Juris ſtudioſi 1.2.11.
In Jus vocatio an facta per raptionem 4.6.12.
Jus an commune brutis 1.2.1.
Juris naturalis variæ acceptiones 1.2.2.
Juris gentium ſpecies ibid.
Juris civilis proprietates ibid.
Jus civile merum & mixtum 1.2.2.
Juſſu domini quomodo cum ſervo contrahi dicatur 4.7.1
Juſtitiæ definitio 1.1.1.
diviſio, ibid.

L.

Legati definitio 2.20.1.
Legatorum exæquatio 2.20.2.
Legatum fructuum 2.20.6.
nominis 2.20.17.
generis 2.20.18.
optionis, ibid.
Legatum rei quæ non eſt in commercio 2.20.4.
Legatarius partiarius 2.23.4.
Legata re aucta vel minuta quid juris 2.20.15.
& quid ſi mutata ſit rei legatæ forma, ibid.
Legitima quo titulo relinquenda 2.18.6.
Legitima per ſubſequens matrimonium 2.10.14.
& an opus dotalibus inſtrumentis ib.
Legitimatio per adoptionem, ibid.
Lex regia 1.2.9.
Legis actiones 1.11.2. & 1.12.6.
an exerceantur apud magiſtratum municipalem, ibid.
& an apud delegatum, ibid.
Leges an mutandæ 1.2.14.
Leges quævis an juſtæ habendæ 1.2.2.
Legis eſſentiam an faciat ſcriptura 1.2.4.
Libellus an poſſit mutari eodem judicio 4.6.32.
Liberi an in poteſtate matris 1.9.1.
Liberi naturales 1.10.14.
Liberatio per interitum rei 2.20.14.
Liberi an ſub conditione inſtitui poſſint 2.14.6.
Liberum, ſing. numero pro filio 2.9.3.
Libertus an adſignetur emancipato 3.9.
Libertas quid 1.3.2.
Libertas juſta 1.5.2.
Libertorum diſtinctio, & hujus origo & cauſa 1.5.3.
Litem ſuam facere quid 4.5. in pr.
ſi id fecerit filius an teneatur pater de peculio 4.5.2.
Literarum obligatio nulla 3.22.
& qualis ea ſit obligatio de qua d.t. tractatur, ib.
& an poſt biennium cōtra eam excipi poſſit, ib.
Locationis merces an tantum in pecunia numerata, 3.25.2.
Lucrativæ duæ cauſæ an concurrant 2.20.4.

M.

Magicis carminibus an poſſint occidi homines 4.18.3.
Magiſtratus tenetur actione ſubſidiaria 1.24.3.
& an hac ante tutores conveniantur, ib.
Mandati diviſiones 3.27.pr.
Mandatum quoddam an ſit duntaxat aliena gratia, ibid.
Mandati obligatio an contrahi poſſit, ubi non intereſt mea 3.27.2.
Mandati fines qui exceſſit, an habeat actionem negot. geſtorum 3.27.4.
Mandatum an ſit ſemper ſi merces non intervenerit, 3.27.7.
Mandatum quomodo finiatur 3.27.5.

Digitized by Google

Manumiſſio per vindictam 1.5.2.
Manumiſſio an fiat per alium, ib.
Mater non ſuccedit impuberi cui non petiit tutorem, 3.3.5.
& quid ſi pupillus intra annum mortuus ſit, ib.
Matertera unde 3.6.1.
Matrueles qui 3.6.2.
Milliarium aureum 1.25.8.
Mixtæ actiones 4.6.2.
quot modis dicantur 4.6.19.
Mobiles res quæ ſint 3.20.in pr.
Mortis punctum an vitæ computetur 3.20.10.
Mulier an teſtis in teſtamento 2.10.6.
Mutui etymologia 3.15.pr.
diviſio, ibid.

N.

NAtura an quædam ſint juſta vel injuſta 1.2.2.
Naturæ jus an mutabile, ib. & 1.2.14.
Nomina quam vim ad ſignificandum habeant, 2.20.21.
Novatione cur tollantur obligationes etiam non verbis contractæ 3.30.2.
Novatio an per litis conteſtationem, ib.
Novare an poſſit pupillus, ib.
an ſervus, ib.
Novatio an hodie fiat ex conjecturis 3.30.2.
Noxalis actio an ex contractu ſervi 4.8.pr.
Nullus an fiat actus, qui pervenit in caſum à quo incipere non poteſt 2.20.12.
Nubere nuptiæ 1.9.1.
Nuptiæ nefariæ, inceſtæ 1.10.2.
Nuptiæ fratrum & ſororum 1.10.3.
conſobrinorum 1.10.5.
comprivignorum 1.10.9.
cum fratris filia 1.10.4.
Nuptiæ ſervorum 1.10.1.
Nuptiæ à jure gentium 1.10.1.
Nuptiarum injuſtarum pœnæ 1.10.13.

O.

OBjectorum juris diſtinctio 1.2.15.
Obligationes pertinent ad ſecundum objectum 3.14.pr.
Obligatio in genere 3.14.2.
Obligatio naturalis, ibid.
Obligatio civilis nuda, ib.
Obligationis cauſa nuda, ib.
Obligatio an ſit actionis mater 4.6.1.
Obligationem tolli ipſo jure quid ſit 4.6.26.
Obligatio an recte ipſo jure & per exceptionem tolli dicatur 3.30.in pr.
Obligatio inter dominum & ſervum 3.21.1.
Obligatione pura poſita ſtatim agitur 3.16.2.
Obligatione in diem poſita, ſtatim noſtra eſt actio, ibid.
Obligatio alteri per alterum non quæritur, regula cum exceptionibus 3.20.1.
& quid ſi quis ſibi & alteri ſtipuletur, ib.
Officium judicis & ejus imploratio 4.6.1.
Officii judicis diſtinctio 4.17.in pr.
Opinio plus valet quam veritas 2.20.10.

P.

PAgani qui & unde dicti 2.11.1.
Paragraphe præſcriptio 2.6.ad rubr.
Patentum notum pro liberis 1.9.2. & 18.2.
Parricidium unde dictum 4.18.4.
& ejus pœna, ib.
Patriziatus 1.12.4.
Patria poteſtas ex quo jure 1.9.2.
qualis ex Lege Romuli, ib.
& qualis eſſe debeat, ib.
& ejus in vendendo filio effectus, ib.
Patria poteſtate an liberet dignitas 1.12.4.
& an tollatur per monachiſmum 1.12.10.
an per matrimonium, ib.
Patrum præmia ob liberos 1.25.1.
Patrimonium 2.1.
Pauliana actio quib. caſib. competat & quando 4.6.6. & an ſit perſonalis an realis, ib.
Peculii actionis explicatio 4.6.10.
Peculium & ejus diſtinctio 2.9.2.
Pecunia an res incorporalis 2.2.
Perduellionis crimen 4.18.1.
Perſecutoria actio & in ſimplum an convertantur, 4.6.20.
Perſona quid 1.3.1.
earum jus, ibid.
& an ſervus perſona, ibid.
Plus peti an dicatur pendente conditione 4.6.30.
& cur cauſa cadat, ibid.
Picturæ dignitas 2.1.26.
Philoſophiæ partes 1.1.2.
Pignoribus captis coercere 1.24.3.
Pœna an minuenda ob benemerita 1.2.9.
Pœnæ conventionalis quantitas 3.20.13.

Pœnalis ſtipulatio 3.16.7.
& an movet obligationem præcedentem, ibid.
Pœnales actiones quæ ſint, 4.6.16.
Polygamia 1.9.1.& 1 10.7.
Pontifices maximi olim Impp.
Poſſeſſio quatenus adquiratur per ſervum 2. 9.4.
Poſſeſſionis continuatio 2.6.7.
Interruptæ, ibid.
Poſſidendi modi 4 15.4.
Poſſeſſio in genere quomodo adquiratur & retineatur, ibid.
Poſſeſſionem an retineat dejectus 4. 15.4.
Poſſeſſio alieno nomine, ibid.
Poſſeſſionis commodum 4.15.5.
Poſſeſſionem an duo ſibi poſſint adferre, ibid.
Poſſeſſorium & petitorium an poſſint cumulari, & quid in Interdicto retinendę, ib.
Poſſeſſio vera eſt rerum mobilium 4.15.3.
Poſthumorum ſpecies 2.13.5.
eorum jus in rumpendo teſtamento, ibid.
Poſthumus alienus quis 2.20.10.
& an poſſit legari, ibid.
Poſtliminium unde 1.12.5.
Poſtulare cur poſſit qui eſt XVII. annorum 1.6.3.
Poteſtas 1.25 2.
Præjudiciales actiones 4. 6. 13. cur ita dicantur, ib.
& an ſint in rem, ibid.
Prædium unde dictum 2.3. Rubr.
Prædia urbana 2.35.
Italica 2.6.1.
provincialia 2 t.5.
Præſcriptio unde dicta 2.6. rubr.
Præſcriptio an currat non valenti agere 4.6.5.
Præteritio cum cauſa 2.18.1.
Præteritionis paternæ effectus, ibid.
Præteritio emancipati an faciat teſtamentum nullum 2.13.6.
Princeps an ſolutus legibus 2. 17.7.
Principum ſententiæ an habeant vim legis 1.2.9.
Privilegia, ibid.
Prætor an jus faciat 1.2 10. & an ultra annum, ibid.
Prætoriæ actiones an & quæ annales 4.12. pr.
Prætor quomodo emendet & confirmet jus civile 3.10. princ.
Procurator ad judicia an poſſit eſſe minor 1. 6.5.
Procurator generalis an poſſit alienare 2.1.31.
Procurator an & qualis domino adquirat 2.9.6.
Prodigo quomodo interdicatur bonis 1. 23.1.
Propria res ſtipulatoris an poſſit deduci in ſtipulationem 3.20. pr.
Prudentum reſponſa 1.2 11.
Publica judicia unde dicta 4.18. pr.
Publica quæ 2.1.2.
Pubertas 1.22.1.
Pupillos quis & quotuplex 1.13.2.
Pupillus an adeat hæreditatem 1.21.1.
Pupillus an & quatenus obligetur 3.20.

Q.

Quaſi contractuum natura 3.28. pr.
Quaſi maleficiorū eſſentia 4.5. pr. & circa eam rem medici, judicis & advocati differentia, ibid.
Querela inofficioſi quale remedium 2.18.1.
& ſi per eam reſciſſum ſit teſtamentum, an legata debeantur, ibid.

R.

Raptorem etiam furti teneri 4.2. pr.
in eum cur mitior conſtituta actio quam in furem, ibid.
Rapt. bon. actio an detur commodatario 4. 2. 2.
Rati cautionem an præſtet procurator & tutor 4. 11. princ.
ex Re alicujus adquirere 2.9.5.
Receptitia actio qualis 4 6.8.
Relatorum in uno diſpoſitum, an & cenſeatur diſpoſitum in altero 3.26.1.
Relegatio 1.12.2.
Remedium reſcindens & reſciſſorium 4.6.5.
Replicationum natura 4.14. pr.
Replicationis & triplicationis duplex ſignificatio, ibid.
Retentioni locus quando ſit 4.6.26.
Retentionis jus quid differat à jure compenſandi 4.6.34. & 36.
Reus quis dicatur 3.17. in pr.
Ripæ 2.1.2.

S.

Sacræ res 2.1.5.
Sanctæ 2.1. 7.
Scriptum & non ſcriptum jus 1.2.4.
Senatus an jus faciat 1.2. 8.
Senatuſconſultorum autoritas, ibid.
Senatuſc. Sabinianum 3.1.14.
Sententia lata per dolum an ſit ipſo jure nulla 4 5. prin. an & quando ſit nulla tamquam contra jus lata 4.17. in pr.
Sententia an tollat obligationem 4.13.3.

Senten-

Sententia an ſit titulus, vel modus adquirendi 4. 17.5.
Sententiæ retractatio ex falſa cauſa 1.6.2.
Servianæ actionis natura 4.6.7.
Servitus altius tollendi 2.3.3. & 4.6.3.
Servitutum diviſio 2.3. Rubr.
Servitutes ruſticæ 2.3.1.
Servitutum tranſmutatio 2.3.2.
Servitus debet eſſe utilis prædio 2.3.4.
Servitus an requirat vicinitatẽ prædiorum 2.3.5.
Servitus an conſtituatur per conventionem, ibid.
Servitutum jura an petantur remediis poſſeſſoriis 4.6.2.
Servus habet caput 4.8.3.
Servitus perſonarum an contra naturam 1.3.2.
Servus cur ex conventione, manumiſſus non teneatur, ſed bene ex delicto 4.8.3.
Ejus differentiæ & conſtituendi, modi 1.3.4.
modus per venditionem ſui ipſius, ibid.
& an poſſit præjudicare patri, ibid.
Servi pœnę 1.12.3.
Servi quomodo apud varias gentes tractati 1.8.1. & 3.
Seſtertius quid 3.8.3.
Sobrino propior qui 3.6.3. & 4.
Societatis quomodo partes lucri & damni conſtituantur 3.26.1.
Societatis finiendæ modi 3.26.2.
Societati, cur non obſtante pacto, poſſit renuntiari, ibid.
Solutionis ſignificatio duplex 3.30. pr.
Solvente eo, qui acceſſit obligationi, an & quando liberetur principalis, ibid.
Solutio patris 3.30.1.
Spadones 1.11.9.
Sponſiones veteres 4.16.1.
Sortulæ 4.6.21.
Spurii unde dicti 1.10.13.
Stipulatio an ſit ſola verborum obligatio 3.16. pr.
Stipulatio unde dicta, ibid.
an ſit contractus, ibid.
Stipulatio ſit verbis nuncupatis 3.20.4. & 3.16.1.
& congruis, ibid.
Stipulatio vitiatur ob qualitatem rei 3.20. pr.
& quid ſi ſtipulator vitium ignoret, ibid.
& an ſaltem æſtimatio debeatur, ibid.
& quid ſi res non ſit in commercio ſaltem ſtipulatoris, ibid.
Stuprum quomodo cõmittatur & quando 4.18.2.
Subſtitutio pupillaris an contineat vulgarẽ, 2.16.1.
& an excludat matrem, præſertim tacita, ibid.
& an confirmetur nuda exiſtẽtia hęredis, 2.16.6.
Subſtitutio vulgaris an tollat ſuitatem 2.16.1.
Succeſſio in capita & ſtirpes 3.1.6.
Succedatur quomodo filiofam. ab inteſtato 2.12.1.
Succeſſio fratrum liberorum cum ſoli ſunt 3.2.4.
Succedant potiori jure parentes an fratres 2.18.2.
Succeſſio an ſit ultra decimum gradum 3.5.1.
Succeſſio in ſervitute natorum olim nulla fuit 3.7. pr. & quid hodie, & an ſuccedant cum aliis, ibid.
Suorum diſtinctio 3.2. pr.
Sui hæredes 2.19.2.
Suitatis effectus, ibid.
Suitas an tollatur per exhæredatum 2.16.5.

T.

Tabularii 1.11.3.
Tacens an habeatur pro conſentiente 1.11.8.
Teli ſignificatio 4.18.3.
Tempus cœptum quando habeatur pro completo 1.23.1.
Tempus utile 3.10.6.
Tempus quod ſpectatur, ubi quæritur quis ſit proximus hæres ab inteſtato 3.1.7.
Teſtamenti etymologia & definitio 2.10.1.
an ſit juris gentium, ibid.
an juris publici, ibid.
Teſtamenti ſpecies 2.10.2.
calatum, in procinctu, per æs & libram, ibid.
Teſtamentum cur requirat ſeptem teſtes 2.10.3.
Teſtandi unus contextus 2.10.4.
Teſtamenti factio an admittat contractũ 2.10.4.
Teſtamentarię diſpoſitioni an poſſit teſtimonium perhibere mulier 2.10.6.
an legatarius 2.10.10.
an filius emancipatus 2.10.8.
Teſtamenti militaris privilegia 2.11.6.
Teſtari an poſſit filiusfam. 2.12.
& an mutus ſurdus, ibid.
Teſtamentum nullum aut irritum an aliquo caſu reſtituatur 2.17.5.
Teſtamenti ruptio per poſterius 2.17.4.
an hoc oporteat eſſe perfectum 2.17.6.
Teſtamentum an revocetur per nudam voluntatem 2.17.6.
Teſtamentum non factum juxta formam N. 115. cap. 3 an ſit ipſo jure nullum 2.18.1.
Teſtamentum an rumpatur per minimam capitis diminutionem 2.11.6.

Theſauri inventio 2.1.19.
Theſauri jus pertinet ad regalia, ib.
Tignum ædibus junctum 2.1.22.
Tigni juncti actio, ib.
Traditio ficta 2.1.32.
Triboniani lapſus in §. item vetuſtus, de hæred. ab int. Ejuſdem alii lapſus notati 2.2.8. & 1.2.13. & 1.10 1. & 1.22.1. & 1.25.5. & 1.25.10 ejuſdem inſubtilis ratio & argumentatio 1.6.4
Tritavus unde. 3.6.4.
Tutela munus publicum 1.25.1.
Tutela teſtamentaria duplex 1.13.3.
à quo & quibus ea dicitur, & conſtituatur, ibid.
an poſſit dari ſervus tutor 1.14.1.
Tutor an detur rebus 1.14.4.
Tutela datio an juriſdictionis 1.20.3.
& an poſſit mandari, ib.
Tutela fœminarum 1.22.1.
Tutelæ finiendi modi 1.22.2.
Tutela legitima, an in ea ſit ſucceſſio 1.26.7.
Tutelæ actio quando naſcatur 1.20.5.
Tutela legitima an in furioſum impuberem 1.23.2
Tutelæ excuſationem an præbeat magiſtratus 1.25.1. an alia dignitas, ibid.
an excuſat ætas 1.25.5.
an excuſare ſe poſſit abſens, 1.25.8.
an tutor legitimus, ibid.
Tutorem habenti an detur tutor 1.23.5.
Tutores dandi jus qui habeant 1.24.4.
Tutor remotus ut ſuſpectus an fiat infamis 1.26.6.
aliæ ejus pœnæ, ibid.
an cognitionis jus de ſuſpecto tutore mandari poſſit 1.26.2.

V.

Venditione perfecta periculũ eſt emptoris 3.
rei ſacræ venditio an valeat 3.24.5. (24.5.
Vindicare, vindiciæ 4.6.15.
Violentiæ ſpecies 4.2.pr.
Vis privata & publica 4.18.5.
Voconia Lex 2.22.1. & 2.23.1.
Uſusfructus cauſalis 2.4.1.
Uſusfructus quomodo amittatur nõ utendo 2.4.5.
Uſusfructus ceſſio, ibid.
Uſusfructus cur peremptus minima capitis diminutione, ibid.
Uſusfructus quaſi, an ſit in veſtibus 2.4.4.
Uſusfr. an & quomodo transferatur in alium 2.5.1.
Uſucapio pro hærede 2.6.7.
Uſucapi quæ non poſſint 2.6.2.
Uſucapi an poſſit res pignorata ſubrepta à debitore 4.1.8.
Utilis actio quot modis dicatur, & ejus ſpecies 4.3.9.
Uxoriæ rei actionis natura 4.6.25.
& quomodo differat ab actione ex ſtipulatu, ib.
& an ſimul dotem & legatum petere poſſit, ibid.
& quando actio rei uxoriæ naſcatur, ibid.

INDEX

LEGUM, QUIBUS HOC OPERE LUX ALIQUA ILLATA EST.

ET DIGESTIS.

L. Ius 6. de iuſtit. & iur. 1.2.2.
L. non ambigitur 9. D. de Legib. 1.2.8.
L. vulgo 23. de ſtat. hom. 1.10.13.
L. adoptiones 43. cum l. ſeq de adoptionib. p. 116.
L. ſciendum in pr. Qui ſatiſd. cog. 4.11.2.
L. niſi 22. de pact. 4.14.1.
L. ſi unus 27. § pactus de pact. 4.14.pr.
L. 6. §. 2. de his qui not. infr. 4.16.2.
L. licet 42. §. 1. de procur. 4.4.3.
L. arbitrio 18. §. ult. de dolo 2.20.14.
L. ſed etſi 28. §. ult. de iudic. 3.16.6.
L. filiusfam. 15. in pr. eod 4.5.2.
L. Item ſi 25. de rei vindicat. 4.6.25.

L. ſed

INDEX LEGUM.

L.ſed & ſi 7.§.ſi petenti de public. act. 4.6.11.
L.ſi ager 23.Quib.mod.uſusfr.amitt.2 1.18.
L.un in fin.Quand.dies uſusfr.leg.ced. 4.6.30.
L.ſi fructuarius 13.eod.2.1.28.
L.4 de ſervit 2.3.5.
L.huic 15.ad L. Aquil.2.20.14.
L.ſed ſi poſſeſſori 10.§.1.de iureiur. 4.6.11.
L.ſi duo 13 §.1.3 & 4.eod.tit.Ibid.& 46.11.
L.ult.de inſtit.act.4.7.2.
L.Quod Nerva 32 depoſiti 3.15.2.
L.ſi vero 12.§ ult.Mandati 3.27.5.
L.Papinianus 18.Mandati 3.30.pr.
L.3 de ritu nupt.1.10.1.
L.matrimonii 51.eod.1.10.2.& 6.
L.Quin etiam 55.§.1.de ritu nupt.1.10.2.& 1.10.6.
L.6 §.15.de ſuſpect.tutorib. 1.26 6.
L.Item quod 17.§.ult.de hæred.inſtit. 2.14.5.
L.cum quidam 30.§.juum 6.de adq hæred.3.16.6.
L.miles 22.cum l ſeq.de milit.teſt.2.11.6.
L.1.§.15.de tut.& rat.diſtr.1.24.3.
L.bello 18.de excuſ.tut.1.25.1.
L.1 de legatu primo 2.20.3.
L.ſi creditori 28.eod.2.12.12.
L.ſi ſic 75.de legat.1. 20.21.
L.Mela 14.de adim legat.2.3.2.
L.ſi quis 14.de reb.dub.2.10.10.
L.ſi duobus 12.§.1.de bon.poſſ. cont.tabl. 2.17.6.
L.9.de adſignat.libert.3.9.1.
L.5.unde legitim. 32.pr.
L.1.§.9.& 10.cum l.ſeq.de ſuis & legitimis, ibid.
L.1.de uſufruct.legat. 2.4.1.
L.in fraudem 25.Qui & à quib. ut 1.6 2.
L.30.§ 3.de adq.rer.dom.2.1.18.
L.penult eod 2.1.17.
L.12.1.de adq.poſſeſſ.4.15.3.
L 1.§.ult de libero hom.exhib.1.10.13.
L.in omnibus 13 de divers.temp præſcr.2.6.5.
L.6.de dolie except.3.30.in pr.
L.1 in pr.de obl.& act.4.6.1.& 3.14.2.
L.obligamur 52.eod.3.14.2.
L.Stichum 95.§.naturales de ſolutionibus 4.14.pr.
L.cum quærebatur 23.v.proinde Iudic. ſolvi 4.11.princ.
L inter omnes 4.6.§.pen. defuit 4.1.6.
L.2.§ 22.vi bon rapt.4.2.2.
L.ſi apes 26.de furtis 2.1.28.
L.ſi uxor 13.§ 1.de adulter 1.10.1.
L.ſtuprum 34.eod tit.4.18.2.
L.1.in pr.vi bon.ra, t.42.pr.
L.ſi quis 52.§.ult de furtis,ibid.
L.Item 15 §.ſi quis 15 de injur. 4. 4.pr.
L 5.§.ult.de var.& extr.cognit.1.16.3.
L.inter 101.de verb.ſign.4.18.2.

EX CODICE.

L.2.& 3.C.de Legibus 1.2.9.
L.diſcretis 10.C Qui teſt.fac.poſſ.2.12.5.
L.Quæſtio 23.C.de legatis 2 14.5.
L.9.C.de hæredib.inſtit 2.14.6.
L.ult.in pr.6 comm.de legatis 2. 20.18.
L ult.C.de pat.pot 1.9 2.
Auth.malæ fidei C.de longi temp. præſcr. 2. 6.3.
N 115.cap.3 2.18.1.
L.4.C.Theod de legit.hæred emendata 3.1.15.

Google

AD LIBRI PRIMI INSTITUTIONUM

Titulum Primum,

DE JUSTITIA ET JURE.

TEXTUS.

Juſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas, jus ſuum cuique tribuendi.

COMMENTARIUS.

1 *Juſtitia quomodo voluntas.*
2 *An conſtans & perpetua*
3 *De ſpeciebus juſtitiæ.*
4 *Pœna qua proportione irroganda.*
5 *Alia diviſio juſtitiæ.*

PRima quæſtio eſt de genere. Virtutis proprium genus eſt habitus, nullus autem habitus eſt voluntas; ſed poteſt habitus in illa parte animi, quæ voluntas dicitur, eſſe tanquam in ſubjecto. Et Ariſtoteles quidem omnes virtutes morales, inter quas eſt juſtitia, collocat in parte animæ appetente: 1 ſed fuerunt, qui juſtitiæ ſubjectum ſtatuerunt † voluntatem, ut videre licet, (neque enim iſta plenius exſequi noſtrarum eſt partium) apud Fr. Piccolomin. de Philoſ. mor. grad. 4. cap. 12. & ſeqq. ſecundum quos fuerit iſtud genus voluntas metonymicum, Ariſtot. 5. Ethic. 1. definit juſtitiam ἕξιν ἀφ᾽ ἧς πρακτικοὶ τῶν δικαίων εἰσί, καὶ ἀφ᾽ ἧς δικαιοπραγοῦσι, καὶ βούλονται τὰ δίκαια, id eſt, habitum, ex quo homines ſunt activi rerum juſtarum, ſeu eorum quæ juſta ſunt, & à quo juſta agunt & volunt. Habitus nimirum voluntatem facit promptam & expeditam ad agendum: quod fortaſſis autores hujus definitionis hoc genere ſubindicare voluiſſe videntur.

Altera diſputatio eſt, de differentia, & de verbis, 2 *conſtans* † *& perpetua*, quæ multi putant non congruere juſtitiæ humanæ. Nota diſtinctio vulgata, inter abſtractum & concretum: vel, quod eodem redit, inter eſſentiam juſtitiæ, & exiſtentiam qua eſt & conſideratur in ſubjecto: idque jam olim voluit Chriſt. Port. dum ait, juſtitiam eſſe corruptibilem & mutabilem, non ratione ſuæ eſſentialitatis, ſed ratione pravi continentis, id eſt, hominis, Aut intelligamus conſtantiam & perpetuitatem, non ſimpliciter, ſed qualis in hominem cadere poteſt, ut Angelus & Faber hoc explicant. Plane non aliter definiri debuit juſtitia quæ virtus eſt & habitus: & omnis habitus eſt qualitas ægre mobilis à ſubjecto: nec habitus dici poſſet, niſi ex quo conſtanter ageretur: quomodo diſerte *Ariſtot. 2. Ethic.* 3. ibi demum eſſe ait habitum virtutis, ſi quis agat βεβαίως καὶ ἀμεταχινήτως, id eſt, conſtanter ſive firme & immutabiliter; & idem *lib.* 3. *cap.* 7. de habitu vitii, initio ait, in poteſtate cujusvis

eſſe

eſſe, maleagere vel non; ſed contracto vitio non poſſe non male agere eum, qui vitioſum habitum ſibi comparavit. Et perſpicue igitur errat Accurſ. qui putat, iſta verba, *conſtans & perpetua*, in definitione juſtitiæ, ſi accipiatur de humana, ferri non poſſe; quod pravo judicio ſecutus eſt Hotom. hic; imo adhuc gravius errat, putans definiri Deam, & nimirum Juſtitiam Jovis filiam, quam Romani una cum aliis Diis coluerunt; neque enim Dea poteſt definiri voluntas, & tractatio diſciplinarum practicarum, qualis eſt Juriſprudentia, debet initium ſumere à fine; atqui dea vera juſtitia non eſt finis hujus diſciplinæ. Et fruſtra affertur, quod in *l.1. de Juſt. & jur.* Juriſconſulti dicuntur ſacerdotes juſtitiæ. Nec enim utique ICti Deæ illius veri ſacerdotes & flamines fuerunt: & ipſe ICtus ſe explicat, dum ſubjicit; juſtitiam colimus, & æqui bonique notitiam profitemur; & per metaphoram, quia aliquid religioſe quaſi ſuſcipiunt & tractant, & impenſe ei operam dant, ejus ſacerdotes dicuntur, cum præſertim alias virtus, & inprimis præſtantiſſima virtutum juſtitia res ſacra & ſancta habeatur.

Jus ſuum cuique] Scil. quod cuique debetur; delictis autem etiam pœna debetur. Plato eodem ſenſu *τὸ ὀφειλόμενον ἑκάστῳ ἀποδιδόναι*. Ita *Cic. 2. de Invent. & 3. ad Heren. poſt princ.* juſtitiam ait eſſe habitum vel æquitatem, quæ cuique jus ſuum, & ſuam dignitatem (nimirum id quo dignus eſt) tribuat; & ad illum locum *Victorinus Rhetor. ſtatim poſt princ. pag. 1.* Juſtitia, inquit, eſt habitus animi ita informatus, ut omnibus meritis tribuat dignitatem. Cæterum in vulgatis eſt, *tribuens*, quomodo apud Cicer. jam dd. locis appellatur habitus & æquitas tribuens; ſed ſane accommodatius eſt, *tribuendi*; ſive voluntatem ſive habitum, generis loco conſtituamus.

Quoniam prima hic fundamenta & principia tractantur, quorum recta cognitio ad multa utilis
3 eſt, age pluribus hic agamus de juſtitia & ejus † ſpeciebus Ariſtotel. 5. Ethic. tribuit eam in univerſalem & particularem; & ſolet & iſtud hoc loco tractari, an juſtitia univerſalis an particularis hic definita ſit. Juſtitiam univerſalem quidam eſſe putant, perfectiorem & abſolutiorem omnium partium animæ, & complexionem quandam omnium virtutum in animum hominis inductarum. Alii hactenus diſtare ſaltem juſtitiam univerſalem putant à Virtute in genere ſumta, quod hæc in ipſo habente, illa in relatione ad alium in converſatione civili conſideretur; idque convenit ſententiæ & verbis Ariſtotelis *5. Eth. 3. in fin. ᾗ μὲν πρὸς ἕτερον δικαιοσύνη, ᾗ δὲ τοιάδε ἕξις ἁπλῶς ἀρετή.* Id ex contraria injuſtitia eſt apertius; & univerſalem *d. lib. 5. c. 2.* Ariſt. vocat *παρανομίαν*, particularem, *ἀνισότητα*, & illo genere injuſtitiæ injuſtum, *παράνομον*, hoc, *ἄνισον & πλεονεκτικόν*. Conſtat autem non tantum per *πλεονεξίαν* peccari in Leges, ſed etiam aliis modis; & quam late etiam ſe porrigit earum interpretatio, & conſequenter etiam officium ICti; & proinde non particularis, ſed univerſalis juſtitia hic definita erit, quæ ſecundum omnes LL. vivendum eſſe docet, hæc enim erit finis ICti & Juriſprudentiæ, (ſicut & judicis & Legiſlatoris) de quo fine hoc tit. tractari haud dubie exiſtimandum eſt; quod ipſum convenit ſententiæ *Juſtin. in auth. ut omn. obed. judic. N. 69. in prin.* Fefellit eos, qui aliter ſenſerunt. quod totum pene jus noſtrum videatur occupatum in materia judiciorum, & actionibus, quæ ex conventionibus vel ex delictis inſtituuntur, quarum omnium emendatio pertinet ad juſtitiam particularem, & ejus alteram ſpeciem, quæ dicitur commutativa, ut diſerte Ariſt. *5. Eth. 5.* ubi unam ſpeciem ſive partem *μέρος* juſtitiæ particularis conſtituit *τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν*; & ſtatim *συναλλάγματα* ita diſtinguit, ut alia faciat *ἑκούσια* voluntaria; alia *ἀκούσια* involuntaria, nimirum ratione patientis, & hæc ſcil. oppoſitione, quod contractus mutuo conſenſu fiunt; ſed delicta nullum ejus cui injuria infertur, habent conſenſum; atque ita proprio ſignificatu (aliter enim ICti & in contractibus tantum hoc verbum uſurpant) Ariſtot. utitur verbo *συναλλάγματος* ut etiam delicta comprehendat. Ubi obiter error vul-
4 gatiſſimus notandus eſt, quo præmia & † pœnas, tamquam autore Philoſopho, ex juſtitia diſtributiva dari & irrogari ſcribunt. Quod ſi enim *συναλλάγματα* diriguntur juſtitia commutativa, & in his etiam ſunt delicta, neceſſario conſequitur, pœnas irrogari ex juſtitia commutativa. Et hoc ipſum quoque convenit Legibus veræ juſtitiæ, ut ſine conſideratione perſonarum pœnæ quoque delictis irrogentur; quamvis ſane, ut ex omnibus delictis, quibuſcunque perſonis eadem ſpecie pœna præciſe inferatur, non ferat ratio; & videmus jure noſtro aliter liberos, & in dignitatibus poſitos, aliter ſervos & humiliores coerceri; & Bodin. 6. de repub. præter proportionem Arithmeticam & Geometricam, introducit tertiam ex utriuſque rationibus temperatam ad quam ſint irrogandæ pœnæ; quam vocat harmonicam; & omnino deſiderat admittitque iſta res, multas cautiones & diſtinctiones, de quibus in præſenti pluribus agere inſtituti noſtri & operis hujus ratio non patitur.

Alius hic circa juſtitiam univerſalem & particu-
larem

larem occurrit ſcrupulus. Ariſtoteles d. cap. 5. in fin. ſub delicta quæ corriguntur & emendantur per juſtitiam commutativam, adeoque particularem, refert adulterium, homicidium, injuriam realem & verbalem. Sed idem cap. 4. ejuſdem libri, eum tantum qui quæſtus cauſa adulterium committit, peccare ait contra juſtitiam particularem, ſed eum qui id facit libidinis cauſa, peccare in juſtitiam univerſalẽ. Et an igitur, quod *d. c. 5.* tradit de adulterio, homicidio, injuria, ita reſtringendum erit, ut tantũ procedat, ubi quis quæſtus & lucri cauſa peccat? Hoc quidem perquam foret durum, quin & abſurdum, nec conveniens rationi. Et imo qui ut libidinem fœminæ expleat, quaſi pro opera mercedem accipit, nihil hactenus injuſte agere videtur, ſicut nec meretrix, quę pro mercede alterius libidini patet; ſed profecto, qui invito aut ignorante marito uxorem ej⁹ contrectat, quam ſcil. ſcit eſſe alienam, utcunque libidinis cauſa hoc faciat, utique revera eſt injuſtus, & alteri injuriam facit, dum amplius hoc modo ſanctiſſimum vinculũ matrimonii quaſi diſrumpit, familiæ mariti ſuppoſititium & falſum partum intrudit, amorem conjugalem marito debitum in ſe derivat (ob quam maxime cauſam graviſſime in adulteros animadverti ſcriptum eſt apud Xenoph. in Hierone) vel maxime in juſtitiam in ſpecie dictam peccat. Ex quo fortaſſis fuerunt, qui totam illam diſtinctionem juſtitiæ Ariſtotelicam improbaverunt; de quo amplius cogitandum. Ad-
5 denda autem hic & illa juſtitiæ diſtinctio, † quod alia ſit ſimpliciter & in ſe conſiderata, alia ad rationem Reip. cujuſvis, quæ etiam recte ſuo ſenſu dicitur particularis. Nam cum, ut tractat Ariſt. 3. Polit. 5. non ſit eadem viri boni & civis boni virtus, & civis bonus ad cujuſq; reip. ſtatum æſtimetur, (ſiquidem Reſpubl. fere omnes ſunt hactenus imperfectæ) & ut tit. ſeq. traditum ſit quiddam juſtum poſitivum & legitimum, proprium cuique reipub. oportet etiam ſecundum Leges cujuſq; Reipub. juſtitiam conſiderari, ut ille nimirum juſtus cenſeatur, qui ſecundum LL. civitatis juſtus eſt; quam *Ariſt. 5. Polit. 9.* vocat δικαιοσύνην πρὸς τὴν πολιτείαν.

TEXTUS.

1. Juris prudentia eſt rerum divinarum atque humanarum notitia, juſti atq; injuſti ſcientia.

Commentarius.

1 *Partes Philoſophiæ.*
2 *Legum utilitas & neceſſitas.*
3 *Iuriſprudentiæ natura & cauſa.*
4 *An ſit ſcientia.*
5 *Quomodo rerum divinarum.*

Hic tyronum gratia, de natura Juriſprudentiæ aliquid dicendum & altius repetendum eſt. Zenon primus, ut in ejus vita ſcribit Laertius in
1 tres † partes diſtinxit Philoſophiam, Phyſicam, Ethicam & Logicam: quod ita Cicero 1. de orat. & alibi expreſſit, diſtingui Philoſophiam, in naturæ obſcuritatem, diſſerendi ſubtilitatem, vitam & mores. Vulgatior & affectu eadem diſtinctio eſt, quam Ariſtoteli tribuit Laertius, in partem contemplantem & agentem, aut potius operantẽ. Habitus enim intellectuales 6. Ethi. diſtinguit Ariſtoteles ab objecto: & nimirum res vel ſunt ita comparatæ ut aliter ſe habere non poſſint, & quarum nuda & ſola eſt cognitio, in qua animus ſubſiſtit & acquieſcit, nec progreditur ulterius: circa hæc verſatur habitus, qui generalius dicitur ſcientia, ceteroquin tres habitus circa iſta occupatos d. lib. 6. conſtituit Ariſtoteles, ſcientiam, ſapientiam & intellectum. Aliæ res ſunt quas Ariſtoteles vocat τὰ ἐνδεχόμενα, contingẽtes, quæ aliter & aliter ſe habere poſſunt, quarum ſunt duo genera, τὰ πρακτὰ & τὰ ποιητά. Circa illa qui verſatur habitus, vocatur prudentia, quæ cadũt ſub conſultationem; circa hæc, Ars illius finis πρᾶξις actio, hujus, effectio & ποίησις eſt, quarum accuratas differentias explicat *Piccolomin. grad. 5 Phil. mor. cap. 52.* Noſtra hic materia eſt. Prudentia quæ eſt circa τὰ πρακτὰ: de quibus tractat ea Philoſophię pars, quæ dicitur practica, & ex rectiori ſententia diſtinguitur in communem & propriam. Illa eſt quæ in genere & quaſi in abſtracto recte vivendi & agendi præcepta docet. Hæc quæ præcepta illa ad ſocietatem & converſationem humanam adcommodat, & eſt vel politica vel œconomica, aut ſi quis malit eam uno nomine appellare politicam, quoniam omnis familia ſocietatis civilis pars eſt, politica multas partes habet. Et Ariſtot. in politicis, tres in omni repub. neceſſarias facit, ſenatum, magiſtratus & judices, poſſunt iſta in unius & maxime monarchæ perſona concurrere: ſed utilitas reip. ſuadet ea in plures tribui perſonas. Res ad duo ſumma capita reducitur ſiquidem politica prudentia reſpicit vel principaliter adminiſtrationem reipubl. & converſationem ſtatus vel privatim civium inter ſe æqualitatem & converſationem. Utrumque dirigitur judicio & prudentia hominis vel immediate, vel mediate.

Illud dico, eum qui præeſt libero arbitrio ſuo

omnia gubernat, imperat, conſulitat, & judicat: hoc enim ex præſcripto aliquo, quod præſcriptum ſunt LEGES: unde eleganter deducitur diſtinctio juris in publicum & privatum, de qua poſt dicemus: nam & quæ publicam adminiſtrationem ſpectant, legibus certis regi & moderati poſſunt; quamvis non pauca ſunt, & hæc in conſultatione poſita, quæ prudentiæ ſenatus ſunt relinquenda. Ne nimis evagemur, legum ferendarum neceſſitas & † utilitas ea eſt, ut ſit jus certum in republ. quoniam LL. cum omnibus ſemper eodem modo loquuntur; cæteroquin, quæ eſt judiciorum & opinionum diverſitas, pro varietate hominum adminiſtrantium in republ. jus ſemper variaret. Tum ea eſt hominum ſæpe imperitia, ſæpe etiam malitia, ut rectum & verum in quaque re perſpicere nequeant, aut ſi perſpiciant, gratia, odio, precio, à recto deflectant & corrumpi ſe patiantur. Et itaq; ſecundum Leges in republ. omnia adminiſtranda, & præſertim judicia inſtituenda, & jus dicendum eſt. Hoc faciunt magiſtratus & judices. Nec dum apparet IC. aut juriſprudentia. Licet n. IC. poſſit vel maxime eſſe bonus Legislator, bonus magiſtratus, bonus judex, attamen iſtorum omnium partes & munia à ICti officio in ſpecie quem quærimus, diſtincta ſunt. Et Plat. li. 3. d. republ ſcribit, quod ne-
3 ceſſitas † introduxerit juriſprudentiā. Neceſſitatis cauſam præſtat conditio Legiſlatoris & ipſarū Legum. Legiſlator nimirum ut homo, omnes caſus quandocunq; eventuros proſpicere non poteſt nec decidere, & quo minus poſſit, facit varietas caſuum & circumſtantiarum, quæ in ſingularibus occurrunt & jus variant ipſum; Leges proinde debent eſſe & ſunt, fere breves & generales & ob id non raro ſubobſcuræ, & omnino imperfectæ. Et hæc nimirum res facit neceſſariam Juriſprudentiam, qua opus non eſſet, ſi leges & ſatis eſſent perſpicuæ, & omnes omnino caſus & cauſas definirent. Idque oſtendit Pomponius in l. 2. §. hu leg 5 d. O. I. ubi ait, quod LL. 12. tabb. latis (quæ vel maxime breves & obſcuræ erant) neceſſaria eſſe cepetit diſputatio fori, per quam interpretando & ſupplendo ICti novum quaſi jus condiderunt. Ex quo liquet, quam anguſtis finibus ſit concluſa Juriſprudentia noſtra, cujus cognitionem facilem eſſe non uno in loco, & præcipue, 1. de orat. nam pro Murena cauſæ ſuæ ſerviens, ICtis eſt iniquus) Cicero ſcribit: ſed nimirum ICti & inventione variarum formularum, cautionum, modorum agendi, & quæſtionum, hoc egerunt, ut fimbrias ſuas dilatarent, & ſtudium iſtud amplius, & ejus cognitionem redderent impeditiorem, id quod ab hinc aliquot ſeculis egregie veteres Interpp. magno Juriſprudentiæ malo præſtiterunt. Apparet ex his, hanc diſciplinam, facultatem ſive habitum eſſe practicum, & ad Prudentiam pertinere, cum ſine controverſia ſit pars politices, ut me eorum pudeat pigeatque, qui operoſe tractant,
4 an † ſit potius ſcientia. Equidem ſcientiæ verbum latiſſime patet, & dubio procul artes quoque mechanicas comprehendit, & laxiori ſignificatu hic quoque uſurpatur: & alibi civilis ſapientia indigitatur. Nam & pleriq; eorum, quos vetuſtas Sapientes nuncupavit, ſpeculationi rerum cœleſtium aut naturalium operam non dederunt: & Socrates oraculo Apollinis ſapientiſſimus judicatus, ea tantum quæ ad vitam & mores pertinent, Xenophonte teſte, tractavit, & Philoſophiæ, quæ amorem ſapientiæ ſignificat, utique pars eſt politica & quæ practica dicitur. Sed enim dum philoſophice habitus mentis diſtinguimus, & verbis magis proprie & ſtricte utimur, jam non prudens, ſed ſtolidus eſt, qui Juriſprudentiam contendit eſſe ſcientiam & ipſo nomine Juriſprudentiæ confutatur: quoniam, ut dixi accurate loquendo, ſcientia & prudentia ſunt ſpecies diſparatæ. Hæc ad intelligendam naturam Juriſprudentiæ. Jam textus noſtri verba expliremus.

Divinarum & humanarum.] Ita Philoſophiam definit Cicero, nec immerito, nam quæ tractat Metaphyſica & Mathematice, non injuria res divinæ appellari poſſunt. At quomodo rerum divina-
5 rum notitiam profitetur Juriſprudentia, † à qua rerum etiam humanarum cognitionem fruſtra expectes? Cum iſta amplitudine parum conveniunt, quæ ſcribit Cicero 1. d. oratore, nullius artis faciliorem eſſe cognitionem, omnia poſita eſſe ante oculos, collocata in uſu quotidiano, in congreſſione hominum atque in foro, &c. Nec convenit definitio ICti eod. lib. 1. Juriſconſultum eſſe, qui legum & conſuetudinis ejus, qua privati in civitate uterentur, & ad reſpondendum, & ad agendum, & ad cavendum peritus eſſet. An dicemus, ICtum, à quo eſt hæc definitio in l. 10. h. t. tam magnifico elogio artem ſuam commendare, & Lectori fucum facere voluiſſe? fatendum plane eſt, paulo id pinguius dictum, & tamen Cicero d. loco, anguſtius deſcripſit officium & ſcientiam ICti. Docemur in §. ſeq. diſciplinam hanc verſari etiam circa jus publicum, quod Ulpianus in l. 1. h. t. etiam in ſacris & ſacerdotibus conſiſtere ait, Et ad ICtum pertinet tractatio juris, quod in civitate eſt, univerſi,

cujus

cujus pars eſt de rebus ſacris, de quibus Decemviros non pauca diſpoſuiſſe docent iſti verſus Auſonii.

Jus triplex, tabulæ quod ter ſanxere quaternæ,
Sacrum, Privatum, populi commune quod uſquam eſt,

Et notat Hottom. hic tres ſpecies juris ſacri Pontificum, Augurale & feciale. Sicut itaque jus omnibus partibus abſolutum hæc quoque jura comprehendit, ita & Jurisprudentia omnibus partibus abſoluta ſcientiam univerſi illius juris complectitur, & conſequenter etiam ſcientiam rerum divinarum. Tales ICti olim fuerunt, qui iidem Pontifices, Craſſus, Coruncanus, Scipio, ad quos, ut eſt apud *Cicer. 3. de orat.* de omnibus divinis & humanis rebus referebatur, ex quo loco vel maxime hæc definitio illuſtratur, & utrarumque harum rerum cognitionem fuiſſe conjunctam, teſtis etiam eſt Pomponius *in l. 2. §. deinde 6. inf. de origin. Jur.* ubi ait: Interpretandi juris ſcientiam & actiones, apud Collegium Pontificum fuiſſe. Addit *Scip. Gent. in origin.* in verbo *adfines* ad ICtos veteres ſuper omni officio relatum fuiſſe, quo refert tria illa præcepta juris, quæ mox ſequuntur. Sed cum in præcedentibus diximus, Jurisprudentiam eſſe partem philoſophiæ practicæ, & Politices, explicandum erit, an & quomodo ius ſacrum, & quod ad religionem & cultum Deorum ſpectat, pertineat ad Politicam. Scilicet quomodo, rite & recte coli debeat Deus, non niſi ipſe Deus docere poteſt, & veriſſimum eſt quod ſcribit *Lactant 1. inſtitut. divin. 1.* arcanum ſummi Dei, ingenio non poſſe comprehendi, & fieri non potuit, ut homini per ſeipſum ratio divina innoteſceret, unde fœdiſſimi & horrendi errores gentium, quæ Deum Doctorem non habuerunt, unde etiam, ut puto, maximi quiq; rerũpublicarum ſuarum viri & principes, Minos, Lycurgus, Numa, &c. earum Legum præcipue Deos autores fecerunt, quibus de cultu Deorum ſanxerant, & oracula gentium ipſa edidiſſe, quomodo ſe ab hominibus coli vellent, accepimus. Et fatendum itaque eſt, curam, adminiſtrationemque politicam Reipubl. diverſam eſſe à cultu ſacrorum & Dei, & rationem colendi Deum ad Jurisprudentiam qua pars eſt Politicæ, non pertinere. Atquin Iurisprudentiam vel ſcientiam ita accipere, ut utriuſque Iuris divini & humani ſcientiam contineat, nihil prohibet. An unus idemque adminiſtrare rempublicam, & ſacra poſſit, aliqua quæſtio eſt, apud Romanos iſta concurrere potuiſſe, & v.c. Conſules, augures aut Pontifices vel Flamines eſſe potuiſſe conſtat & apud Epitom. Liu. libr. 19. Poſthumius Flamẽ Martialis conſul creatur. Conſtat & apud alios populos, eundem ſummum Pontificem & principem reip. fuiſſe, apud. Virg. lib. 3.

—— Rex idem hominum, Phœbique ſacerdos,

Et initio urbis Romanæ Regi hoc datum ſcribit *Dionyſ. Halic. libr 7.* *ἱερῶν καὶ θυσιῶν ἡγεμονίαν ἔχειν, καὶ πάντα δι' ἐκείνου πράττεσθαι τὰ πρὸς τοὺς θεοὺς ὅσια* unde poſt ejectis Regibus, creatus Rex ſacrificulus, qui eadem ſacra obiret, & apud Judæos Aſamonidæ, qui à Iuda Machabæo deſcenderunt, principatum reipubl. cum ſummo Pontificatu conjunxerunt, & tamen id Lege Dei vetitum, ne Rex Pontificis munus obiret: Sed non libet, nec licet plurib. hæc exſequi; ut nec iſtud, quodnam & quale jus in rebus ſacris Politicus magiſtratus habeat. Plane Legiſlatores olim pleraumq; gentium etiam quæ ad Dei cultum pertinent, diſpoſuiſſe conſtat. Hæc paucis dicenda fuerũt, ut intelligeremus, quomodo Iurisprudentia eſſet divinarum rerum ſcientia, & quomodo ad eam cognitio etiam Iuris ſacri pertineret.

Eſt & alia explicatio, quomodo res divinæ ſint objectum Iurisprudentiæ, ſimul & res humanæ, utique enim nec harum cognitionem quisquam à Iurisprudentia exſpectet. Scilicet in quaque diſciplina eſt objectum, & certus modus objectum conſiderandi. Objectum ſæpe pluribus diſciplinis commune eſt, ſed reſtringitur; ut ſit proprium per modum conſiderandi. Et itaque Iurisprudentiæ etiam anguſtius ſumptæ pro Iuris civilis prudentia, objectum ſunt res omnes, non qua cognoſcendæ, ſed, qua, ut breviter, ſed veriſſime hoc loco ait Weſenbecius quatenus de iure earum in foro Romano quæritur aut ad hoc Ius principia & cauſæ earum pertinent; nam & de rebus ſacris & divinis hoc ſenſu edicta propoſuit prætor *l. 1. in princ. d. Interdict. t. t. Ne quid in loco ſacro. t. t. de mortuo infer. & in leg 1 de rer. diviſ. in princ. I. eod.* diviſio rerum in res humani & divini Iuris proponitur, & an & quæ res alienationi & occupationi ſubjectæ ſint, & multa alia circa eas quæ tractari poſſunt, ad Iurisconſultum pertinet. Et hunc modum conſiderandi fortaſſe Ulpianus & Iuſtin. oſtendere voluerunt, verbis poſtremis definitionis, *juſti & injuſti ſcientia*, ut ſcilicet ſignificarent, hactenus iſta objectum eſſe Iurisprudentiæ, quatenus circa ea ius & iuſtitia adminiſtrari poteſt, & ſunt illa

 verba

verba omnino neceſſaria, ad reſtringendam generalitatem verborum priorum, & inſinuandam Jurisprudentiæ naturam, nec abludũ à deſcriptione Juriſconſulti *in l.* 1. *de juſt. & iur.* qua jus, id eſt, Jurisprudentia dicitur ars æqui & boni, hoc enim officium eſt ICti, & in hac prudentia ejus conſiſtit, ut quid in quaque re æquum & iniquum, juſtum & injuſtum, diſcernere & de eo reſpondere poſſit. Idque Accurſio ſuboluit, qui ob id videtur voluiſſe, ut alterutrum verbum, *Notitia*, aut *ſcientia* ablativo caſu dictum acciperetur, ſed idem eſt ſenſu, licet utrumque ſit nominativi caſus. Oſtendit autem verbum, *Notitia*, quo ſenſus Jurisprudentia ſcientia dicatur, quod paulo ſuperius explicavimus.

TEXTUS.

3. Juris præcepta ſunt hæc, Honeſte vivere, alterum non lædere, jus ſuum cuique tribuere.

COMMENTARIUS.

PRæcedens §. de methodo docendi perſpicuus eſt, nec noſtram induſtriam deſiderat. De tribus iſtis præceptis aliquid dicamus.

Cum juxta prædicta & juxta §. ſequent. Jurisprudentia verſetur etiam circa jus publicum, quod in ſacris quoque conſiſtit, poſſit etiam locus eſſe quarto præcepto, de pietate erga Deum: non admodum hic laborandum cenſeo, an ſint plura an pauciora, & quomodo iſta tria præcepta applicanda aut explicanda, aut diſtinguenda, videat qui volet, *Donell. 2. comment. 1. Duar. ad h. t. Digeſt. O. I. Conn. 1 comm. 2. numero* 10. *Vacun. 1. declarat.* 30. *Robert. 3. ſent. 12. Vult. VVeſembecium, & alios hic. Mercer. 2. opin. 2.*

Poſſint ita explicari, ut moneant quo Legislator quiſque reſpicere debeat, ut videlicet quam minimum ab his normis diſcedat, quod tamen ob hominũ vitia vix aſſequi licet, & quia perfectæ reſpublicæ conſtitui non poſſunt, fit, ut quædam tranſgreſſiones & nævi tolerentur.

Communiſſime nec male ad privatos referuntur, ut quiſque intelligat quid ſui officii ſit, & ut ſciat, à quibuſdam licet permiſſis, aut non prohibitis, abſtinendum, & honeſte vivendum eſſe, juxta illud vulgatum, non omne quod licet, honeſtum eſſe, juſtum eſſe ſecundum legem, neque enim juris eſſe ſecundum legem, neque enim juris poſitivi, ſed magis naturalis hæc præcepta hic intelligo, cujus, ut modo dixi, normam & præſcriptum non ſemper præciſe obſervare Legislator poteſt. Accurſius primũ præceptum refert ad hominem in ſe, reliqua duo ad hominem cum aliis verſantem, quos tum non lædere, tum etiam adjuvare debeat. Nec longe hinc abit Vult. hic, quod prius pertineat ad hominem qua homo, reliqua ad hominem qua civis. Cui explicationi ignorantia hujus rei cauſam dedit, quod prior illa conſideratio hominis, qua homo, & privatim & ſeorſim conſiderati, ſicut à politico, ita & ab Juriſconſulto aliena eſt. Et quod juris præcepta & Leges, non niſi ad hominem in ſocietate viventem pertineant, idque ut docet diſputatio *Ariſtot. 1. polit. 2.* hominem eſſe φύσει πολιτικὸν ζῶον, & hominem ſeorſim viventem, aut meliorem homine, aut deteriorem eſſe. Siquidem hic ingenioſo eſſe licet, dicam tres eſſe partes animæ, quæ ut recte vel male ſe habent, ita malæ aut bonæ actiones inde proficiſcantur. Irrationalis pars animæ, ſed quæ (ut 1. Eth. ult. tractat Ariſt.) rationis imperio ſubjici debet & poteſt, duas ſuas habet partes ſive facultates, τὸ θυμοειδὲς & τὸ ἐπιθυμητικόν, *quod Tertullian. in libro de anima* reddidit, indignativum & concupiſcentivum. Partes rationalis animæ & mentis practicæ facultas eſt voluntas. Iſta ſi male diſpoſita ſint, τὸ ἐπιθυμητικὸν facit, ut in honeſte vivatur, θυμοειδὲς, ut alter lædatur, voluntas vitiata, ut ne cuique ſuum tribuatur. Sin iſta recte ſe habent, fit contra ut his tribus præceptis pareatur, honeſte vivatur nemo lædatur, & ſuum cuique tribuatur. Illud apparet, ſuum cuique tribuere, hic ſtrictius ſumi, quam in definitione juſtitiæ, juxta quam iſtud unicum præceptũ duo reliqua, & totum juſtitiæ officium complectitur. Poſſit etiam quis exiſtimare, jus ſuum cuiq; tribuere, in hac diviſione præceptorum ad magiſtratum jus dicentem civibus in ſpecie pertinere, ſed de hoc nimis multa, hoc ſaltem addidero, confirmari hac præceptorum diſtinctione opinionem ſupra relatam, quod in pr. h. t. definiatur juſtitia univerſalis.

TEXTUS.

4. Hujus juris duæ ſunt poſitiones publicum & privatum. Publicum jus eſt, quod ad ſtatum rei Romanæ ſpectat. Privatũ, quod ad ſingulorum utilitatem pertinet. Dicendũ eſt igitur de jure privato, quod tripertitum eſt: collectum eſt enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Ambigua uſurpatio verbi juris.*
2 *Cur tantum hic de jure privato.*
3 *De diviſione juris privati.*
4 *An etiam jus publicum tripertitum.*

DE jure & ejus diſtinctionibus accurate agemus tit.ſeq. iſtud hic annotare operæ pretium eſt, quod Ulpian. in l. 1. h. t. ex qua hic locus deſcri-
1 ptus eſt, parũ accurate, & ambigue † utitur verbo *IURIS*. Cum in pr. d. l. 1. definit Jus artem æqui & boni, utique intelligit Juriſprudentiam, ſive habitum in homine, ſive ipſam diſciplinam. At cum jus naturale definit, cum privatum jus ex triplici jure collectum ait, intelligit jus in ſpecie & proprie dictum, ſicut tit. ſeq. pro præcepto & ſanctione. Idem vitium committitur hoc §. Hujus ſtudii, ait, duæ ſunt poſitiones, planiſſime ſtudium accipit eo modo quo jus definivit artem æqui & boni. At utique hoc ſtudium non poteſt diſtingui in publicum & privatum, ſed ipſum jus Romanum, quod utique à ſtudio juris diverſiſſimum eſt. Dicemus aliam hanc eſſe ſententiam hujus loci, quod ſtudium juriſprudentiæ ſit poſitum in duobus, vel potius in cognitione duplici juris, publici & privati: aut an verbo, *poſitionis* eo reſpexit Ulpianus, quod Leges poſitæ ſunt tum ſuper eo quod ad ſtatum rei Romanæ ſpectat, tum quod ad ſingulorum utilitatem. Ita enim jus publicum & privatum hic deſcribitur, & nimirum ab objecto, nam Ulpian. d. loco, publicum jus ait conſiſtere in ſacris & magiſtratibus. Ceteroquin certum eſt, quod vulgo hic notatur, poſt Accurſ. jus publicum per conſequentiam ad privatorum utilitatem pertinere, & vice verſa.

Ad ſtatum rei Romanæ,] Apparet hinc, jus hic non in genere ſumtum, ſed Romanum dividi & definiri, quod ſi tollas verbum *Romanæ*, non erit tamen jus in genere ſumtum, ſed jus civile: & enim hæc diviſio omni jure civili cujusque Reipub. convenit, ſed cum de Juriſprudentia Romana tractaret Ulpianus, ad jus quoque Rom. diviſionem hanc applicavit.

Dicendum eſt igitur,] Credibile eſt Ulpianum etjam de jure publico egiſſe, ſed Juſtin. ait, dicendum
2 eſſe de jure † privato, nam illud quod olim in ſacris occupatum erat, publicum jus jam exploſum & damnatum: & apud Chriſtianos ſacrorum tractatio & explicatio ad ICtum non pertinet; Veteres quoque reipubl. ſtatus plane mutatus erat, & Juſtiniano præcepta & Elementa Juris ex libris veterum ICtorum tradere propoſitum fuit, & omnino tractatio juris publici diffuſior & intricatior eſt, quam ut tyronibus proponi debeat, & ea ad aulas principum & conſiliarios præcipue ſpectat, nec ſine cauſa Juſtin. eam in tres poſteriores libros Codicis conjecit, qua in re plerique hodie præpoſtere magno conatu magnas nugas agunt, qui cum vix à limine ſalutarunt Juris prudentiam, protinus ad tractanda majeſtatis & alia Imperii jura & conſtitutiones, impudenter prorumpunt.

3 *Quod † tripertitum eſt: Collectum,*] Et hoc quoque parum ſubtiliter. Et communiter Interpp. Hottom. Weſemb. & alii agnoſcunt improprie locutum
4 Ulpian. & Juſtin. dum ita dixit jus eſſe † tripertitum, pro eo quod fontes & principia juris civilis innuere voluerit, ex quibus jus Romanum ſit compoſitum & conſtitutum. Ceteroquin abſurdum eſſe putant, ut jus civile tamquam genus conſtituatur, cujus ſpecies ſint jus naturale, gentium & civile, quæ utique longe latius pateant, quam jus Romanum. Equidem non negaverim hanc fortaſſe quam illi dicunt, mentem fuiſſe Ulpiani & Juſtiniani; ſed hoc affirmo
5 jus Civile recte in naturale & gentium & poſitivum dividi poſſe: dum accipitur non pro eo quod civilis Legiſlator à ſe conſtituit, ſed pro eo, quo civitas utitur: prorſus ut Caius *in l. omnes 9. D. h. t.* ſcribit, omnes populos partim communi, partim proprio iure uti, commune enim ius eſt naturale vel gentium, & eo plane ſenſu *Ariſtot. libr. 5. Ethic. capit.* 10. Ius πολιτικὸν civile dividit in φυσικὸν καὶ νομικόν, naturale & legitimum, videlicet dum civile intelligit illud ius quo civitas utitur. Ius enim naturæ, ſive gentium eſt ius commune ex quo omnes gentes hauriunt, & ad ſuam rempubl. transferunt, licet non uno modo, nec omnino pure eo utantur, & eo pertinet quod eſt in *l. iure 6. h. t.* ius civile eſſe, quod nec in totum à iure gentium recedit, nec per omnia ei ſervit, ſed plura hac de re tit. ſeq. Illud hic quæritur, cur Ulpian. & Iuſtin. an, de privato tantum hoc iure dicant, ex triplici id fonte eſſe collectum, & an ob id hoc de publico iure negetur. Equidem ſi Ulpianus & Iuſtinianus de iure tantum privato agere voluerunt, nihil neceſſum habuerunt idem de publico tractare, ſed & certum eſt ius publicum ex iure naturali, quo ſenſu id Ulpian. & Iuſtinian. acceperunt, non eſſe collectum, ceteroquin cultum Deorum, & imperia magiſtratuum iuris gentium eſſe nemo negaverit, & quidem primævi, cum ipſa ratio Deum, eumque colendum eſſe dictet, ut Apoſtul. 1. *ad Rom.* teſtatur, & iuvat *l. 2. D. h. t.* & civitatem à natura eſſe Ariſtot. ſcribit. 1. *polit.* 2. qua ſcilicet homines naturæ quodam inſtin-

ctu ad

Digitized by Google

ctu ad civilem & mutuam converſationem ducuntur. Porro Romanos ſacra ab aliis gentibus, itemque ea quæ ad magiſtratus, & alia publica jura pertinent, & præcipue ab Italiæ populis accepiſſe conſtat.

AD TITULUM II.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE IURE NATURALI, Gentium & Civili.

TEXTUS.

1. Jus naturale eſt, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus iſtud non humani generis proprium eſt, ſed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari naſcuntur. Hinc deſcendit maris atque fœminæ coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cetera quoque animalia iſtius juris peritia cenſeri.

COMMENTARIUS.

1 *Ius quomodo commune brutis.*
2 *Quomodo bruta iuris perita.*

IVS *naturale.*] Jus eſt quaſi juſſum quoddam, & hoc vel rationis vel naturæ, ex quo quidam hanc
1 ſententiam defendunt, quod ius etiam ſit † commune brutis. Alii hoc modo; ſicut in voce duo ſũt, materia & forma, ſonus & articulatio; ita iuris naturalis materiam eſſe, affectiones & inſtinctus naturales, quos etiam in brutis videmus; quibus ſi accedat forma, &, ſi dirigantur ratione, fieri ius naturæ, quod humani generis proprium eſt. Plane ſi iuris communionem habent bruta, neceſſario quoque ſequitur, quod iure vel iniuria agere dicantur, quod poſtremum negat ipſe *Iuſtin. in §. 2. in f. ſi quadrup. paup.* poſt ICtum *in l. 1. §. 3. ff. eod.* & ſi Ariſtoteli credimus, *5. Ethic.* 10. Jus tantũ eſt inter eos, qui ſocietate vitæ certa ratione inter ſe ſunt coniuncti; nec quiſquam puto Philoſophorum ius tribuit brutis, puto nec alios ICtos; nam & Caius omne ius ad homines refert *l. 9 h. t. & in l. 3.* propulſatio violentiæ adſcribitur Iuri gentium, quæ tamen omnino etiam eſt in brutis, ut res ipſa docet, & eleganter *Cicer. 1. offic.* ubi ait omni animantium generi hoc eſſe à natura tributum, ut ſe ſuaque tueatur. Simpliciſſima Interpp. veterum ſententia eſt, Ulpianum paulo abuſum eſſe verbo *IURIS*, & quod intellexerit motiones, & inſtinctus appetitus, & ut Johan. Fab. loquitur, Ius, quod animalibus competit ex ſui ſenſualitate, quod ſane improprie Ius dicitur. Prorſus ut Cicero dicit, & late Plutarchus comprobat in libello, *πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα*, in brutis ſunt ſimulacra & *παραδείγματα* rationis & virtutis; ita etiam in iis ſunt ſimulacra Iuris. Elegantiſſime Plato ait, quod natura rem unamquamque quam perfectiſſimam facere & producere voluerit; & quod in plantis expreſſit ſimulacra ſenſus, in brutis, ſimulacra rationis; in hominibus, ſimulacra divinæ mentis. Et hoc innuere voluit Plutarchus in libello quem inſcripſit *τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι*. In quo [illegible] contradictio videatur in obiecto, quod irrationalia utantur ratione. Et iſta explicatio eleganter confirmatur ex *l. 1. §. ſi arietes 11. ff ſi quadrup. paup. fec. dic.* ubi ſi arietes inter ſe commiſerint, & alter perierit, ſi quæratur, an hoc nomine actio cõpetat, diſtinguit ICtus, an ille perierit, qui provocat, an qui adgreſſus erat, nulla alia ratione, quam quod hic iniuriam feciſſe hoc ſenſu intelligitur, & intuliſſe vim, quam alter aries quaſi jure naturali ita accepto, intelligitur propulſaſſe.

Quæ in cœlo, quæ in terra] Impropria locutio eſt, & in ſpecie quadrupedibus hoc tribuitur quod in terra naſcuntur; Ceteroquin volatilia etiam terreſtria animalia ſunt. Et ridiculi hic veteres Interpp. dum tractant, an qui ex territorio bannitus eſt, videatur eſſe in territorio, ſi in arbore deprehendatur.

Maris atque fœminæ coniunctio.] An matrimonium ſit iuris naturalis, nec ne, & an iure naturali omnis coitus pariter licitus, dicemus *inf. tit. de nupt.* Ineptiunt autem veteres Baldus & alii, qui educationem obiiciunt eſſe Juris civilis, quoniam deſuper diſponat Jus civile, non enim hinc æſtimatur ius civile, ceteroquin omnia pene eſſent Juris civilis, de quo mox dicemus.

Iſtius Iuris peritia cenſeri.] Theophil. ita reddidit, *ἀνθρώπους καὶ τὰ λοιπὰ ζῷα ... τοῦτον τὸν νόμον*
2 *συγγεγραμμένα*, id eſt, adſcribi iis, † qui hanc Le-

gem &

gem & hoc jus venerantur & obſervant. Ex quo apparet Metaphoram eſſe ab iis qui olim apud Romanos ſolemni luſtro nomen ſuum profeſſi inter cives adſcribebantur; quod ſcilicet bruta quodammodo cenſeantur inter ea, quæ utuntur iure naturali, & ita Baro hic à cenſione tributa ſolventium Metaphoram ductam ſcribit, ita quoque Balduin. & Mynſ. Simplicius tamen eſt, ſi quod Cuiac. mavult, legamus, *perita*, quod bruta iſtius juris perita cenſeantur vel habeantur. Alias explicationes & omnino de hoc iure naturali, vid. apud *Budæum in annotat ad l. 1. h. t. Ferrãd. 1. explicat. 3. Govean. 1. var. 19. Lopez. 1. animadv. 2.* & præter ceteros Hottom. hic; cuius tamen iſtud ineptum, quod admiſſo iure iſto naturali in brutis, etiam edere & bibere, aut dormire, ſint futura juris naturalis; neque enim in his ullum ſimulachrum iuris & rationis. Illa objectio majoris eſt momenti, quod ita futurum ſit, ut nobis & brutis ſit jus commune, & conſequenter communio aliqua cum brutis, quam infert communio juris, unde *Cicero 1. de natur. Deorum.* negat nobis quidquam eſſe poſſe iuris cum Diis, quoniam nulla nobis cum iis ſit communio; *& libr. 3. de finibus.* homini nihil eſſe iuris cum beſtiis, quippe quæ hominum cauſa, ut iis utantur, natæ ſunt. Sed jam reſponſum eſt, iuris nomine nos abuſi, cum id brutis tribuimus. Et tamen Plutarchus citato libro, *πότερα τῶν Ζώων φρονιμώτερα*, ſtatuit, nobis eſſe *δικαιόν τι καὶ πρὸς τὰ ζῶα*, in quam rem illuſtria quædam & ſingularia exempla adfert; neque enim quod hic dicitur, de omnibus æqualiter beſtiis accipiendum eſt, neque quod uti licet beſtiis, inde aliquam communionis rationem cum iis eſſe negatur. Plane ſacræ paginæ docent, quod iuſtum quoque tangat miſeratio iumentorum, & apud Prophetam Jonam, hanc quoque reddit Deus ipſe rationem, quare miſertus ſit civitatis Ninivæ, quia in ea ſint multi infantes, & multæ beſtiæ.

TEXTUS.

2. Jus autem civile à iure gentium diſtinguitur, quod omnes populi, qui legibus & morib. regũtur, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nã quod quiſq; populus ipſe ſibi cõſtituit, id ipſius propriũ ius civitatis eſt, vocaturque ius civile, quaſi ius proprium ipſius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, id apud omnes peræq; cuſtoditur, vocaturque ius gentiũ, quaſi quo iure omnes gentes utantur.

COMMENTARIUS.

1 *An ſit ius naturale, & quædam, natura iuſta & recta.*
2 *Quid ſit ius natura, & an mutabile.*
3 *Ius gentium plures habet ſpecies.*
4 *Nota iuris Poſitivi quibus differt à naturali*
5 *An quævis ſanctiones legitima & iuſta habenda.*
6 *Ius civile merum & mixtum.*
7 *Explicatio. l. 6. h. t.*
8 *Quirinus, Quirites.*

Hic pes figendus eſt, & evolvendæ variæ ambiguitates, quæ non tantum tyrones iuris, ſed etiam exercitatiores in errorem ſæpe inducunt, nam & ius naturale & ius gentium, & ius civile non uno modo accipiuntur; ſed nec omnia iſta iura ſpecies infimæ ſunt, ſed quæ in varias ſpecies diducuntur. Inprimis conſtituendum eſt, an ſit aliquod ius naturale; qua appellatione iam ſtrictius utimur, pro iure quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, quod hic & alibi ius gentium, alibi ius naturale dicitur, ut in *§ ſingulorũ infra de rer. divi. l. 1. de acquir. rer. dom. & int. pen. inf. h. t.* (neq; enim ius cum beſtiis cõmune ſatis commode dicitur, divina providẽtia cõſtitutũ,) & alibi, & apud Cicer. alioſq; autores frequentiſſime, & ut paulo ante diximus, hoc ſenſu accipit haud dubie *Ariſtotel.* Ius naturale *5. Ethic.* 10. Fuerunt, qui exiſtimarent nullum ius
1 eſſe † naturale, & quid rectum aut honeſtum ſit, ſola opinione & diſpoſitione hominum conſtare; quam opinionem tribuit Archelao Laertius libr. 2. *τὸ δίκαιον εἶναι καὶ τὸ αἰσχρὸν οὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ*, Iuſtum & turpe eſſe non natura, ſed Lege; & in Ariſtippo inter dogmata Cyrenaicorum hoc quoque refert, *μηδὲν εἶναι φύσει δίκαιον, ἢ καλὸν, ἢ αἰσχρὸν, ἀλλὰ νόμῳ καὶ ἔθει*, nihil eſſe natura iuſtum, honeſtum aut turpe, ſed Lege & more, ſive conſuetudine. Cauſam cur ita exiſtimarent, hanc præcipue habuerũt, quod apud diverſas gentes ſuper variis rebus diverſa, imo non raro contraria inſtituta, & quidem ſuper iis, quæ ius naturæ aut gentium concernere videntur, deprehenderunt, verbi cauſa, ipſa ratio dictat, ut à delictis, furto, (quod ipſe ICtus ait, iure naturali prohibitum eſſe *l. probrum 42. de V. S.*) adulterio, &c. abſtineatur; & quædam tamen

Digitized by Google

gentes admiſiſſe furta, dicemus *infr. libr.* 4. *tit.* 1. §. 1. Et cum pœnas proportionatas & æquales delictis eſſe oporteat, & ex ipſa pœnæ qualitate, quid Legiſlator de delicto ſenſerit, deprehendatur, diverſiſſimas pœnas his delictis irrogatas eſſe invenimus, quod ſuis locis oſtendemus. Jure gentium inceſtum committi dicitur inter eos qui ſunt in linea recta *l. ultim. de ritu nupt. & Socrat. apud Xenoph.* 4. *ἀπομνημ.* Juris naturæ eſſe, τὸ μήτε γονέας παισὶ μίγνυσθαι, μήτε παῖδας γονεῦσι. Ne invicem liberi & parentes miſceantur. At Ovid.
1

—— Gentes tamen eſſe feruntur.
In quibus & nato genitrix & nata parenti
Iungitur ——

Et hoc licitum fuiſſe apud Perſas refert *Arnob. lib.* 8. *Octau. in Minut.* & pluribus gentibus idem factitarum referunt *Hottom. tract. de nupt. cap.* 5. *Alber. Gentil.* 5. *de nupt. cap.* 7. Dicemus plura *inf. de nupt.* Sed enim iſta opinio à ſanioribus Philoſophis & ipſa ratione damnata, & conſtanter traditū, eſſe quędam ipſa ratione humana communi dictante juſſa, vetita, ex ſe honeſta & turpia, ut maxime nulla ſanctio ſpecialis diſponat: neque corrupti mores gentium præjudicium veritati facere poſſunt; & eleg. *Socrates apud Xenoph.* 4. *ὑπομνημ.* ait, non propterea id non eſſe Juris naturæ, quod quidam contra faciant, nam & multos peccare contra LL. civiles, ſed utroſque pœnas ſuas manere, utcunque fateri cogamur, ob circumfuſas humano ingenio tenebras, quid accurate iuſtum, quid injuſtum revera ſit, aliquando in obſcuro latere; In eamque rem Apoſtoli cap. 2. ad Roman. teſtimonium exceptione omni majus eſt; & ſtatuimus, itaque eſſe aliquod jus naturale ſive gentium, (hic enim vocib. jam promiſcue utimur.) Deſcriptio iſtius juris jam quærenda eſt, quam hic Juſtin. tradit,

2 quod naturalis † ratio inter omnes homines cōſtituit; & in §. *pen. infr. h. t.* jura naturalia (hominum ſcilic. divina providentia conſtituta, ubique & ſemper immutabilia eſſe, quod tamen non ita præciſe accipiendum eſt, nec univerſaliter; nam & in jure naturæ ſunt gradus decretorum & præceptorum, & mutationi aliquali locus eſt, (cujus rei cauſas proponemus ad d. §. pen.) & *Ariſtot. d. lib* 5. *cap.* 10. agnoſcit non ita ſe habere jus naturale, ſicut alia naturalia & eorum qualitates, veluti, quod, ut ait, ignis ubique urit. & omnino eleganter ait, ἐπεὶ μέντοι καὶ φύσει (alias φυσικὸν) κινητόν, οὐ μέν τοι πᾶν, ἀλλ' ὅμως ἐστὶ, τὸ μὲν δίκαιον φύσει, τὸ δὲ οὐ φύσει. Quibus verbis ſcilicet ſignificat, utrunq; etiā quod juſtum natura dicitur, aliqua ſit mutabile, (de quo *ad dict. §. pen.*) tamen non ob id tolli diſtinctionem juris naturalis & poſitivi:

Porro cum hac deſcriptione iuris gentium ſive naturæ, quam ex hoc §. *& §. pen. h. t.* propoſuimus, parum, aut non ſatis conuenit quod mox in §. ius autem 5. *h. t.* ſcribit Iuſtin. ius gentium eſſe, quod gentes uſu & humanis neceſſitatibus exigentibus ſibi conſtituerunt; & ad illud ius refert, commercia, bella, ſeruitutes, quæ profecto à naturali conſtituta eſſe ratione, ſine cauillatione vix dici poteſt. minime autem omnium diuina prouidentia ea conſtituta eſſe quiſquam affirmaverit. Hac de cauſa omnino fatendum eſt, non recte ſine; diſtinctione, tam diverſa de iure gentium † prædicari, v. c. hæc quæ iam diximus *d. ex d. §.* 5. *h. t.* 3. & quæ referuntur in *l.* 2. *&* 3. *de iuſt. & iur.* pietas erga Deum, patriam & parentes, & defenſio corporis ſui contra vim iniuſtam; Et hinc Interpretes veteres ius gentium duplex ſtatuerunt, & diviſerunt in primarium & ſecundarium. Et iudicio carent, qui hanc diſtinctionem tam euidenti ratione ſubnixam non ferunt; neque vero iura iſta & ſpecies duæ tempore tantum diſtinguuntur, ut falſo illi putant; Sed alterum fluit ab ipſa pura ratione humana, cuiuſmodi ſunt quæ traduntur *in d. l.* 2. *&* 3. *de iuſt. & iur.* ad quæ etiam tria illa præcepta, de quib. ſupra egimus, non inepte referri poſſunt; alterum autem habet ratiocinationem, & ex cauſa & hypotheſi aliqua iuſtum eſt, ad quod pertinent ea quæ in §. 5. referuntur. Et maxime ſervitutes & dominia in eos qui bello capiuntur, aut ex ancillis naſcuntur, (de quibus tit. ſeq.) quas referri ad idem ſpeciem ius ex quo ſunt prædicta, nimis quam fuerit abſurdū. Apparet ex duabus ſpeciebus ſervitutis, quos conſtituit *Ariſtot. Polit* 3. *&* 4. ubi nimirum alios eſſe ait ſervos φύσει natura (de quibus ait. ſeq.) alios ſervos νόμῳ *d. cap.* 4. *in pr.* ὁ γὰρ νόμος, inquit, ὁμολογία τις ἐστί, Lex eſt quædam conſenſio; quod ſcil. gentes uſu communi quaſi ita diſpoſuiſſe videntur, ut bello capti eſſent capientium; adeo ex ſententia Ariſt. ſervitus iſta magis ad jus legitimum videatur referendum, & quodammodo poſitivum, (oppoſitive videlicet ad jus naturale,) tantum abeſt, ut unam ſpeciem cum jure naturali conſtituat. Sed enim utique referenda eſt ſervitus iſta ad jus gentium, per ea quæ pluribus tractabimus tit. ſeq. Et fit ex his probabilis eorum opinio, qui amplius jus gentium ſecundarium ſubdiſtinguunt;

Digitized by Google

gnunt; nam cum cœtus & ſocietates hominum initio ſtatim conſtitutæ ſint, neceſſaria conſequentia ſimul commercia & dominiorum diſtinctiones fuerunt introductæ; atquin bella poſt malitia humana & libido habendi, & conſequenter quoque jura bellorum introduxit. Sed reprimo me ne evager nimis; addo tamen duo, pro cautione in tractatione obſervanda. Et 1. quod jus naturale quatenus oppoſitum eſt poſitivo, ambitu & appellatione omne omnino jus, quod non eſt civile & poſitivum, comprehendit; ex quo fit, ut non raro juri naturali tribuantur, quæ pertinent ad jus gentium ſecundarium, ut in § *ſingulorum I. de rer. diviſ. l. 1. de adq rer domin.* Deinde, quod quædam dicuntur juris naturæ magis proprie, quæ nimirum ſunt quaſi decreta quædam rationis, ut in *l. 2. & 3. de juſt. & jur.* quædam ita dicuntur, non quod ita decreverit ipſa naturalis ratio, ſed quia conſideratis humani generis initiis aliquid ita obtinebat; quomodo liberos omnes eſſe homines, dicitur juris naturalis, & ei contrarias ſervitutes §. *5. h. t.* quoniam cum ab initio nulla bella eſſent, omnes liberi erant. Ita recte Io. Faber *in §. Jus autem gent. n.* 13. de jure, inquit, naturæ, omnes naſcebantur liberi, non quod jus naturale hoc diſponeret, ſed quia illo jure non erat ſervitus.

Quod quiſque populus ſibi conſtituit.] Hoc eſt jus civile, imo rectius poſitivum, quod *Ariſt. 5. Eth. 2. &* 10. vocat νομικὴ & à politico diſtinguit; nam ut ſupra diximus, jus civile acceptum pro eo, quo in univerſum civitas utitur, etiam comprehendit jus naturæ & gentium, quatenus in civitatem aliquam receptum eſt, & populus eo utitur. In ſpecie
4 autem & hoc §. jus civile dicitur † à cauſa efficiente, quod non communis & omnium gentium & naturalis ratio conſtituit, ſed ratio v. c. unius alicujus hominis, vel imperantis, vel à republ. aliqua jus ferendi Leges accipientis.

Et apparet intelligi populum, vel civitatem, quæ non ſit ſubjecta imperio alterius, ceteroquin jus ſanciendi Legis non habebit, niſi quo ad quædam particulatim civitatem concernentia, citra præjudicium Legis ſuperiorib. cujus alias conſenſu opus erit; & ea Dd. vocant ſtatuta, & de iis tractant in *l. omnes 9. de Iuſt. & iur.* Sane olim licet Romani tota Italia dominarentur, tamen pleræque civitates fœderatæ, quin & municipia quædam ſuis LL. utebantur, quibus adeo etiam poteſtas fuit condendi juris. Porro eſt illa quam diximus nota & diſtinctio certa utriuſque hujus juris. Huic conſequens eſt alia quam docet *Ariſtot. 5. Ethic.* 10. quod jus naturale (hoc maxime hic accipimus & intelligimus de primævo, licet & proportionaliter in ſecundario obtineat) eſt ex ſe juſtum, quippe profluens à ſimplici, & fere incorrupta ratione, non autem quia huic vel illi; principi, populo aut Legiſlatori ita videatur: & ob id quia juſtum eſt, ab omnibus obſervandum eſt. Ex quo porro fluit; tum quod iſtud jus ſemper juſtum eſt & fuit, & ubique juſtum eſt. Huic oppoſitum eſt, jus poſitivum hoc enim non ex ſe juſtum eſt, ſed ideo, quia à civili Legiſlatore præceptum eſt, juſtum tum demum eſſe incipit, & obſervandum eſt, cum ante poſſet non obſervari, ut d. loco docet Ariſtot. & hoc jus vocat νομικὸν, quod LL. civitatis ſancitum eſt: & 5. *Eth.* 2. hoc ſenſu juſta ait eſſe τὰ διωρισμένα ὑπὸ τῆς νομοθετικῆς quæ Legiſlator civilis ſanxit. Et apud Xenoph. 4. ἀπομνημ. Socrates φησὶ ἐγὼ, τὸ νόμιμον δίκαιον εἶναι, intelligit autem, quod Legibus civitati præceptum eſt. Ergone dixerit a-
5 liquis, quælibet improbe ſanctiones † tyrannorum aut plebis in Democratiis corruptis, juſtæ erunt? Locus hic eſt communis de obſervatione LL. in quem jam non digredior. Hoc ſaltem dico, Leges latas in dubio eſſe obſervandas nec de iis earumque ratione temere diſputandum, ſed iis parendum, ut *d. lib.* 4. diſſerit Socrates; & Politicorum placitum eſt, Leges, utcunque non omnino bene poſitæ ſint, obſervandas, & præſtare, ut LL. poſitæ conſerventur, quam ut ex prætextu alicujus iniquitatis facile mutentur, ut eleganter diſſerit Cleon. apud *Thucyd. lib. 3.* & apud eundem Alcibiades *lib. 6.* & quædam huc pertinentia ſcribit *Lipſ. 4. Polit 9.* modo ne directo LL. offendant rationē juris naturæ, quæ jam non LL. ſed corruptelæ vocandæ ſunt. Satis eſt, aliqua eas defendi poſſe, &, quod caput eſt, collineare ad concordiam & commodum ſubditorum, quem finem omne imperium propoſitum habere debet, ut pluribus tractat *Plato 1. de repub.* contra Thraſymachum, qui ex utilitate ipſius imperantis æſtimabat imperium, & hinc etiam juſtum definiebat, τὸ κρείσσονος (ſcil. potentiore & qui in Repub. plus poteſt) ſυμφέρον. Et quoniam igitur hoc juſtum non ex ſe tale eſt, fit inde, ut nec ubique apud omnes, neque ſemper juſtum ſit: Nam & variæ Reſpubl. diverſis LL. civilibus utuntur: & in una eademque Republica, quod hodie juſtum erat, Lege abrogata, cras injuſtum eſſe poteſt: Leges enim civiles mutabiles eſſe conſtat, & docet §. *pen. infr. h. t.* & huc pertinet quod ele-

ganter ait *Ariſt.* 5. *Eth.* 10. ius civile ſimile eſſe mæ-
andris, quæ variant, nec ubique ſunt eædem.
Iſtud autem ius civile de quo hactenus diximus,
& quod poſitivum vocamus, recte dicitur ab Hot-
6 tom. *in § ult. tit præced.* ius civile † merum, quod
ingeniis hominum excogitatum eſt, cujuſmodi
variæ LL. apud Romanos, veluti L. XII. Tabb.
quæ parte ſolos filiosfam. admittebat ad heredi-
tatem patris, & in aliis multis capitibus: Item Le-
ges, Papia, Poppea, Favia, Voconia, Caninia, Falci-
dia, aliæ. Jus aliud civile poteſt dici mixtum,
cum aliquid ex iure gentium ſumtum in civita-
tem recipitur, quomodo ſupra diximus, omne
ius quo civitas utitur, ius dici poſſe civile, etiamſi
nihil addat Legiſlator civilis; quo ſenſu obliga-
tiones ex contractibus iuris gentium iure ci-
vili approbatis, dicuntur civiles, ſed magis recte
ius mixtum dicitur, ubi iuri gentium aliquid ad-
ditur per Legem civilem; quo ſenſu matrimo-
nia, teſtamenta, ſucceſſiones, actiones, alia, iu-
ris civilis eſſe dicuntur, quibus ſcilicet forma quæ-
dam propria addita eſt, & amplius ita conſtitu-
tum eſt, ut inter cives tantum earum rerum ſit
communio. Huc refero omnino & hinc expli
7 co, quod † ſcriptum eſt in *l. ius 6. de iuſt. & iur.*
cum aliquid additur vel detrahitur iuri gentium,
ius proprium civile effici, quod nimirum de iure ci-
vili non mere ſed mixto accipiendum eſt, cetero-
quin omnia pene iuris civilis & poſitivi dicenda
eſſent. Vix autem fero, quod Hottom. vult,
ut ius quod Romani à Græcis acceptum in LL. 12.
Tabb. retulerunt, dicatur ius Athenienſium vel
Spartanorum; hoc enim tantum accidens fuit,
quod eo iure populi illi uſi ſunt, neque ulla
neceſſitate impulſi Romani, ſed ex libero arbitrio,
nec quia id Græcis placuerat, ſed quia ipſi hoc pro-
barunt, eo iure uſi ſunt, itaque recte dicitur me-
rum Jus Romanum. Hæc ſunt inſtar principiorum,
quorum ignoratione, quoniam multos errare de-
prehendi, paulo altius ea repetere, & latius hic pro-
ponere volui.

Et ex his intelligimus, quomodo verum & ac-
cipiendum ſit, quod in textu ſequitur, populum
Romanum, partim ſuo proprio, partim commu-
ni omnium hominum iure uti; de quo ſingulis
locis annotabimus. Illud leve eſt, quod poſt a-
lios monet Mynſ. in verbis, *omnes populi qui &c.*
verbum relativum *Qui* non reſtringere ſed decla-
rare; quamvis fortaſſe ſint quidam barbariores
populi; qui non certis LL. aut moribus regan-
tur & vivant, ſed magis ex cuiuſque animi libidi-
ne. Porro cum ius civile in ſpecie & poſitivum ita
dicatur, quia quiſque populus id ſibi conſtituit,
ut eſt in §. *ius autem.* & iam ſatis explicatum, con-
ſequitur hinc quod eſt in § *ſed ius quidem h. t.* ex
ipſa Repub. in qua ius tale conſtitutum eſt, ius ci-
vile recte denominari: ut dicatur ius Romanum,
Spartanum, Athenienſe, quomodo recte appel-
lari ait Juſtin. Leges Draconis vel Solonis: qui-
bus verbis innuit, in denominatione potiorem
habendam rationem Reip. & civitatis, quæ Le-
gibus utitur, quam autoris Legum; idque præci-
pue obtinet in iſtis terminis & in Democratia,
qualis fuit Athenienſium, quibus Draco &
Solon non propria autoritate, ſed ipſius populi
Leges tulerunt, ubi inepte labitur Theoph. qui
Draconem facit Legiſlatorem Spartanum. de LL.
Solonis & Draconis *v. Plut. in Solone & Gellium.* Et
adeo quamplurima LL. in Repub. Rom. Juliæ,
Poppeæ, Corneliæ, innumeræ aliæ, licet ab autore
nomen acceperint, tamen recte dicentur ius
Romanum: maxime cum iſti autores tantum eas
rogaverint, populus ſanxerit. Illud nimis vulgatum
8 eſt, quod Romani dicantur à Romulo, Quirites †
à Quirino; Romulus idem eſt qui Quirinus, Virg.
1. Æneid.

—Remo cum fratre Quirinus
Fas & iura dabunt.

Rationem nominis, & cur Quirinus dictus fuerit,
reddunt *Feſtus*, *Varro* 4. *de Lingua Latina.* *Ovid.*
2. *Faſtorum* & *Plut. in Rom.* ubi ſcribit, placuiſſe, pace
facta inter Sabinos & Romanos, ut Romani etiam
Quirites à Tatii Sabinorum Regis patria voca-
rentur; quod etiam refert. *Dionyſ. Halyc. lib.* 2.
Illud enim nugatorium, quod apud eundem Plut.
refertur, Romulum poſt mortem apparuiſſe
Proculo, dixiſſe ſe Quirinum dici, pro Deo colen-
dum. Non minus vulgatum, quod Juris appella-
tione ſimpliciter prolata κατ' ἐξοχὴν intelligatur ius
Romanum vel ob æquitatem iſtius iuris, & præſtan-
tiam, quam apud *Cicer.* 1. *de orat.* Craſſus prædi-
cat; vel potius ob amplitudinem Imperii, cui
ſubiecti iſto iure uſi ſunt poſtmodum: nam olim
ius Romanum licet late fuſo iam imperio, tamen
pene intra muros Urbis Romæ concluſum fuit,
præterquam, quod coloniæ & municipia quædam
eo iure utebantur, de quo tractant Onufrius & Si-
gon. de antiquo iure Italiæ. Obiter nota, hic Ro-
manos opponi Græcis. à Juſtiniano, cuius tamen
tempo-

tempore Reſpubl. penitus Græca erat. ſed ratio habita fuit veteris Reipub.'& originis; aut forte hęc ex veteri ICto deſcripta ſunt. De Homero per excellentiam Poeta dicto, eſt locus apud *Cicer, in Top. Senec, 8. Epiſt.* 1. Sequitur:

TEXTUS.

3. Jus autem gentium omni humano generi commune eſt: nam uſu exigente & humanis neceſſitatibus, gentes humanæ quædam jura ſibi conſtituerunt. Bella enim orta ſunt, & captivitates ſecutæ & ſervitutes, quæ ſunt juri naturali contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi naſcuntur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti ſunt, ut, emptio & venditio, locatio & conductio, ſocietas, depoſitum, mutuum & alii innumerabiles.

COMMENTARIUS.

1 *Vitia deſcriptionis Iuſtinianea.*
2 *Contractus qui iuris gentium. & 4.*
3 *Actiones iuris gentium.*

O*Mni humano generi.*] Ita in §. 2. *Inter omnes homines* Et recte plane, vereque dicitur omnibus eſſe commune, & omnibus gentibus quaſi ſanci-
1 tum; verum illud minus defendi † poteſt, quod eſt in d. §. 2. apud omnes gentes *peraque* cuſtodiri; nam iſtud, ut ſupra oſtendimus, etiam in jure primævo gentium falſum eſt; itaque illud *peraque & apud omnes gentes* cum mica ſalis accipiendum eſt, ut à potiori id dictum intelligatur. Verbum quoque *conſtituerunt* in d. §. 2. non ſatis proprie dicitur de iure gentium primævo, ſed bene de ſecundario, per ſupra dicta ex *Ariſt.* 1. *Polit.* 4. neque vero ſine vitio omiſiſſe potuiſſet Juſtin. jus gentium primarium.

Nam uſu exigente.] Hoc non caret vitio. Nam cum indiſtincte & indefinite proponat jus gentium, ſicut & in §. 2. *h. t.* per hanc rationem ſubjectam reſtringitur jus gentium, & ſecundum eam hoc tantum jus gentium erit, quod uſu & humanis neceſſitatibus exigentibus introductum eſt. At enim contra ea dignior & principalis ſpecies eſt iuris gentium, quam ſupra diximus eſſe jus primævum, & quod Ariſtoteles vocat φύσει vel φυσικὸν δίκαιον, ſub quod refert *Socrat apud Xenoph. 4. memorab.* Deos colere, parentes venerari, gratiam reddere benefactoribus, & quod jus non ab hominibus conditum, ſed à Deo hominibus datum & ſancitum eſſe ait, idque obſervavit hic VVeſenb. dum ait: Jus gentium dividendum fuiſſe in jus rationis & ratiocinationis. An dicemus Juſtinianum iſtud jus ſub jure naturali, quod commune brutis dixit, comprehendiſſe? Hoc quidem ſine vitio vix poteſt. Licet enim referantur ſingularia quædam de brutis à *Plutarcho in ſupr. d. libello, πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα* attamẽ ea nec quidem integri generis, ſed quorundam individuorum, utique minime omnium brutorum, & omnino tantum ſimulachra quædam ſunt. An Juſtinianus illa generalia quaſi præcepta & juſſa rationis inſuper habuit, & de illo jure gentium tantum tractare noluit, quod magis in uſu appareret, & cujus tractatio non exiguam partem juris Romani occuparet? Quidquid dixeris, non poterit excuſari omnino Juſtinianus, quod primævi illius juris non habuerit rationem.

Quæ ſunt contraria iuri naturali.] Quomodo ſervitutes dicantur contra jus naturale, paulo ſuperius explicavimus, & dicemus plura tit. ſeq. Bella plane primitus non ex jure gentium, verum ex injuſta habendi libidine nata ſunt; quam injuriam qui propulſat, juſte bellum gerit. Cum inde ſæpe non conſtet de injuſtitia vel juſtitia belli, recepta ſunt jura ſervitutum, & bellorum, cum quiſque fere juſtitiam ſibi cauſæ aſſerere ſoleat. Nec male *Port. in § præced cap. 3.* ait bella eſſe ex jure gentium non diſpoſitive, verum occaſionaliter, diſtinctis dominiis.

Et ex hoc iure contractus.] Diximus item ſupra, nõ videri ad eandem ſpeciem juris gentium recte referri, jura bellorum ſervitutum, & contractus.

Emptio & venditio] Copulam addidit, quia ſignificatur unus contractus, ad quem tamen ſignificandum, etiam alterutrum verbum ſufficere poteſt, quæ ſcientia eſt *L. veteres 19. cum l. ſeq. de act. empti.*

2 Ut autem contractus † juris gentium dicatur, ſatis eſt omnes gentes eo uti, ut maxime eſſentiale ejus aliquem certum autorem habeat, *v. Plin. 8. cap. 86. & notat id Hottom. hic.*

Societas depoſitum mutuum.] Hæc certis textibus probantur: quamvis in hujuſmodi quæſtionibus, an aliquid ſit juris gentium nec ne, autoritates juris noſtri fruſtra advocentur. Hæc etenim pendent ab ipſa veritate & evidentia rei, nec cujuſquam hominis aut legiſlatoris autoritate effici poteſt, ut

iſta non ſint iuris gentium. De mutuo poſſit ex eo ſcrupulus inici, quod Ariſtoteles ſcribit *1. polit.* nũmum inuentum eſſe commercii & permutationi cauſa, adeo mutuam pecuniam, dare poſſit videri eſſe præter naturalem uſum nummorum, & eum finem, in quem jus gentium eos introduxit. At enim facilis reſponſio eſt, ob id quod iſte finis & uſus nummi eſt primarius & principalis ex jure gentium, non effici, quod nullus preterea uſus ſecundarius & minus principalis ex eodem gentium jure eſſe poſſit, quem ſuaſit humana indigentia, ut alter neceſſitatibus alterius mutuam pecuniam dando ſuccurreret.

Contractus.] In *l. 5. de iuſt. & iur.* adduntur obligationes: An forte ut etiam alias pactiones extra contractus ſignificarentur: an voluit ICtus etiam addere effectum contractuum? A quo enim jure eſt cauſa, ab eodem & effectus eſt. Et igitur porro etiam ex jure gentium erunt actiones, quarum cauſæ ſunt obligationes. Ex jure gentium ſunt magiſtratus, inter cætera ei fini quoque conſtituti, ut quiſq; jus ſuum conſequatur. Miror pleroſque veterum in d. *l. 5 de iuſt. & iur* in contrariam ire partem magis

3 miror quoſdam & hodie in hãc ſententiã quod† actiones ſint ex jure civili, adducere *l. 2. §. deinde 6 de orig. iur.* ubi ait Pompon. ex LL. XII. tabb. compoſitas eſſe actiones. Quod ſi enim his LL. acceptas ferimus actiones, jam trecentis annis (tot enim exceſſerunt ab V. C. uſque LL. XII. tabb. populus Romanus ſine actionibus fuit: quo quid abſurdius aut ſtultius? Nimirum formam propriam ex LL. illis & ad forum Romanum acceperũt actiones: quomodo apud Athenienſes & alios populos propria agendi forma fuit: ſed forma communis & eſſentialis actionum, quæ conſiſtit in ſimplici petitione, ea eſt ex jure gentium: cujuſmodi quæ ſunt, poſſent illa quidem ad jus civile mixtum, de quo ſupra, referri, ſed ut tamen eorum origo, & vera eſſentia & forma à iure gentium arceſſatur, de quo plura diximus ad *Tr. de except. th. 1 & Tract. de act. diſp. 1. v. Dd & inprimis Salic in l. ex hoc 5. de iuſt. & iur. Interpp. & late Ang. hic n.* 8. ex quib. pa et effectu non diſſentire Ultramontanos & Citramontanos; (quod tamen Ang. tradit) nam Salic. quem & ipſe Ang. citat, fatetur intẽtionẽ proſequendi quod ſibi deberet, eſſe à jure gentium, ſed formam & modum à jure civili: quæ veriſſima ſententia eſt, quam adſtruimus & *infr. in § ſed iſta 3. de action.*

Omnes pene.] Per particulam *pene* cavere ſibi voluit Imp. † poſt ICtum in *l. 5. de iuſt. & iur.* quoniã generalia & indefinita hujuſmodi enunciata periculoſa ſunt. Ita ſervitutes ſunt à jure gentium, ſed quidam modus eſt à jure civili *5. 1. tit ſeq.* Ita contractus & obligationes a jure gentiũ ſunt, ut nihilominus quidam obligandi modus poſſit eſſe à jure civili: & conventionum legitimarum mentio eſt in *l. convent. 5. cũ l. ſeq. de pact.* Etenim hic locus eſt conjungendus cum *l. 5. de iuſt. & iur.* quæ obligationes ponit. Exẽpla in ſpecie afferre ſolent interpp. ſponſalitiam largitatem, literarum obligationem, ſtipulationem & emphyteuſin: quæ traditio an recte ſe habeat, videbimus propriis locis, in § *Eſt & aliud 3. infr. de donation. tit. infr. de lit. obligat. ad pr. infr. de verb. oblig. & in §. adeo 3. infr. de Locat* Hottõ. huc refert mancipium & nexum, coemptionem ſolemnem in matrimoniis: non ſatis recte, quoniam iſti non contractus, ſed contrahendi modi ſunt.

TEXTUS.

4. Conſtat autem jus noſtrum quo utimur aut ſcripto aut ſine ſcripto, ut apud Græcos, τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem jus eſt, Lex, Plebiſcitum, Senatusconſultum, Principum placita, magiſtratuum edicta, & reſponſa Prudentum.

COMMENTARIUS.

1 *Quid hic ſit ſcriptum & ſine ſcripto.*
2 *In quo ſit eſſentia legis.*
3 *Specifica differentia legis & conſuetudinis.*
4 *Vnde ſumta hac diviſio.*

Præcipue hic notanda ambiguitas in verbis
1 *ſine ſcripto:* † Item *ex ſcripto* Nam jus quoq; naturæ & gentium, eſt non ſcriptum, & ita veteres, locuti ſũt. *Cicero in partit. ora. ſub fin.* Propria, inquit legis, & ea quæ ſcripta ſunt, & ea quæ ſine literis aut gentium iure, aut more majorum retinentur. Ad eundem modum *Socrates apud Xenophon. 4. memorab* appellat ἀγράφους νόμους τοὺς ἐν πάσῃ χώρᾳ κατὰ ταὐτὰ νομιζομένους qui ubique iidem ſunt. Deinde reſponſa prudentũ dicuntur ius, quod ſine ſcripto venit *l. 2. §. his legibus 5. de orig. iur.* nimirum oppoſitive ad jus quod ita ferri & conſtitui ſolebat, ut protinus in tabulis ſcriberetur, & publice legendum proponeretur: ceteroquin oppoſitive ad jus quod moribus & tacito conſenſu receptum dicitur, hic inter juris ſcripti partes referuntur.

Scripto

Scripto aut ſine ſcripto] Weſemb. ait differentiam
ſumptam à forma. Sed errat utique, ſi intelligit for-
2 mam † ſpecificam & eſſentialem. Formam enim
lex accipit à ſanctione eius, penes quem eſt ſumma,
in republ. poteſtas: haud dubie enim principale ius
majeſtatis eſt legis ferendæ ius, quippe quæ omnes
ſubditos neceſſitate parendi obſtringit. Itaque ex-
preſſa ſanctio expreſſa voluntas & conſenſus faciunt
legem ſiue id ius, quod opponitur mori & conſue-
tudini quæ ſenſim ex factis & ita tacito conſenſu
populi introducitur, ut arguit §. *pen. inf. h. t. inf.* & e-
vincit certiſſima ratio, hinc ſumendam eſſe diſtin-
3 ctionem & differentiam ſpecificam legis & † cō-
ſuetudinis: cæteroquin neceſſario efficeretur, po-
ſita ſcriptura poni legem, & ita ubi quivis etiam
privatus conſuetudinem ſcribit, eam effici legē po-
ſita enim differētia ſpecifica ponitur ſpecies: ſeque-
retur & hoc; negata & ſublata ſcriptura non eſſe
legem: quod utrumq; falſiſſimum eſt. Iuſtin. autem
hic per ius non ſcriptum intelligit conſuetudinem,
ut apparet ex §. *ſine ſcripto infr. h. t.* Vulteius dum vult
hic defendere Iuſtinianum, neſcio quid argutatur,
an nugatur, de ſcripto & præſcripto. Nec defini
tiones nec diviſiones accuratæ ſemper in iure no
ſtro ſe offerunt: & fateamur hanc diuiſionem non à
4 differentia † ſpecifica, ſed ab accidendi ſumptam,
eo facilius quod ita, in Repnbl. Rom. ſemper obſer-
vatum erat, ut LL. in ſcripturam redigerentur. Qui-
5 dam ita argumentantur, citra quod nō obligat †
lex, id eſt de ejus eſſentia. Atqui citra ſcripturam
non obligat. Ergo &c. Majoris ratio eſt, quoniam
vis omnis legis in eo poſita eſt, ut ſubditos obli-
get ad obedientiam vel pœnam. Adſumtio confir-
matur hinc, quod ignorantes non poſſunt teneri
Legibus civilibus, & vero per ſcripturam in noti-
tiam populi & ſubditorum LL. deferuntur. Hoc
argumentum dedit quibuſdam cauſam diſtinguen-
di inter legis eſſentiam legemq;, quaſi in idea conſi-
deratam, & inter legis exſiſtentiam. Verum nos
hic de LL. in repub. exiſtentibus loquimur: & illa
diſtinctio eſſentiæ & exiſtentiæ hic inepta eſſe vi-
detur. Si quid princeps v. c. in conſilio ſuo diſponat,
protinus exſiſtentia lex eſt, utcunque nec dum ſub-
diti omnes ſciant: nihilominus enim magiſtratus
juxta eam L. recte pronunciabunt, quamvis ſane
ſi coercitionem delictorum reſpiciat, iniqua ſit fu-
tura pœna, (ubi nimirum delictum ex ratione juris
naturæ aut gentium ita puniri non meretur) in eos,
qui legem ignorant: ut ſimplicius agam, adſumptū
quoque dico eſſe falſum, quod tantum per ſcriptu-
ram poſſit lex promulgari. Ecquid enim, an qui li-
teras & legere neſciunt, non obſtringuntur legibus?
& illis utique per ſcripturam non innoteſcit lex: Et
ut de Repub. Rom agamus, ut primum lex rogata e-
rat, *Velitis, iubeatis, Quirites &c.* & populus in hæc
verba cenſuiſſet, *uti rogas*: Lex erat, etiam antequā
in tabulis perſcripta eſſet: & populus qui legē ſanxe-
rat, utiq; legem ſciebat, & ita antequam ſcriberetur
lege tenebatur, quoſcunque ea concernebat. Et
quid certius eſt, quam citra ſcripturam miniſterio
præconis vel alterius legem promulgari & in noti-
tiam ſubditorum deduci poſſe? Evidentiſſimum
exemplum & argumentum, & quod leges ſcribi
de eſſentia earum non ſit, præbet Reſpub. Spartana,
in qua teſte ipſo Juſtiniano in §. *Et non* 11. *infr. h. t.*
leges latæ non ſcribebantur, ſed memoria cuſto-
diebantur: utiq; enim, quæ ſanxit Spartanis Lycur-
gus, leges fuerūt: atqui, ut ait Plutarch. in ejus vita.
νόμους γεγραμμένους ὁ Λυκοῦργος οὐ κατέθηκεν. Leges ſcriptas
Lycurgus non poſuit: & mox μία τῶν ῥητρῶν μὴ
χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις. Una ex Rhetris (forte ita
dictis quod non ſcriberetur,) non uti legib. ſcriptis.
Qua in re labitur Mynſ. dū ait Lycurgū hoc conſti-
tuiſſe ut Spartani uterentur legib. & morib. majorū.
Imo enim plane novam formam induxit Reip. &
novas leges ſanxit. Quinimo idem Romæ olim
fuit. De Romulo *pag. 49. edit. Sylb. Dion. Halicarn.* οἱ
νόμους inquit, ἀγράφους μὲν τοὺς πλείους, τινὰς δὲ καὶ ἐν
γράμμασι κειμένους καταστησάμενος. Ecce à Romulo
LL. latæ non ſcriptę, quas niſi ſtolide nemo conſue-
tudinem dicere poſſit. Et eod. libro de Numa, cum
multa cōſtituiſſe, τὰ μὲν ἐγγράφως περιλαβὼν ... τὰ δὲ
ἄγραφα. Et recte Porcius hic, legem dici jus
ſcriptum, nō quod de legis eſſentia ſit ſcriptura, aut
ad eam ſubſtantiandam pertineat, ſed quia conferat
ad probationem legis, &, quod addo, expeditiorem
cognitionem. Ex his ſatis intelligitur, ſcripturam
ad eſſentiam legum non pertinere.

TEXTUS.

5\. Lex eſt, quod populus Romanus Sena-
natorio magiſtratu interrogante, veluti
Conſule, conſtituebat.

COMMENTARIUS.

1 *Lex quo ſenſu hic ſumatur.*
2 *Plebiſ. duplex ſignificatio.*
3 *Diſtinctio gentium & ordinum apud Romanos.*

Sequuntur ordine juris Romani ſcripti ſpecies.
Et primo lex, quam cum ante dixerimus, eſſe
ſanctio-

1 ſanctionem † eius qui in republ. dominatur, videri poſſit verbum legis, hic aut nimis ſtricte aut abuſiue ſumi. Et ita ſane eſt, ſi ad poſteriora tempora iſtud examines: ceteroqnin quod pauci animadvertunt, ſi conſideres prima tempora vrbis Romæ poſt exactos Reges, vſurpatio iſtius verbi propria & adæquata eſt. Nam lex proprie tantum eſt, quæ omnes ciues adſtringit: atquin plebiſcitum, de quo mox, initio tantum partem ciuium obligabat, itaque proprie lex appellari non meruit. Illa autē ſanctio quam populus Romanus univerſus juſſerat, omnes ciues tenebat: ergo ſola etiam & vere lex.

Senatorio magiſtratu]Hæc verba non videntur omnino ſicco pede prætereunda. Senatorius magiſtratus opponitur plebeio. Et in primis hic ob-
2 ſervandum. *Plebeium* dupliciter † dici de gente & de origine. Duæ gentes fuerunt Romæ in univerſum Patriciæ & plebeiæ. Initio partæ libertatis eiectis Regibus, plebeiis gentibus aditus plane ad dignitates & honores magiſtratusq; oēs fuit præcluſus: & plebeii contra iniurias patrum ſeceſſione primum facta obtinuerunt, ut tribuni plebis proprius eius magiſtratus, crearentur, & per hos variis LL latis euicerunt, vt etiam qui ex plebeiis gentibus erant, tandem ad ſummos quoque honores, conſulatum, cenſuram, dictaturam, & adeo quoque in Senatum admitterentur. Ex quo Senatores ple-
3 beiis † opponi deſierunt. Inde nata alia diſtinctio ordinum. Senatorii equeſtris & plebeii, alio plane ſenſu, quam in quo gentes plebeiæ dicebantur. Siquidem in Senatorio & equeſtri ordine plurimi etiam ex plebeiis gentibus: in plebeio ordine multi ex patritiis gentibus erant qui v.c. pauperes erant, nec cenſum equeſtrem, aut Senatorium habebant, quia tradunt *Onufr. de Imp. pop. Rom. & Sigon. lib. 2. de iur. ciu. Rom.* quæ diſtinctio ordinum poſtea nata fuit: itaque parum caute Weſemb. equites cum plebe ſeceſſiſſe ait: neq; enim tum temporis iſta fuit ordinum diſtinctio. Senatorius itaque magiſtratus, ſi priora tempora reſpicias, idem eſt cum patritio, & opponitur plebeio, qui ſcil. proprius erat iis qui ex gentibus plebeiis erant. Sin hoc tractes ad rationem poſteriorum temporum, & diſtinctionem trium illorum ordinum, Senatorius magiſtratus non dicitur ex diſtinctione gentium, ſed ex qualitate dignitatis, quæ tantum ſenatoribus non equeſtris ordinis nec plebeiis viris conferebatur. Nec tamen iuxta hanc conſiderationem, ſicut ex gentibus plebeiis capiebant etiam magiſtratus, qui ſenatorii dicebantur, ita etiam, quod tamen oppoſitio ſuadere, (videbatur) qui ex gentibus patriciis erant admittebantur ad magiſtratum plebeium id, eſt, tribunatum in ſpecie ita dictum, quia ab initio hic magiſtratus tuendæ plebi fuit introductus: nam ex plebeiis quidem gentibus admittebantur ad magiſtratus quoſuis, & eos qui ante patriciorum proprii fuerant: at numquam ad tribunatum plebis admiſſos fuiſſe patritios fidem docent & confirmat ut exemplo Clodii, qui vt tribunus plebis fieri poſſet, cum eſſet patritius, à plebeiæ gentis homine Fonteio ſeſe adrogari fecit, quod diſerte tradit Cicero in orat. pro domo ſua. Itaque nec qui in ordine tertio plebeio dicto patritii quoque erant, tribuni plebis creabantur, adeoque ſpeciali ſenſu, tribunatum plebeium magiſtratum hic dici apparet: & nimirum, non curulem. Nam ut Hottom. hic notat, magiſtratus curulis, dicebatur ſenatorius, & ut *Sigon. 3. de iur. provin.* patricii magiſtratus dicebātur, qui initio tantum patuerant patriciis, licet poſt plebeiis communicati fuiſſent: ſine cognitione antiquitatum hujuſmodi Romanorum, nec ſolida cognitio Romanæ Juriſprudentiæ parari poteſt: & hæc ipſa conferunt ad intelligendos nonnullos textus, veluti in *l. per adoptionem 35 de adopt. & in §. & qui 3 infr. de excuſ. tut.* ubi monebimus: & ea gratia hæc dicta ſunt; perſpicue autem errat Theoph. qui plebem definit eſſe omnes exceptis ſolis ſenatoribus.

Veluti conſule.] Exemplum eſt, non reſtrictio: nam hujuſmodi magiſtratus etiam erant, cenſores, dictatores, Interreges, quib' ſcil. omnibus cum populo agendi jus erat, id eſt, quibus jus erat populum vocare ad comitia, quibus LL. rogabantur & ſanciebantur. Rogari dicebantur leges, & frequentiſſime apud autores mentio rogationum: qua de cauſa hic Hottom. mutavit, *rogante*. Sed puto ſcripſiſſe Tribonianum *interrogante* inſuper habita ſcrupuloſitate verborū: quomodo id, & expreſſit Theoph. Neque hic rogare erat orare, ſed revera, interrogare, *Velitis iubeatis, Quirites*, & populus reſpondebat ſuffragia ferendo per tabellas, vel antiquando per literam A, vel probando & legem accipiendo V.R. *uti rogas fac. l. 2. de adoption.*

TEXTUS.

6. Plebiſcitum eſt, quod plebs plebeio magiſtratu interrogante, veluti Tribuno, conſtituebat.

COMMENTARIUS.

1. *Tria genera comitiorum.*

3. An

Digitized by Google

2. *An ſolus tribunus potuerit agere cum populo.*

QVod plebs.] Recte ait, *quod plebs* cum in præced. §. dixiſſet, *Quod populus*. Nam Senatorius magiſtratus agebat cum vniuerſis ciuibus: Sed plebeius, qui initio tanquam contra iniurias patritiorũ pro plebe creatus erat, cuius etiam tantum magiſtratus erat, ſaltem cum plebe, nõ etiam cum patritiis agẽdi ius habebat. *notat Gell. lib. 10. cap* 20. *& l. 15. c. 27.* 1 Et hinc porro cũ tria eſſent genera † comitiorũ, Curiata, per curias, quas inſtituerat Romulus, Centuriata, per centurias, in quas Seruius Tullius vniuerſum populum Romanũ diuiſerat, de qua re *Liu. li. 1. & Halicarn. li.* 2. & Tributa, per tribus poſt introductas, ſenatorii magiſtratus fere agebant cum populo comitiis centuriatis, (nam curiatorũ exceptis caſibus paucis non erat vſus) tribuni autem cum plebe comitiis tributis. Nã licet haud dubie in tribus quoq; patritii eſſent deſcripti, attamen cũ plebeiorum longe maior eſſet numerus, vincebant illi his comitiis, in quibus ſinguli ex æquo poterant: centuriæ autem erant inſtitutæ à Rege Seruio, vt patritii & ditiores in iis plus poſſent: vt ex Liu. & Halicarn. dd. locis apparet: Itaque cum LL. centuriatis comitiis latę, in quib. plus poterant patritii, tenerent omnes: voluit & plebs vt omnes obligarentur LL. quę comitiis tributis latæ eſſent, in quibus ipſa plus poterat: de qua re videndi Sigon. & Gruchius, qui proprios tractatus de comitiis ſcripſerunt.

Veluti tribuno.] In §. *prae.* dixit *veluti conſule*, ubi 2 conſul † tantum exempli loco poſitus eſt. Aliter tamen hic ea verba accipienda videtur, & ſcil. explicative. Licet enim etiã fuerint æ diles plebis, attamẽ his non fuit poteſtas agendi cum plebe, ſed ſolis tribunis. Scribit tamen *Sigon.* 3. *de iudiciis, cap.* 5 etiam ædilem habuiſſe ius dicendi reis diem ad populum, quæ accenſatio & cognitio fiebat judiciis centuriatis aut tributis. Et igitur potuit advocare populum: cum pręſertim his judiciis ſententia per modum legis ferretur, ut eodem libro ſcribit Sigon. Itaque Hottom. ad Triboniani inſcitiam id refert, quod tantum tribunorum fecerit mentionem: ſed recte ſane fecit mentionem principalis magiſtratus plebeii & hic tantum de jure rogandi, populum legis ſanciendæ cauſa, agitur. Cui ridere libet, videat hic vaniſſimas nugas Græculi, Theophili de cauſa & origine plebiſcitorum & SCtorum.

TEXTUS.

7. Plebs autem à populo eo differt, quo ſpecies à genere: nam appellatione populi, univerſi cives ſignificantur, connumeratis etiam patritiis & ſenatoribus: plebis autem appellatione, ſine patritiis & ſenatoribus, ceteri cives ſignificantur. Sed & plebiſcita Lege Hortenſia lata, non minus valere, quam leges ceperunt.

COMMENTARIUS.

QVo ſpecies à genere.] Non ſatis bene: & imo dicite e quo pars a toto. Genus quidem etiam totum eſt, ſed non propterea omne totum genus eſt.

Nam appellatione populi &c.] Iſta & quæ ſequuntur, non carent ſcrupulo: dum plebem patritiis & ſenatoribus opponit. Nam ſive plebem intelligas de gentibus plebeiis, ex his multi fuerunt in ſenatu: ſive de origine, in hoc multi etiam fuerũt patritii. Expediri nec aliter id poteſt, quã ſi dicas hæc ita proponi ad rationem veterum temporum, quibus honores & dignitates etiamnum penes patritios ſolos erant. Ita enim recte plebs à patritiis & ſenatoribus, & ab his patritii ſeparantur: quoniam ex patritiis fiebant ſenatores, non autem omnes patritii ſenatores erant. Et facit, quod etiam his temporib⁹ procedebat iſta diſtinctio legis & plebiſciti, nam non ita multo poſt eam vim plebiſcita acceperunt, de qua in verſ[illegible]

Sed & plebiſcita] D[illegible]mus ad §. *praeced.* hanc fuiſſe rationem, cur quæ plebs ſola ſciſſet, rogante tribuno plebis, non habita pro legib⁹ fuerint, nec ita appellata: quoniam non tenebant omnes cives. Itaq; poſtquam acceperunt hanc vim, ut omnes obligent cives etiam patritios, & ita non minus quam leges valere ceperunt ut in *fin huius* §. dicitur, id eſt non minus quam illæ ſanctiones, quas populus univerſus conſtituebat, etiam nomen ipſis legum merito tribuitur: & ita quoque plebiſcita poſtea appellata fuerunt.

Lege Hortenſia.] Recte huj⁹ legis meminit Juſtin. quæ fuit poſterior: nam primo quidem & antea id cautum quoq; fuerat lege Horatia, atteſtante *Liu. l.* 3. ſed quia illa lex procul dubio factione & potentia patritiorum non obſervabatur, ab Hortenſio dictatore, qui populum ex ite ata ſeceſſione revocaverat, repetita fuit, velut ex *Gellio lib.* 15. *cap.* 27. *ex epitomatore Livii lib.* 11. *& ex Plin. lib* 16. *cap* 10 intelligere licet: & ob id non leviter errant, qui in h. §. pro *Hortenſia* ſubſtituunt, *Horatia*.

Digitized by Google

TEXTUS.

1. Senatus conſultum eſt, quod Senatus jubet atq; conſtituit. Nam cum auctus eſſet populus Romanus in eũ modum, ut difficile eſſet, in unum eum convocari legis ſanciendæ cauſa, æquum viſum eſt, Senatum vice populi conſuli.

COMMENTARIUS.

1 *Ius LL. ferendi ſolius populi.*
2 *Error Pomponii & Triboniani.*
3 *Senatus conſultum annua.*
4 *Sententia l.9. de legib.*
5 *Obſervatio ad §. conſtat h.t.*

SEnatus conſilium publicum fuit Romæ, quod de iis quæ ad adminiſtrationem Reip. pertinebant cognoſcebat & decernebat: ſed fere quæ majoris momenti erant, rata non erant, niſi à populo appro- 1 bata † eſſent. Unde infinitis locis apud Liviũ legimus, ex autoritate Senatus ad populum de bello indicendo, pace ſancienda, &c latum fuiſſe: ſicut & alia quæ Senatus pro lege obſervanda cenſebat, ad populum lata fuiſſe. Poteſtatem legis ferendæ Senatus habuit numquam, ſed jus iſtud ſub libera Repub. populi ſemper fuit: quin & ſub Regibus, ut maxime penes hos ſumma poteſtas eſſet, tamen ordinaria ratione ex voluntate Regũ & inprimis Romuli, leges ad populum lata[illegible] ob hoc ſancita, locuples teſtis eſt *Dionyſ. Halicar.* apud quem *libr.6.* Conſul in Senatu ita loquitur. Scitis nobis legem eſſe, ab Urbe condita, quæ omnia in Senatus poteſtate ponit, præter magiſtratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendique arbitrium: Horum trium poteſtatem eſſe penes populi ſuffragia &c. Et multo magis ſub libera repub. eam poteſtatem populus ſibi vindicavit, & conſervavit perpetuo, & ea extremis etiam temporibus paulo ante oppreſſam & everſam Rempub. quin imo everſioni illi leges à turbulentis & ſeditioſis Tribunis paucorum libidini & ambitioni addictis, promulgatas, cauſam dediſſe hiſtoriæ illorũ temporum oſtendũt, apud Dionem, Plutarchum, in Sulla, Mario, Cæſare, Gracchis, & alios autores. Et proinde penitus falsũ 2 eſt, (ut libere loquar) quod ſub nomine † Pomponii refertur in *l.2. §. deinde §. de orig. jur* & ex eo loco in hunc noſtrum § transſcriptum eſt, de cauſa SCtorum. Equidem non ita accipiam hoc, quaſi inde efficeretur initio & ante auctum ita populum, nulla fuiſſe SCta, (nimis enim ſtolidus & ſtupidus hic eſſet error) ſed ita accipio, quod tum demum fuerint SCta propria Senatus autoritate facta de iis rebus, quæ alias ad populum ferri, & de quibus populus ſancire legem ſolebat. Dico autem & hoc omnino eſſe falſum, &, ut jam dixi, hoc jus & hunc morem perpetuo manſiſſe, ut ad populum LL. ſanciendæ ferrentur, à populo in Senatum tranſlatum fuiſſe numquam, & falſius hoc fit ex interpretatione Theoph. qui ait placuiſſe *[illegible]* Senatum ſolum *[illegible]*. Illud autem admitto, etiam initio & ſemper Senatum aliquam poteſtatem juris alicujus quaſi ſtatuendi uſurpaſſe. Verum primo, quidquid ita ſtatuiſſent, optimo jure ratum eſſe non poterat, niſi populi approbatio acceſſiſſet: quamvis Senatus quædam ad ſe trahere ſolebat, quæ ad populum ſecundum LL. & mores ferenda erant. Ita ſcribit *Aſcon. in Cornel. in p.* cum nemo LL. ſolui poſſet, niſi lege ad populum lata, Senatum tamen hoc uſurpaſſe, ut ipſe LL. ſolueret. Secũdo quia conſulibus referentibus quæ decernebantur, non 3 perpetuum ſed tantum † annuum robur ea SCta & decreta habebant, ut notat *Bodin. 3. de repub. 10.* & diſerte ſcribit *Halicarn lib.9.* vel quia conſultũ, qui erant capita Senatus, tantum annuum imperium erat: vel quia forte hoc acceptum à Græcis. Ita enim de Athenienſibus ſcribit Demoſth. contra Ariſtocrat. *[illegible]*. Lex decreta Senatus annua eſſe jubet. Hinc apud eundem *Halicarn lib.11 inf.* cavetur, ut *[illegible]* fiat quotannis, quoniam cum anno prioris vires expirabant, prorſus, ſi omnimodo rata ea decreta eſſe debebant, ad populum ferenda erant: & in pleriſq; ita obſervabatur, ut Senatus autor fieret, plebs ſciſceret, in quam rem infinita exempla apud Livium: & hinc apud *Dionyſ. Halic lib.8. & 10.* *[illegible]* ſcripto decreto ſive Senatusconſulto, cũ illud plebs firmaſſet: & ea ipſa de cauſa autor ille *[illegible]* 4 appellat. Quærat quis, quæ nã igitur ſit ſententia † *l.9. d. LL.* ubi ait ICtus, non ambigi, quin Senatus jus facere poſſit. An dicem°, hoc ſaltẽ modo poſſe, quo jam explicavimus? At enim SCtorum quorum jure mentio, non annua ſed perpetua fuit autoritas. Enim vero Auguſtus, ſicut provincias quaſdam, ita alia quoque etiamnum permiſit & reliquit populo, & jus quoque ſuffragii non omnino abſtulit, ut notabimus *infra d. § ſine ſcripto h.t.* Tiberius id totũ populo cujus potentiam minutam ibat, abſtulit, & jus Senatus, à quo nullum metuebat periculum, auxit.

Tacit.

Tacit. 1. annal. Tum primum è campo comitia ad patres tranſlata ſunt: nam ad eam diem, & ſi potiſſima arbitrio principis, quædam tamen ſtudiis tribuum fiebant. Exinde factum ut Senatus jura & leges conderet: & ex eo ſi deceptus ille qui cunque tandem eſt à ἱστορ. *l. 2. de origin. jur.* ſcripſit, quod veritati hiſtoricæ repugnat. Et eadem fide & veritate, qua ſcribit in § noviſſimo eit. *vel tit.* quia Senatus nō probe provincias omnes gere e poterat, & neceſſum erat Reipub. per unum conſuli, principem conſtitutum fuiſſe: qua ratione falſius nihil eſt: cum conſtet Remp. à Cæſare & mox Triumviris, & ex his Auguſto injuſtis armis invictiſſimo Senatu oppreſſam, & ſtatum priorem in Monarchicum mutatum fuiſſe. Sed ut ad SCta redeamus: apparet ex eo, quod † proxime de Tiberio diximus, non omnium ſex ſpecierum juris quæ hic recenſentur, eandem eſſe poteſtatem & conditionem: namque quæ olim populus vel plebs, & poſt principes ſanxerunt & conſtituerunt, jure & propriis viribus, quia penes eos ſumma Reip fuit, obtinuerunt; ſecus fuit in reſponſis prudentū, & Edictis magiſtratuum, ut mox dicemus: ſecus & in SCtis, nec Senatus ſua propria, ſed magis precaria & conceſſa à principib autoritate j^s fecit: hoc quoq; argumento, quod, ut plurima juris noſtri loca oſtēdunt, fere præcedebant orationes principum in Senatu, ſequebantur SCta: & boni nimirum principes modeſtiæ cauſa, quæ ſtatui volebant, ad Senatum referre ſolebant. Videntur autē compoſitores juris nō ſatis conſulto caput illud de Senatu jus facienti, in Digeſta retuliſſe: quandoquidem Imperio in Orientem tranſlato, & 200. poſt conſtantinum annis ſub Juſtiniano, mutata penitus Reip. forma, Senatus ea poteſtas amplius non fuit, quippe Senatu abſente ab Urbe Regia in qua morabatur princeps, penes quem eſt ſolum poteſtas condendi legem (loquimur autem de lege generali, non de locali ſtatuto) idque ſatis perſpicue definit. *l. ult. §. 1. C. d. LL.*

TEXTUS.

9. Sed & quod principi placuit, legis habet vigorem; cum lege Regia, quæ de ejus Imperio lata eſt, populus ei & in eum omne Imperium & poteſtatem ſuam concedat. Quodcūque ergo Imp. per Epiſtolam conſtituit, vel cognoſcens decrevit, vel Edicto præcepit, legem eſſe conſtat. Hæ ſunt, quæ cōſtitutiones appellantur. Plane ex his quædā ſunt perſonales, quæ nec ad exemplū trahūtur, quoniā non hoc princeps vult: nā quod alicui ob meritum indulſit, vel ſi quam pœnam irrogavit, vel ſi cui ſine exemplo ſubvenit, perſonam non tranſgreditur. Aliæ autem cum generales ſint, omnes proculdubio tenent.

COMMENTARIUS.

1 *De lege regia.*
2 *An populus principi poteſtatem dederit, cumulative.*
3 *Conſtitutionum ſpecies.*
4 *Impp. jus olim ipſi dixerunt.*
5 *Cur decretum principis faciat jus generale.*
6 *Quid de interlocutoria ſententia.*
7 *An populo ſit jus privandi principem.*
8 *Privilegia & conſtitutiones perſonales.*
9 *An ob merita debeat minus pœna.*
10 *An princeps poſſit gratiam facere pœna.*
11 *Privilegia cauſæ.*

POſtquam Reſpu. Romana abiit in Monarchiam, dubium non eſt, quin quæ ſancit princeps, veræ ſint leges, quomodo & hoc § dicitur *Legem eſſe conſtat.* utcunque in ſpecie dicantur conſtitutiones, & in hac diſtinctione ſeparentur à lege, non in genere ſumta, ſed qualis erat ſub Repub. libera.

Quod principi placuit.] Ridiculi ſunt, qui hic ad ludum & quaſi objiciunt, ſcelera principū, ſtupra adulteria, inceſt^a, homicidia, quæ illis ex animi libidine facere & admittere libuit. Nimirum ipſa ſubjecta materia oſtendit, de cujuſmodi placito hic agatur, & tractatur de legum cauſa efficiente, & penes quos leges ferendi fuerit & ſit poteſtas: neq; aliud ſignificatur, quā quod poſt introductum ſtatū Monarchicū, poteſtas legis condendæ tranſierit in principē.

Legis habet vigorem.] Et imo cetera lex eſt & propriſſime. Edicta prætorum habebant vigorem legis, nec tamen veræ erant leges, ut poſt dicemus.

Cum lege regia.] Ut quidam commentum eſſe 1 putarent hanc † legem, eo præcipue moti videntur, quod nō conſenſu populi, ſed armis libertatem Cæſar & Auguſtus oppreſſerunt, & cum armis & præſidio militum potentiam ſuam tuerentur & porro tenerent, nullam ejuſmodi legem deſideraſſe, nec ea opus habuiſſe, videntur. Sed falluntur? Et nimirum Auguſtus præ ſe tulit initio, ſe, cum omnia bellis civilibus turbata & feſſa eſſent, ut *initio 1 annal. Tacit* loquitur, conſtituendæ Reip. cauſa ſuſcepiſſe imperium, quod rurſus depoſiturus & libertatem Rempublicamq; populo & ſenatui redditurus eſſet; itaque in ſingula decennia imperium ſibi à

Senatu decerni & prorogari fecit, ut paſſim ex Suet. & præſertim *Dion. libr. 53.* in eius vita legere eſt. Qui itaq; licet neceſſe non haberet, ſiue modeſtia ſive ſimulatione imperium ſibi à Senatu quaſi decerni & confirmari voluit, (quomodo & Tiberius videri voluit, quaſi invitus ex autoritate ſenatus ſuſcepiſſe Imperium, ut refert *Tacit. d. lib. 1.*) quidni etiam ille, ut imperium, quod vi & armis invaſerat, iure tenere videretur, potuerit hoc agere; ut lege ad populum lata, per populum imperiũ ſibi confirmaretur, & quaſi denouo deferretur ut exinde volentibus imperare intelligeretur. Itaque probabile eſt eo tempore factum & ſubmiſſum qui hoc ad populum ferret, cum ut prolixe refert *Dio libr. 53.* conſultatione cum Mecænate & Agrippa de imperio retinendo aut deponendo inſtituta, in Agrippæ ſententiam, qui retinendam cenſebat, deſcendit: & tamen oratione prolixa in ſenatu habita, quam libr. 53. refert Dio imperium ſe ſenatui & populo reddere velle ſimulauit: ut ſenatu quoque volente imperare videretur. Et talem revera legem aliquam fuiſſe, confirmatur ex *Dione d. lib. 53.* ubi hoc principibus tributum ſcribit, ut legibus eſſent ſoluti, ὡς (hæc ſunt verba Dio.) *[illegible], ut ipſa Latina verba dicunt,* quod non niſi de verbis alicuius legis accipi poteſt: & poſt eã legem ſecutum SCtum in eandem ſententiam ibidem idẽ Autor ſcribit. Sunt qui putent eam legem latam demũ ſub Veſpaſiano: ſed ſub Auguſto potius id factũ ſam dicta ſuadent: Alii ſub Veſpaſiano renovatum putant, quod non videtur diſplicere *A. Aug. de LL. pop. Rom. ſub lit. R.* forte an quoniam extincta ſtirpe Auguſti, poſt Galbam, Vitellium & Othonem qui uno imperium laceraverant, Veſpaſianus non valde illuſtri loco ortus ad imperium pervenerat. Plane non ſatis tamen id firmatur ex SCto aut ejus fragmento, quod referunt *Ant. Vacca: adrit. D. de conſtit. princ. & Onufr. comm. in libro. 2. Faſtor.* nam ſingulis novis principibus ſuſcepto Imperio, à ſenatu Tribunitiam poteſtatem, Pontificatũ Maximum, & alia ſummi honoris & ſummæ poteſtatis inſignia decerni ſolita, vel ex ſolius Taciti annalibus & hiſtoriis conſtat, at ſemper repetitam quoque fuiſſe legem Regiam & deſuper latum ad populum procul dubio falſum eſt, quamvis id velle videatur *A. Vacc. d. loc.* Alio ſenſu lex regia dicitur, lata olim à Regibus *l. 2. de mort. inf.* quæ male confundit Weſemb. & legem Regiam, de qua h. §. agitur initio Urbis conditæ latã falſo ſcribit; quamvis verum ſit teſtante Dionyſ. Halicar. initio Romulo conſenſu civium Imperium fuiſſe ſive delatum ſive approbatum. Hæc pro noſtro inſtituto hac de re ſatis. An princeps legib. ſolutus ſit dicemus *inf. ad §. ult. Quib. mod. teſt. infirm.*

Et & in Eum] Fruſtra ſunt qui hic argutantur, & operoſe, quæ cauſa iſtius repetitionis ſit: Probabile eſt, fuiſſe formulã illã & verba ipſius legis, quib. populus uſus fuerit ad oſtendendam enixã ſuam voluntatem. Itaq; minime probandi, qui verba *I Neum* explicant *in ſe*, quod ſcil. populus in ſe quoq; eã poteſtatem † principi conceſſerit, ut Weſem. poſt alios (quamvis iſti explicationi faveat Theoph.) utique enim non potuit concedi poteſtas monarchica principi niſi ut in omnes poteſtatem haberet.

Imperium & poteſtatem ſuam] Miror eorum judicium, qui ita hoc factum contendunt, ut tamen populus poteſtatem veterem retineret, & eam ſaltem cum principe communicaret, & ita ut Doctores noſtri loquuntur, dederit eam poteſtatem principi, non privative, ut eam à ſe abdicaret, ſed cumulative, ut concurrentem cum principe poteſtatem haberet. Oportet eos in craſſa ignorantia Politices verſari; cujus certiſſima principia non patiuntur, ut populus & princeps jura majeſtatis habeant. Temperari quidem poſſunt jura, ut ita mixta fiat Reſpub. ſed ſcilicet, diverſa jura; eadem autem majeſtatis jura ut communicentur hoc modo, fieri prorſus non poteſt. Et tanto abſurdior hæc eſt ſententia, quod conſtat ſtatim ſub principibus Romanis, non mixtam, ſed puram eapſe Monarchiam fuiſſe, & ſi quod videtur aut apparet temperamentum, id fuit ex conniventia & indulgentia principum: quo modo paulo ante retulimus, Auguſtum jus aliquod ſuffragiorum populo reliquiſſe, quod tamen non ita multo poſt ademit populo ſucceſſor Auguſti Tiberius. Senatus quoque poteſtas tota pependit à principe, & precaria magis & imaginaria pene fuit, ut vel unus Tacitus docere poteſt. Manebant, inquit, adhuc veſtigia morientis libertatis. Ex quo facile removeo, quod objicitur ex *l. 1. Ad. L. Jul. maieſt.* adverſus populum Romanum committi crimen læſæ majeſtatis. Scilicet illa aut metaphora eſt, populi pro capite populi, quem repræſentat princeps: vel eſt ibidem veſtigium fugientis antiquitatis, & morientis veteris majeſtatis. Nulla certior probatio eſt, quam quæ ab evidentia rei ipſius ſumitur; & conſtat teſtimonio omnium illius ſeculi Hiſtoricorum, apud principem omne jus

majeſta-

majeſtatis, nullum amplius, tempore quidem JCtorum noſtrorum, & ante quoque apud populum fuiſſe; & veriſſime de populo Romano Juvenalis:

—— Qui dabat olim
Imperium, faſces, legiones, omnia nunc ſe
Continet, atque duas tantum res anxius optat
Panem & Circenſes.

3 *Quodcunque ergo Imperator.*] Duo ſunt, † in univerſum genera conſtitutionum, de quibus hoc §. agitur. Primum, cum Imperator directe hoc agit, ut Legem condat, quæ ſpecies dicitur Edictum, ubi ſcil. indefinite aliquid ſancitur, quales omnes regulariter Leges eſſe ſolent; ſub quam ſpeciem etiam recte referuntur, quæ Imp. reſpondet ad relationem & conſultationem magiſtratuum ſuper jure dubio; ut adeo labatur Theophilus, qui Epiſtolam ad hanc ſpeciem juris reſtringit; quamvis non negaſſem generaliori nomine Epiſtolæ hoc quoque contineri poſſe. Alterum, cum Imp. directe hoc non agit, ut Legem condat, ſed ejus tamen diſpoſitio propter dignitatem principis vim Legis habet; Hujus generis duæ ſunt ſpecies, Epiſtola & decretum. Illa cum reſpondet conſultantibus, cujuſmodi ſunt pleræque LL. in Codice. Hoc, cum cognoſcens cauſas, pronuntiat;
4 quod veteres Impp. frequenter † feciſſe, ut in cauſis privatorum jus dicerent, non dubium eſt. De Julio Cæſare teſtatur id *Suetonius cap.* 45. de Auguſto *idem cap* 33. de Claudio *idem Sueton. cap* 15. de Hadriano & Severo *Spartianus*, de M. Antonino *Capitolinus, in vita Veri.* Epiſtola talis, & tale de-
5 cretum † principis, utcunque reſpondeant & decernant ſuper negocio ſingulari, effectum tamen habent conſtitutionis & Legis generalis, quoniam princeps, qui propter ſupremum Imperii culmen & poteſtatem, nullius gratia aut odio ita ſtatuit, in negotio illo, ſimul idem in aliis ſimilibus cauſis ſancire velle præſumitur, & quaſi hanc inferioribus magiſtratibus præſcribere formam, ex rationibus quas adducit Juſtin. *in l. ult. in pr. C. de LL.* Et quia igitur princeps ita vult, obtinet iſta vim Legis generalis: per rationem hoc ipſo §. mox ſubjectam, à contrario, *quia princeps hoc non vult.* Et hanc quoque rationem differentiæ hac in re inter principem & alios magiſtratus reddit Theoph. hic, quod princeps utpote omnium dominus præſumatur citra ullum odium, gratiam aut ſordes ferre ſententiam, quæ ratio in aliis ceſſat, quorum ob id ſententiam præjudicium aliis cauſis facere non decet. Videtur mihi propior hæc ratio, quod princeps ſupremus omnium magiſtratus eſt, cujus adeo judicium merito ceteri ſequuntur. Atquin alii magiſtratus invicem in ſe non habent imperium, & omne ſuum ius à principe habent; itaque ſententiæ ab uno lata alteri præſcribere nō poteſt. De ſententiis tamen principis & decretis, ſcrupulum movet *l.* 2. & 3. *C. de LL.* ubi Impp. definiunt, quænam conſtitutiones habendæ ſint pro LL. generalibus, & earum numero diſerte excludunt ſententias, quas in cauſis ſingularibus protulerint, quas nolunt in aliis cauſis facere præjudicium; cui ſententiæ contradicit hic §. 14. *l. 1. § de conſtit. princ* & aperte *l. ult. C. de LL.* neque poſſũt dd. *l.* 2. 3. & *l.* reſtringi ad interlocutorias & ſẽtentias, quia generaliter loquuntur de ſententiis, quæ in dubio intelliguntur definitivæ; & ut maxime poſſent, idem robur, ut faciãt jus inter omnes
6 † etiam ſententiis interlocutoriis tribuit *Ulp. in d. l. 1. §. 1.* ibi, *vel de plano interlocutus eſt*: & inepta diſtinctio eſt *gl. Br. & Cyn. in d. l.* 2. & *ult* inter ſententiam interlocutoriã quæ in corpore iuris clauſa eſt, vel non; nam de illa ſtulta eſſet ratio dubitandi: & *Impp in d l.* 2. & 3. *C de LL.* & *ICtus in l. 1. §. 1. de conſt. prin* de nullo corpore juris cogitarunt, aut cogitare potuerunt. Ant. Vacca vir eruditus *in d l.* 2. tribuit hoc modeſtiæ & moderationi Theodoſii Impp. quod noluerit quasvis ſententias ſuas haberi pro LL. generalibus, quod probabiliter dicitur, ſed ita ſocordiæ & ſtoliditatis arguuntur compoſitores, qui textus contraxere in Inſtit. Dig. & Codice, quin in Codice ſub eod. tit. retulerint. Dixerim (aliud enim profecto quod dicatur, eſſe non videtur,) intereſſe an ipſe Imperator cauſa ad ſe revocata ſtatuerit, an conſiſtorium principis; Licet enim hoc vice ſacra & principis judicet, & quaſi ipſe princeps ita judicare videatur; attamen revera princeps ipſe non judicat, & rationis eſt, plus ipſi principi, quam conſiſtorio ejus tribui; & ad hunc caſum refero *d l.* 2. (quæ non obſcure etiam de hoc loquitur) & 3. *C. d.* LL. Weſemb. in paratit. ſubtiliter reſtringit dd. ll. *C. d.* LL. ad caſum, quo princeps non fuit eo animo, ut tanquam Legem generalem valere vellet.

Hæ ſunt quæ conſtitutiones.] Ita ſcilicet in ſpecie dicuntur; Revera enim & haud dubie ſunt Leges, ita quidem ut & ſolæ ſint LL. & nemo alius in ſtatu monarchico Legem condere poſſit. *d. l. ult. C. de LL.* Et ſupra diximus Senatum tantum ex indulgentia

principis iuris faciendi poteſtatem habuiſſe. Et inepte à *gl & Br.* objicitur, quod de lege à populo lata h. t. ſupra traditur: Id enim haud dubie ad ſtatum Rom. Reip. democraticum ſive mixte Ariſtocraticum pertinet, & ſupra exploſimus eorum ſententiam, qui cumulative à populo poteſtatem Imp. conceſſam nugantur. Et futile eſt, quod populum † ſibi reſervaſſe poteſtatem privandi Br. ſcri-

7 bit. eo quod olim populus exegerit Reges. Non diſputabo jam an populus id ſuo jure fecerit, nec hoc allegabo, quod populus ſub Regibus quoque non exiguam poteſtatem habuerit. Sed nimirum ita eſt, ut nulla Reſpub. eundem perpetuo retineat ſtatum, ſed habeat ſuas periodos & mutationes: Et ſicut Cæſar & Auguſtus nullo jure, ſed armis & de facto ut loquuntur, oppreſſit Rempub. & democraticum ſtatum mutavit in Monarchicum; ita quoque ſtatus Monarchicus exactis regibus fuit mutatus in Ariſtocraticum ſive popularem; deinde facta ejuſmodi populorum habent colorem, ſi principes poteſtate abutantur, & Regium imperium commutent in tyrannidem, quemadmodum feciſſe conſtat Tarquinium ſuperbum; cujus exactioni tum alia improba facta, tum ſtuprum à filio Lucretiæ illatum præbuit cauſam; nam & principes non mancipio imperia aut ſubditos tenent, ſicut tenentur fundi & ædes; & habet poteſtas regia limites ſuos, quos qui excedit, forte non injuria exui ea poteſt. Nec ullum regnum eo modo hæreditarium, quo fundi aut alia patrimonialia bona: ſed reges ſunt conſtituti populorum cauſa, quorum ſumma ratione ſemper jus aliquod eſt in Repub. Sed iſta limatius exſequi non eſt hujus loci. Dicere iſta tamen viſum fuit, ut principia recte intelligantur, & ineptiæ veterum detegantur.

Plane ex his quædam ſunt perſonales.] Leges indefinite ſcribi debent, & cum omnibus eadem voce loqui, ſine relatione ad certas perſonas. Itaque hoc ante omnia cautum fuit LL. 12. Tab. *Privilegia ne irroganto.* ſcil. in ſingulas perſonas Leges

8 ferri vetuit. Privilegia † enim ſunt, vel quia privant Legem generalem; vel quia ſunt privatæ LL. in ſingulas perſonas; quales ut ferantur, æquabilitati, in Republ. neceſſariæ, non convenit. Vetant, inquit *Cic. pro domo ſua,* ſacratæ LL. vetant. 12. Tabb. Leges privatis hominibus irrogari; id enim eſt privilegium. Nihil eſt crudelius, nihil pernitioſus, nihil quod hæc civitas minus ferre poſſit. Acceperunt Decemviri hoc quoque à Græcis. Hanc enim Legem Athenienſium refert *Demoſthenes in oratione contra Ariſtocraten edit. VVolfii pag 441.* μηδὲ νόμον ἐπ' ἀνδρὶ ἐξεῖναι θεῖναι, ἐὰν μὴ τὸν αὐτὸν ἐπὶ πᾶσιν Ἀθηναίοις. Non licere legem ferre in unum virum, niſi idem feratur in omnes Athenienſes; & eandem Legem refert in *orat. adverſus Timocraten pag. 469.* Nec objiciat quis huic cauſas criminales & maxime capitales; quas Romæ populi injuſſu judicare nemini licebat, ut proinde videantur in ſingulos caſus qui accidiſſent, ſingulæ quaſi Leges, & ita conſequenter in ſingulos Reos latæ. Equidem hac de re ſuo loco agemus *infr lib. 4* Pluribus, hoc interim dicimus, haud dubie etiam olim fuiſſe pœnas indefinite irrogatas delictis, ſed incidentibus negotiis aut populus ipſe cognoſcebat die dicta, aut aliis cauſam cognoſcendam demandabat, quomodo minime Lex in ſingulos cives ferebatur, ſed ejus hæc cauſa erat, quod populus libertati ſuæ conſulens nulli in univerſum ſtatuendi de capite civis Rom. poteſtatem concedere volebat. Poſt quæſtiones perpetuæ, prætoribus creatis, qui iis præeſſent, conſtitutæ, ne ſemper novis delegationibus opus eſſet; ut refertur *in l 2. §. capta 32. de O. I.* de quo agemus *infr. lib. 4. tit. ult.* quamquam aliquando, ſed non jure, de ſingulis reis Leges rogarentur, quod queritur factum & improbat *Tacitus 3. ann.* Jamque (ait) non modo in commune, ſed in ſingulos homines latæ quæſtiones; qua de cauſa Legem à Pompeio ſuper Milonis crimine in ſpecie latam, (*ut refert Aſcon. comm. in orat. pro Milone*) improbavit Cælius Tribunus, dicens, privilegium in Milonem ferri. Iſque locus præter ſuperiora oſtendit, non tantum privilegium dictum, quod favori alicujus & pro eo latum eſſet. ſed etiam quod contra aliquem, & in pœnam; oſtendit & hic §. illis verbis, *vel ſi quam pœnam irrogavit.* Oſtendit etiam *oratio Cicer. pro domo ſua,* Ubi invehitur in Clodium, quod in ſe non Legem, ſed nefarium privilegium tulerit. Ita enim tulerat Clodius, ut mox idem Cic. ſcribit, velitis, jubeatis, ut M. Tullio Ciceroni aqua & igni interdictum ſit; quamvis Clodius, ut Legi fraudem faceret, non ita expreſſe tuliſſet & palam, ſed indefinite, ut qui civem indamnatum necaſſet, ei aqua & igni interdictum eſſet, ut colligitur ex his Cic. verbis d. loco Ita enim, inquit fecit, quamvis non ita tulerit; quia iſta L. haud dubie petebatur & deſignabatur Cicero, qui in cives conjurationis Catilinariæ reos, conſul ex SCto injuſſu populi animadverterat. Hoc autem

erat

erat iuris ordinarii, vt ne privilegia irrogarentur. Potuit enim popul', ex cauſa ſpeciali ſupremæ poteſtatis iure privilegium ferre; quomodo non raro contra *LL.* generales, quæ verbi cauſa magiſtratus ante certum tempus capere, aut intra certum tempus iterare vetabant, Leges ferri, & præſtantes virtute ciues Legibus ſolui ſolebant. Id ſub libera Repub. rogationibus ad populum latis fiebat; poſt ſub principibus ſimplici conceſſione, quoniam principis ſanctiones Leges erant. Et hoc non raro factum & iure quoque fieri potuiſſe diſcimus ex *Cicer. 3. de legib. in extremo*, ſed fieri id debuiſſe comitiis centuriatis. Digna res eſt quæ Ciceronis verbis, nimirum & ipſa Lex & exceptio proponatur. In priuatos homines Leges, ferri noluerunt, id eſt enim priui'egiũ, quo quid eſt iniuſtius? cum Legis hæc vis ſit, ſcitũ in omnes ferri de ſingulis, niſi centuriatis comitiis voluerunt: deſcriptus enim populus cenſu, ordinibus, ætatibus, plus adhibet ad ſuffragium auxilii, quam fuſe in tribus conuocatus.

Quoniam non hoc princeps vult.] Hæc ratio, quoniam præ dixerat, ea quæ pr nceps per Epiſtolam, vel per ſententiam in negotiis ſingularibus, reſponderat, vel decreuerat, in aliis quoque cauſis obtinere, & pro Lege generali eſſe, quia ſcilicet hęc principis ſententia eſt, vt hoc in aliis quoque cauſis obſeruetur, quoniam non iſtud ita ſancit, tanquam pro Titio aut Sempronio, inter quos negotium vertitur, ſed quoniam in vniverſum ita iuſtum eſſe cen'et. Hinc nimirum perſonales conſtitutiones & priuilegia principis non trahuntur in exemplum quoniam hoc princeps non vult, ſed ſolius Titii aut Semproniit cauſa ita diſponit.

Quod alicui ob meritum indulſit.] Eius ſcilicet fauore & pro eo. An id iure fiat alterius † quæſtionis eſt; Equidem apud Perſas ita obſervatũ reperio vt in cognitionibus criminalibus, non tantum delicta obiecta, ſed etiam antecedentia merita Rei in conſiderationem venirent, & ob hæc, pœna mitigaretur aut omnino remitteretur. Ita *Herodot. lib. 7.* refert, Darium pronunciaſſe, Sandocem ob ſcelera meruiſſe pœnam capitalem, cum tamen ob alia merita liberaſſe. Ita apud *Diodor. Siculum lib. 15.* index ab Artaxerxe Tiribazo n cauſa datus, ſententiæ abſolutoriæ hanc ra ionem reddit, quod licet criminationes obiectæ veræ eſſent, tamen majora eius merita perſpexiſſet. Solon olim dixit contineri Reſpub. præmi s & pœnis; vt delictis pœnæ, ita beneficiis præmia debentur. Sed iſta non recta eſt ratio referendi gratiam, vt impunitas ſcelerum detur: quod præſertim ita multi fiducia aliquorum meritorum ſpe impunitatis ad delinquendum inuitari poſſent. Alia ratio indulgendi & pœnam remittendi, huic adfinis eſt, quod Reus in futurũ Reip. vtilis eſſe poteſt, de quo tractant *Dd. in l. ad beſtias. de pœn.* Plane tamẽ quod hic de indulgentia ob merita dicitur, generalius eſt, nec tantum ad pœnarum remiſſiones, ſed ad alia quoque pertinet; veluti ſi princeps alicui ob merita immunitatem attributis conceſſerit: quæ honſta benefaciendi & retribuendi ratio eſt. Alia rurſus eſt quæſtio, de † o iure principis † in remittenda pœna; Poſſe eum quidem iure ſupremæ poteſtatis in Repub. vix dubium eſt, ſed an iure id faciat, & gratiam pœnæ faciendo an non peccet, merito quæritur. Breuiter (neque enim eſt huius loci) dicimus non eſſe ex Repub. id fieri facile, quoniam eſt inuidioſum non eadem in ſingulos & univerſos ſtatui; & iſta remiſſio ad delinquendum inuitat, & præcipue quis Lex diuina irrogauit pœnas ſceleribus, gravioribus, ſi remittat princeps, haud dubie contra officium facit; de quo vid. aliquid apud *Bodin. lib. 1. de Repub. cap. 10.* Hæc remiſſio pœnæ notatur iſtis verbis §. noſtri, *ſi cui ſine exemplo ſubuenit*, ſcil. licet nulla quoque eius merita præceſſerint.

Vel ſi quam pœnam irrogavit.] Scil. graviorem delicto, & graviorem quam Lege ordinaria & generali præſcrip am, nam ne omnino innocens puniatur, barbaries fuerit & intoleranda injuſtitia. Ceterum ſicut præſtat, nocentem abſoluere quam innocentem condemnare *l. 5. de pœnis*), quamvis quod ibi de nocente abſolvendo dicitur, ad cauſas dubias pertineat, quod judex in dubio & incerto reum abſolvere potius quam condemnare debeat) ita humanius & tolerabilius eſt, remittere aut mitigare pœnam, quam irrogare graviorem; hactenus enim & qua gravior pœna eſt, innocens eſt reus: Itaque ab exacerbatione pœnæ, niſi forte in exemplum aliquando, princeps abſtinere debet; quod præſertim ab omni ſuſpicione odii, quam alias difficulter effugie', principem vacare oportet.

Perſonam non tranſgreditur.] Intelligimus hinc, hujuſmodi conſtitutiones eſſe perſonales, etcumque princeps iſtud non expreſſerit, nominatim, ſe velle ut ſint perſonales: quandoquidem v. c. ip'a conditio remiſſionis, aut irrogationis iſtam reſtrictionem ſuadet & expoſcit. Illud ex ipſis verbis apparet, agi hic de privilegio perſonæ, non cauſæ, cujus eſt men-

Digitized by Google

eſt mentio in *l. privilegium* 196. *d. R. I.* utriusque ta- men proportionaliter eſt eadem ratio, hoc cauſam illud perſonam comitatur. Illud addendum, per- ſonam hic intelligi illud ipſum individuum cui cō- ceſſum eſt, non etiam alium, qui eam perſonam repræſentat, quomodo obligationes dicuntur perſonales, quæ deſcendunt in hæredem qui repræ- ſentat defunctum. Privilegia autem nec in hære- dem deſcendunt *d. l.* 196. *d. R. I.* niſi diſerte aliud à concedente cautum ſit: quo referri poteſt, quod privilegium conceſſum mulieri, tranſit in hæredis liberos *l. adſiduis* 12. *verſ. exceptis C. qui pot. in pign.* quamvis videatur facilior eſſe tranſitus in iis; quæ non uni perſonæ, ſed ordini, aut toti ſpeciei data ſunt. Adde huc exceptionem ex *l. ult. C. de fru- ctibus & lit. exp.* ubi privilegium eſt generale, & cum injuria arctius conjunctum: & prodeſt alteri non per ſe, ſed ex accidenti, quod cum privilegiata per- ſona negotium habet; accedente ratione æquabili- tatis judiciorum. Ex quo etiam reſpondetur ad *l. 1. quod quiſque Iur.* tamen non princeps, ſed infe- rior magiſtratus jus iniquum conceſſit. Et ſolent ejuſmodi privilegia fere ad importunas petitiones quotundam concedi.

TEXTUS.

10. Prætorum quoque edicta non modi- dicam obtinent Juris autoritatem. Hoc etiam Jus honorariū appellare ſolemus, quod qui honores gerunt, id eſt, magiſtra- tus, autoritatem huic Juri dederunt. Pro- ponebant & ædiles Curules edictum de quibuſdam cauſis, quod & ipſum juris ho- norarii portio eſt.

Commentarius.

1. *Prætorum edicta unde habeant juris vim.*
2. *An ultra annum valuerint.*
3. *Edicta aliorum magiſtratuum.*
4. *Edicta ædilium Curulum.*

MOnuimus ſupra non omnes partes ſive ſpe- cies Juris h. t. propoſitas ejuſdem eſſe condi- tionis. Populus & plebs jure ſuo legem fecit, itidem & princeps. De Senatu ſupra dictum, eum Jus feciſſe non ſua autoritate. Eadem ratio eſt, aut non valde diſſimilis Edictorum prætoris. Legem ferre eſt ex juribus majeſtatis; prætor nil niſi magiſtratus fuit, Juri dicundo præpoſitus; à quo longe diverſum eſt, jus Leges ferendi. Ejus poteſtas fuit *Imaieſtatis* non *majeſtatis*. Et quomodo igitur Edicta præ- toris faciunt partem Juris? Prætores & Romæ, & in provinciis (ut vel ex una oratione Ciceronis in Verrem de Jurisdictione Siciliensi patet) Edicta proponebant, de quibus rebus & quomodo ius dicturi eſſent. Et exiſtimo initio nihil aliud eos proponere potuiſſe aut ſtatuere, quam quod ad modum ſaltem & formam juris dicendi pertine- ret. Poſtea progreſſu temporis hoc uſurpaſſe, ut (forte exemplo ICtorum, de quibus ſeq. §.) edi- cendo ſimul ius conſtituerent. Id poteſtate Legis- latoria factum non eſſe, tum prædicta oſtendunt, tum quod nihil contra ius receptum & leges ſtatue- re poterant, nec Leges conſtitutas abrogare *l. cum Sponſus* 12. *§. ſi res* 4. *de public. act. l. non eſt* 12. *§. 1. de bon. poſſ.* Sed tantum poterant aliquid ſtatuere præ- ter Leges: itaque quod Papin. ſcribit in *l. jus autem* 7. *de Iuſtit. & Iur.* Prætorio iure corrigi poſſe Ius ci- vile, non de correctione directa & proprie dicta eſt accipiendum, quaſi tollat, aut abroget Ius civile, ſed dum aliquos v. c. excluſos Iure civili admittit, ut emancipatum ad ſucceſſionem patris, ut hoc explicat ipſe Juſtin. *in pr. inf. de bon. poſſeſſ.* ubi quo- que diſerte Legem oponit Edicto prætoris. Plane Lex 12. tabb. emancipatos quidem non vocat, ſed eos tamen vocari & admitti diſerte non prohibet, & adeo perſpicue errat Mynſ. hic, dum prætorum, ait, ſolum ius condere & vetera iura abrogare po- tuiſſe: quod utrumque falſum eſt, nec minus falſum, quod peregrinum prætorem deſcribit, qui ius dixerit de rebus peregre geſtis, ſed omnino ille erat qui dicebat ius inter peregrinos, quales dicebantur omnes, qui non habebant ius civitatis Romanæ. Nec tamen ius ita quoque à prætoribus iure vere Legis valebat, propter defectum poteſta- tis: ſed effectum Juris & Legis habebat, dum ipſe magiſtratus ſecundum edictum ſuum Jus dicebant, actiones v. c. dando vel denegando. Itaque conſe- quens eſt, ut ceſſante Juriſdictione eorum, ceſſaret quoque autoritas iſtius iuris, adeo cum annuum tantum eſſe prætoris Imperium, anno vim illius exſpiraſſe efficitur? Idque non obſcure affirmat Iu- ſtin. in *princ. infr. de perp. & temp. act.* ubi cur actio- nes prætoriæ ſunt annales, hanc rationem reddit, quoniam & ipſius prætoris intra annum erat Impe- rium? & *Cicer. act.* 3. *in Verrem* ait, Edictum prætoris eſſe annuam Legem (ita appellat ratione effectus) Cui finem afferunt Calendæ Januarii, ſed non pau- ca ſunt quæ huic ſententiæ adverſantur.

Digitized by Google

Et 1. quod prætoriæ actiones annales fere durabant & imo regulariter omnes, annum utilem *l.* 1. *§ annus 39. de vi arm.* & paſſim alibi, qui annus, cum eo eximerentur dies nefaſti, & tempus ignorantiæ, duratione longe ſuperabat annum continuum, quo durabat imperium prætoris. 2. quod ipſe prætor dicto ſuo ſæpe & poſt annum actionē ſe daturum pollicebatur *l. 1. de vi arm. l. 4. vi bon. rapt.* atqui poterat, cum poſt annum eſſet privatus? 3. quod prætor nominatim actionem furti manifeſti fecit perpetuam, ut teſtatur *inſt. inf. pr. I de perp. & temp. act.* ubi ait prætorem abſurdum putaſſe, anno finiri iſtam actionem; & igitur in ejus poteſtate fuit, actionem facere perpetuam: quin & ibidem Iuſtin. refert alias actiones prætorias perpetuas; & in genere traditum eſt, actiones prætorias eas demum annales eſſe, quæ ſunt pœnales, aut reſciſſoriæ, reliquas perpetuas *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Deniq; colligitur non obſcure ex *orat. Cicer. in Verr. de iurisdict. Sicil.* quod etiam poſt officium ſuum cæptum prætor potuerit edictum & actionem proponere, atque ita tantum bimeſtris aut trimeſtris fuiſſet actio. Weſemb. *ad d. infra de perp. act.* ex hac cauſa compoſitores juris arguit obſcitantiæ, quod non diſtinxerint Edictum prætoris quale olim natura ſua fuerit, & qua poſtea à IC. Juliano compoſitum & ab Imp. Hadriano confirmatum robur acceperit legis & Juris civilis. Verum quod nō demum ab Hadriano ſit iſte effectus, oſtendunt pleraque quæ jam diximus, & præcipue, quod actiones prætoriæ etiam olim durarint anno utili, quod ipſe prætor Edicto actionem poſt annum propoſuerit, quod actionem furti manifeſti perpetuam fecerit. Quidam poteſtatem & effectum Edictorum prætoriorum altius repetunt, & ante tempora Hadriani, ex lege Cornelia, quam refert *Aſcon. Pad. in Comm. in Cicer. Cornelianam:* qua cavebatur, ut prætores ex Edictis ſuis perpetuis jus dicerent. Sed *Auguſt. de LL. P.* iſtam Legem eo pertinuiſſe ſcribit, ut prætores neceſſum haberent, dicere jus juxta Edicta ſemel propoſita & initio magiſtratus, nec edicta amplius ex libitu mutare tempore ſui magiſtratus poſſint, idque confirmat, quod jam d. loco ſubjicit Pædianus, quod res iſta ſuſtulerit gratiam prætoribus ambitioſis, qui varie jus dicere aſſueverant. Quod ſi ita eſt, nihil hic ſupereſt aliud quod dicatur, quam non tam prætorem, quam præturam conſideratam fuiſſe, & tacitum hunc populi aſſenſum & voluntatem, ut ex Edictis prætorum quæ præſertim evidens æquitas commendabat, perpetuo Jus diceretur; Idque arguit *oratio Cicer. pro Quinto,* in qua multa de Edicto prætoris, ex quo miſſio decernebatur in bona debitorum; quod eo demum anno propoſitum fuiſſe, & cum anno finem ſumpſiſſe, minime eſt probabile. Poſtea compoſito Edicto perpetuo per Julianū, jus nova quotannis Edicta proponendi prætoribus ademptum fuiſſe videtur. Hoc enim tantum addidit & voluit Hadrianus, ut ex illis conſtanter & citra variationē jus diceretur, non autem ut ex prætorio jure efficeretur Jus civile, quaſi profectum ab Hadriano; quod diſtinctio perpetua in libris noſtris Juris civilis & prætorii efficit & oſtendit. Magnam plane fuiſſe poteſtatem prætoris in Jure dicundo & conſtituendo quoque, inde liquet; quod alibi Liu. ſcribit, ita ejus poteſtatem creviſſe, ut data ſit illi omnis Juris poteſtas, unde *Iuſtinian. in N. 26.* ait eum apud veteres Romanos fuiſſe *στρατηγὸν καὶ νομοθέτην, & Nov. 24. in princ.* ait permiſſum fuiſſe prætoribus Legum præſcriptionem.

Ceterum hodie poſtquam Edicta prætoris juxta cum reſponſis ICtorum & aliis LL. in unum corpus redacta ſunt, & æqualem autoritatem à Juſtiniano acceperunt, exigua aut nulla prætorii & civilis juris ſupereſt differentia. Hæc ad intelligendam juris prætorii naturam paulo latius explicanda fuerunt.

Qui honores gerunt.] Verbum *Honoris* latius patet, ſed hic ſumitur pro magiſtratu, eo ſenſu quo dicimus, ex jure ſuffragiorum & honorum æſtimari jus optimum civis Romani, quod jus ſuffragii ferendi & petendi capeſſendique magiſtratus habet. Ait Juſtinianus in genere, eos qui honores gerunt, autoritatem huic juri dediſſe. Neque dubium eſt, quin etiam, Cenſores, Conſules, Dictatores, &c. edicta propoſuerint, quorum aliqua hic refert Hottom. & ex iis & ſecundum ea Jus dictum fuiſſe non ambigi poſſit; ſed ea fere Edicta temporaria fuerunt, ita exigente ſtatu Reipub. prætoris autem proprie Juris dicundi cauſa creati initio fuerunt. Et ſane Papinianus in *l. autem 7. §. 1. de Iuſtit. & Iur.* ait hoc Jus dictum honorarium ad honorem prætorum & Juſtiniani propoſito hoc loco non generalis, ſed ſpecialis eſt: Edicta *PRÆTORUM* non modicam habere Juris autoritatem, & haud ſcio, an alterius ullius Edicti in Jure noſtro mentio fiat.

Proponebant & Ædiles curules.] Maxime celebre

eſt eorum edictum de rebus venalibus ſub *libr.* 21. *Digeſt. tit.* 1. Et cum actiones propoſuerint ea de re, oportet & de eadem re Juriſdicendi poteſtatem habuiſſe, hactenus ſimiles prætoribus in iſta juriſdictionis parte; adeo & recte jus iſtud pars Juris honorarii dicitur; quin & prætorii, non quod eſſent prætores, ſed quod hactenus prætorum loco erant; quomodo explicandum eſt, quod dicitur in *§. prætoriæ 3. inſt. de divis. ſti.* quod ædilitiæ cautiones veniant & ipſe à Juriſdictione prætoriæ. Dicuntur Ædiles Curules, ad diſtinctionem Ædilium plebis, & illorum originem refert *Livius, libr. in extremo, & libr. 7. in princ.* Annus hic, inquit, erit inſignis curuli ædilitate. Nimis protritum eſt, curules dictos magiſtratus quibus jus erat curru vehi; Feſtus, Curulis magiſtratus qui curru vehebantur. unde ſella curulis, vel quia currui impoſita, vel quia poſt vehebatur; qua ſedentes jus reddebant. Male Theoph. pro iiſdem accipit, ſellam conſularem & currum, qui etiam nugatur circa rationem nominis & officium ædilium, & quod apud Feſtum legimus ædiles, dictos, quod facilis eſſet ad eos plebi aditus, non dubito commentitium & à Paulo vel ab alio additum eſſe.

Fuerunt & Ædiles Cereales, quorum meminit *Feneſtella* (ut quidem inſcriptio habet, magis enim creditur non eſſe veri Feneſtellæ) *de mag. iſtr. cap.* 13. *& Pompon. in l.* 2. *§. capta* 32. *de orig. iur.* Sed an aliqua eorum fuerit juriſdictio, incompertum mihi eſt.

TEXTUS.

III. Reſponſa prudentum ſunt ſententiæ & opiniones eorum quibus permiſſum erat de jure reſpondere, nam antiquitus conſtitutum erat, ut eſſent qui jura publicitus interpretarentur, quibus à Cæſare jus reſpondendi datum eſt, qui ICti appellabātur: quorum omnium ſententiæ, & opiniones eam autoritatem tenebant, ut judici recedere à reſponſo eorum non liceret, ut eſt conſtitutum.

COMMENTARIUS.

1 *Origo huius iuris.*
2 *Ius reſpondendi quando permiſſum.*
3 *Iuris ſtudioſi, periti.*

PErvenimus tandem ad poſtremam & ultimam partem Juris ſcripti, eo ſenſu, quo ſupra ad *princ. §. conſtat*, explicavimus. Origo Juris hujus arceſſenda eſt *ex l.* 2. *§. his Legibus* 5. *de ori. iur. Iur.* ubi Pompon. ait, poſt LL. 12. tabb. lata, quæ ut ad pr. tit. præced. notavimus, breves erant & obſcuræ, neceſſariam fuiſſe diſputationem fori, ut videlicet ICti, Leges illas diſputando explicarent, & per interpretationem hoc modo jura conderent, dum reſpondent conſulentibus, nec male Theoph. qui ait, eos jura, feciſſe κενὰ πάντα καὶ ἀ...γα.... Id nec ulla fecerunt Legislatoria autoritate, nec adeo quæ ita diſputaverunt, ex ſe vim Legis habuerunt, ſed quia populus eo jure uſus eſt. Iſtæ diſputationes in quoddam corpus *argum. d. §.* 5. collectæ fuiſſe videntur, & dictæ in ſpecie Jus civile, cum nomen proprium non haberent; ſicut non raro accidit, ut ſpecies aliqua generis nomen retineat, & hoc Jus civile intelligit Cicero & ita appellat 3 *offic.* De jure prædiorum ſancitum eſt, apud nos Jure civili, &c. Ceterum Jus Civile ſignificat omne jus quo civitas & adeo etiam pop. Rom. utitur: in ſpecie autem frequentiſſime opponitur juri prætorio, *ut §* 1. *Inſt. de oblig. l. Ius autem* 7. *in pr. & §n de iuſt. & iur. & paſſim.* Porro cum ſubinde novæ LL. ferrentur, manſit & Juriſperitorum illa autoritas interpretandi. Perluſtremus verba hujus §.

Quibus permiſſum erat de iure reſpondere. Id pertinet non ad prima tēpora poſt LL. 12. tabb. nec omnino ſub libera Repub. nullibi enim tale quid legitur, aut ſenatus, aut populi permiſſionem deſideratam, aut neceſſariam fuiſſe; & ita Pomp. *in l.* 2. *de orig. Iur. §. ult. verſ. & ut obiter* hoc ipſum atteſtatur, ſimul & hoc; Auguſtum primum voluiſſe hoc à ſe peti, ut maior eſſet autoritas. Fortaſſis & ideo quod multi rabulæ impudentia ſua dignitatem ICtorum conſpurcarent peti, ait Pomp. à ſe voluit Auguſtus, ut de jure reſpondere liceret. Huic enim facultati inerat jus interpretandi; quoniam etiam de jure dubio & interpretando reſpondebant, & reſpondendo interpretabantur; quamvis plures partes reſpondendi faciunt ICtorum, ut apparet ex deſcriptione ICti apud *Cicer.* 1. *de orat.* quod ſit vir ad reſpondendum, agendum & cavendum peritus; ubi *Reſpondere* in ſpecie intelligit, reſpondere de jure dubio; ceterum & de ratione agendi & cavendi conſulebantur ICti, & reſpondebant. Itaque quod hic dicitur de permiſſione, & præſuppoſita petitione, ad tempora Auguſti pertinet, & ſequentia, quam tamen petendi neceſſita-

neceſſitatem videtur relaxaſſe Hadrianus teſte eodem *Pomp. d. l. 2. de origin. Iur. in fin.* Humanitate tamen. (ita ego intelligo) propria, non ut in perpetuum neceſſitatem iſtud à principe petendi remitteret.

Antiquitus eo ſtitutũ erat.] Male *inſtitutum:* Nulla enim de ea re ſanctio lata reperitur, & falſum eſt quod Theoph. ſcribit, à populo aut ſenatu id fuiſſe permiſſum. Sed id olim quaſi moris & receptum erat, ex neceſſitate quadam, cujus meminit *l. 2. §. 5. de orig. iur.* Neque Auguſto hoc tribui poteſt, qui hoc ſaltem introduxit, ut à ſe jus hoc interpretandi & reſpondendi peteretur.

Qui Iuriſconſulti appellabantur.] Proculdubio hi ſunt qui non uno loco vocantur juris ſtudioſi *in l. de adſeſſoribus. & in l. moris §. nonnunquam 4. de pœn.* ubi ſeparantur ab advocatis, tabellionibus & pragmaticis; eoque reſpicit *l. 1. C. de adſeſſorib.* in verbis, *ſtudiorum labor.* Et exiſtimaverit quis ita modeſtiæ cauſa ſe appellaſſe, quomodo Pythagoras primus non σοφὸς ſed φιλόσοφος dici voluit. Sed contrario modo *Cuiac. in Nov. 44.* Juriaperiti appellationẽ putat eſſe indigniorem, quæ etiam tabellionibus & pragmaticis competat; ſed non perſuadet, Juriſconſultus enim, (quod nõmen hic iis tribuitur, & honoratiſſimum eſt) nihil eſt aliud, quam peritus juris. Nec quidquam facit pro Cuiacio *N. 66. cap. 1.* & nimirum cum tabelliones inſtrumenta ſuper contractibus & teſtamentis conficiant, haſtenus Legum iſtarum peritiam habere debent, citra quam officio ſuo fungi recte non poſſent, & eam peritiam ſine ſtudio aliquo nunquam conſequentur. Itaque omnino ſi proprietatem verbi ſpectas; plus eſt dici Juris peritum, quam Juris ſtudioſum; nec alium, aut diverſum uſum in jure noſtro deprehendo.

Quorum omnium ſententia, &c] Perſpicuum eſt, Synonymice accipi hic ſententiam & opinionem; & ineptiunt, qui ſententiam hic explicant, cum ICti aſſertive reſpondebant; Opinionem; cum dubitative; nec enim clientibus conſulentibus poterat ſufficere reſponſio dubitativa, & qui effectus hoc §. reſponſis tribuitur, ut ne judicibus ab iis recedere liceat, non competit dubitativo reſponſo; quamvis iſtius diſtinctionis autor videatur Theophilus, paulo tamen aliter, ſententiã eſſe, hoc licet vel non licet facere; opinionem, puto hoc licere, vel non licere; quod ipſum tamen puto ab hujus loci ſententia eſſe alienum.

Intelliguntur autem opiniones & ſententiæ receptæ, (quas pleraſque videtur collegiſſe Paulus; cuius adhuc receptarum ſententiarum extant fragmenta) vel inter omnes vel utique à pluribus; ſiquidem varias ſectas & diverſarum opinionum fuiſſe inter ICtos docet *d. l. 2. de orig. Iur.* ejuſque rei non pauca exſtant in jure noſtro veſtigia. Et huc referunt, quod Juſtin. hic ait *Quorum omnium* ut ſcilic. intelligatur collective pro omnibus ſimul, aut utique pleriſque, nam ſingulorum ſententiis, quæ præſertim ſæpe pugnantes erant, eam vim tribuere ridiculum ſit & contradictorium. Aut an dicemus Juſtinianum reſpexiſſe ad conſtitutionem Theodoſii, & Valentin. qua nominatim certorum ICtorum jam olim defunctorum libros cõfirmarunt *l. un. C. Theod. de reſp. prud.* Id quidem volunt *Hottom. & Baro hic,* ſed id iis quæ in hoc §. præcedunt, non ſatis convenit, quippe quæ referuntur ad tempora anteriora, & eſt continua connexio & ſeries hujus § quamvis videatur firmari ex verbis, quæ ſequuntur hoc §. *ut ſit conſtitutum,* neq; enim aliqua alia ſuper hac re oſtendi poteſt conſtitutio. Nimis enim inculta eſt explicatio Accurſii, qui *conſtitutum* conjungit cum verbo præced. *reſponſo* (ita enim in ſingulari numero legit Acc.) quaſi non liceat Judicib. recedere a reſponſo quomodo hoc ICti conſtituerunt. Addendum plane eſt, olim non omnino certũ jus feciſſe reſponſa prudentum, vel eo argumento, quod in *l. 7 §. ait prætor. 7. de pact.* ubi reliquæ ſpecies juris enumerantur, reſponſionum non fit mentio. Et itaq; non immerito Hottom. ad id quod hic dicitur, non licuiſſe judicibus recedere à reſponſis, limitat per particulam, *facile* aut *temere.* Certum jus non fuiſſe, & ex hoc apparet ipſo; quod à judicibus conſulebantur ICti, & reſponſa ſua judicibus mittere ſolebant, ut apparet ex *orat. Cic. pro Cecinna,* & ſcribit *Pomp. in l. 2. §. poſt hunc 47. de origin. iur.* nec dubium eſt, ſæpe utramque partem reſponſa ICtorum pro ſe habuiſſe.

TEXTVS.

12 Sine ſcripto Jus venit, quod uſus approbavit: nàm diuturni mores conſenſu utentium comprobati, legem imitantur.

COMMENTARIUS.

1 *Eſſentia conſuetudinis.*
2 *Requiſita eius.*
3 *Conſuetudo an tollat Legem.*

IN *verbis conſenſu utentium eſt* vera † eſſentia hujus 1

juris

iuris, & ratio diſtinguendi à Lege in ſpecie dicta; nam vt ſupra notavimus ad §. *conſtat*, *ſcribi*, Legis accidens eſt. Tacitus igitur conſenſus populi utentis facit conſuetudinem. Quæ oppoſitio elegãter in *l de quibus 32. in fide LL.* oſtenditur; nihil intereſſe an ſuffragio voluntatem ſuam populus declaret an rebus & factis: & eodem ſenſu in *l. ſed & ea 35. de Legib. civium tacita conuentio.* An igitur quævis facta civium facient conſuetudinem? Minime vero, ſed talia, quæ arguunt civium quendam eumque conſtantem conſenſum, & conventionem, quæ cum ſine verbis inducatur, plura facta & decurſum aliquem temporis intervenire neceſſe eſt; qua de cauſa in *d. l. 35.* dicitur *plur. annis obſervatũ.* & hinc proprium epitheton conſuetudinis eſt, ut dicatur *longa, tt. C. quæ ſit long conſu. d. l. 35. de LL.* diuturna *l. 33. eod. tit.* inveterata *l. 32. §. 1. eod.* Doctores ad minimum lapſum decennii requirunt, & duos actus, ubi videlicet de probanda conſuetudine quæritur (qua conſideratione facti eſſe dicitur) quam alter negat. Recti° id arbitrarium dicemus, & ex plurib. actibus intra brevius quoq; tempus conſuetudinem induci poſſe magis eſt, præcipue ſi contradictorio judicio ſecundum conſuetudinem allegatã fuerit judicatum *l. cum de 34. de leg.* Porro cum populi tacito conſenſu inducatur & conſtituatur hoc jus; conſequens eſt in ſtatu fere populari tantum, huic juri eſſe locum; per *l. d. 32.* ubi oppoſitio ſuffragii, & rerum factorumq; ſatis arguit, penes eum eſſe jus inducendi conſuetudinem, qui expreſſo conſenſu & ſuffragiis legem jubere poteſt, quod jus in ſtatu Monarchico populo non competit. Ex quo porro conſequitur, cum ejuſdem ſit ferre & abrogare leges, ut populus qui in ſtatu monarchico Leges principis abrogare non poteſt; iiſdem nec conſuetudine contraria derogare poſſit, ut rectiſſime reſcriptum eſt in *l. 2. C. quæ ſit longa conſuet.* cum qua nullo negocio componitur *l. de quib. 32. in fin. de LL.* ſi referatur ad tempora anteriora, quibus populo, ut ſupra notavimus, adhuc aliquod jus ſuffragii relictum erat, idque evincunt verba præced. quibus diſerte Julianus jus ſuffragii tribuit populo, & inde ad jus inducendi conſuetudinem argumentatur; conſtat autem in ſtatu monarchico ſuffragiis populi legem non ferri; Et ſecundum hoc accipiendum eſt, quod ibi dicitur de Legiſlatore, populo nimirum, qui jus habet per ſuffragia leges ferendi; Ceteroquin vitioſa eſſet collatio Legiſlatoris principis cum ſubditis. Et apparet omnino, quod in *d. l. 32. de LL.* traditur ad unam civitatem pertinere, in qua conſenſu omnium quid inducatur aut mutetur, cujuſmodi conſenſus tacitus omnium ſub univerſo Imperio Romano, quale fuit ſub Autore *d. l. 12. C. quæ ſit long. conſu.* nonniſi ridicule fingeretur; ut fruſtra diſputetur de conſuetudine ejuſmodi generali; Dicimus autem quod conſuetudo ſpecialis ſeu particularis in una Civitate, in ſtatu Monarchico non poſſit tollere Legem, nec quominus in illa ipſa civitate locum habeat; Ceteroquin præter & extra Leges ſicut aliquid civitates introducere poſſunt, quæ Dd. vocant ſtatuta, & latiſſime de iis tractant in *l. omnes 9. de iuſt. & iure & in l. 1. C. de ſumm. Trin:* ita hactenus quoque conſuetudinis introducendæ poteſtatem habebat & civitas, & haud dubie ſive expreſſe, ſive tacite abrogandi, quæ ipſa civitas jure ſibi conſtituit; de qua re pluribus agendi hic locus non eſt, *dd not, ad § pen. 11. ſ. inf. h t.* Hinc patet duplex vis & effectus conſuetudinis, ut & jus inducat novum, ſuper quo nihil ante cautum erat, & abroget prius. Tertius eſt, ut interpretetur Legem dubiam *l. ſi de 37. de LL.*

TEXTUS.

13 Et non ineleganter in duas ſpecies jus civile diſtributum eſſe videtur, nam origo ejus ab inſtitutis duarum civitatum, Athenarum ſcilicet & Lacedæmoniorum fluxiſſe videtur. In his enim civitatibus ita agi ſolitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea, quæ pro Ll. obſeruabãt, memoriæ mandarent; Athenienſes vero ea quæ in Ll. ſcripta comprehendiſſent, cuſtodirent.

COMMENTARIUS.

1 *Lapſus Triboniani.*

ET *non ineleganter.*] Imo perineleganter, & per inſignem luſionem, abuſionem & homonymiam juris ſcripti & non ſcripti: nam ſi debet hoc recte fieri, quod hoc §. proponitur, oportet, ut jus non ſcriptum Lacedæmoniorum, conferatur cum jure moribus introducto, de quo agitur in §. præced. & vocatur jus non ſcriptum; hoc autem fit omnino inepte & vitioſe; ſiquidem ut ad §. *conſtat.* diximus, Lycurgus ipſas LL. à ſe ſancitas, quæ minime fuerunt moribus introductæ) noluit ſcribi, ſed in memoria conſervari. Tum LL. 12. tabb.

Rom

Digitized by Google

Rom. utique jus ſcriptum fuerunt, & ex LL. Athenienſium & Lycurgi non ſcriptis legibus deſumptæ: adeoque LL. Lycurgi non juri conſuetudinario Romanorum, ſed eorum juri ſcripto originem dederunt. Amplius aperte falſum eſt, quod jus conſuetudinarium Romanorum, quod in §. præced. ſine ſcripto eſſe dicitur, fluxerit à majoribus Lacedæmoniorum; & denique non dubium eſt, quod Athenienſes quoque moribus & conſuetudinibus majorum fuerint uſi. Et hoc quoque ex parte obſervavit Hottom. hic.

Et Lacedamoniorum.] Rectius dixiſſet, *Lacedamonis*, ut reſponderet verbo, *Athenarum*, quod eſt nomen ipſius urbis. De Legib. quas Romani miſſis triumviris curarunt ex Græcis LL. deſcribi *u.l.2.§. poſtea 4. de orig. Iur Livium l.3. & Dionyſ Halicar.l.*10.

TEXTUS.

14. Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque obſervantur, divina quadam providentia conſtituta, ſemper firma atque immutabilia permanent: ea vero quæ ipſa ſibi quæque civitas conſtituit, ſæpe mutari ſolent vel tacito conſenſu, vel alia poſtea Lege lata.

COMMENTARIUS.

1 *Abuſio & homonymia verborum.*
2 *An ius natura immutabile.*
3 *An LL. mutanda.*

Hic §. non obſcure ſe referre videtur ad §. 1. *ſup. h. t.* ubi itidem jus ita dividitur, ut aliud populus quiſque ſibi conſtituat, aliud naturalis ratio inter omnes homines, quæ diſtinctio h. §. ſatis perſpicue ponitur, tum utrobique de hoc jure dicitur, quod apud omnes gentes peræque cuſtodiatur
1 atque obſervetur. Itaque apparet mutata † ſententia jus naturale hic non dici, quod natura omnia animalia docuit, ſed quod humano generi eſt proprium, quod ſcilicet juxta *d.* §. 1. naturalis ratio inter omnes homines conſtituit. Adparet deinde verum eſſe, quod ſupra monuimus, homonyme & confuſe in *d.* §. 1. *& ſeqq.* ſumi jus gentium, dum huic ſine diſtinctione, contractus, bella & ſervitutes adſcribuntur, quæ ad hoc jus referri non poſſunt, aut ad ea jura, quæ divina providentia eſſe conſtituta hic ait Juſtinianus; ſed eſt omnino hic §. reſtringendus ad jus gentium, quod Doctores appellant jus primævum. utcunque, ſed male aliter ſentiat *Baro.* hic male & Hottom. verba, *divina providentia conſtituta* inepte adjecta cenſet, quia civilia quoque jura ita ſint conſtituta, ſed hoc ambigue dicitur, & imo jura illa demum recte ita conſtituta dicuntur, quæ ratio & imo ipſe Deus quaſi dictat, & mentibus humanis inſeruit. Apoſtolo quoque teſte *2. ad Romanos.*

Et hoc primum eſt hoc loco notandum. Alterum eſt de immutabilitate † juris naturalis conſtanti & perpetua. Attigimus de ea re aliquid ſupra §. *ius autem civile h. t.* Non adducemus hic barbararum gentium impia inſtituta; ſed extra hoc, juris quantumvis naturalis non poteſt ea quæ aliarum rerum naturalium eſſe conſtantia. Et attingit *Ariſtotel.* 5. *Ethic.* 10. videri quibuſdam nullum eſſe jus naturale, quia non ſit ubique omnino idem, quomodo ignis naturaliter urit ubique; & fatetur etiam jus quod naturale dicitur, aliqua mutabile eſſe; & elegantem rationem innuit, dum Deos apud quos ſcil. nihil ſit mutabile opponit hominibus; nimirum tacite ſignificans, Jus licet naturale, quia applicandum eſt hominibus, pati aliquam mutabilitatem; & in *l. ius* 6. *de Iuſt. & iur.* dicitur jus civile aliqua recedere à jure naturali, ubi tamen hoc inſuper addendum. 1. nihilominus hactenus recte hoc §. jus naturale & civile opponi, quoniam illud cum ſit generale & univerſale, licet in aliqua repub. in applicatione, ad ſubditos inflexionem aliquam patiatur, tamen nullam in ſe pati mutationem, quod ſecus eſt in jure civili, quod totum quantum eſt, mutatur: & hoc eſt quod Interpp hic Aug. Johan. Fab. & alii tradunt, jus naturale poſſe modificari, declarari & proviſionibus alterari, 2. generales iſtas notiones, quæ à recta & ſimplici ratione fluunt, de colendo Deos, venerando parentes, &c. vix ullam pati mutationem, quamvis in modo varient apud gentes varias. 3. quod non mutetur recta, ſed oblique, aliquando & ex hypotheſi, veluti ita ob injuſtam invaſionem licet defendendi ſui cauſa occidere hominem, quod alias jure naturæ vetitum eſt quomodo dicitur præceptum inferius cedere ſuperiori, Denique quod intereſt an mutetur jus naturale per jus civile, quod difficilius eſt, an vero per jus gentium, & ſcil. quaſi per communem & tacitum omnium gentium conſenſum; quomodo ſupra diximus hujusmodi tacito conſenſu & diſpoſitione gentium bellorum & ſervitutum jura eſſe introducta.

Digitized by Google

Vel tacito conſenſu populi.] Confirmantur hic ea quæ diximus ſupra *ad §. ſine ſcripto h. t.* circa interpretationem *l. 2. C. quæ ſit long. conſu. & l. de quibus 23 inf. d. LL.* Ejuſdem enim eſſe, tollere Legem, per Legem poſteriorem, & per tacitum conſenſum & conſuetudinem contrariã. Porro mutari poſſe Leges civiles, dubium non habet. An & quando mutandæ ſint, Politica quæſtio eſt, cujus tn. deciſionem ſuppeditat ICtus in *l. 2. de conſt. pr.* evidens inquit utilitas eſſe debet, ut recedatur ab eo jure quod diu æquum viſum fuit. Eaque conſentiens eſt politic. ſententia, eo uſque ut plerique exiſtiment, rectius ſe habere remp. quæ legibus, etiam non omnino rectè habentibus, (nam ſi manifeſte vitioſæ ſint, ſecus eſt) conſtanter utatur, quam quæ ſubinde Leges mutat; quoniam nihil magis commendat & conſervat LL. in quibus eſt ſalus civitatis, ut ait *Ariſt. 1. Rhet. 3.* quam autoritas & dignitas earum, quæ crebris mutationib. labefactatur; de qua re v. differentes *Cleonem libr. 3 apud Thucyd. & Alcibiadē l. 6. Platonem l. 7. d. LL. Demoſth. in orat. adv. Timocratem. Bodin. 4. de republ. 3 Ariſt. 2. pol. 6 inf. Lipſ. 4. polit. 9.* & ex noſtris *Vinc. Cabot. 2. diſputat. ca.* 1. Eſt de hoc in utramq; partem diſſertatio contraria Catonis & Valerii *apud Livium l. 34.* & non probo, quod ibi Valerius cauſa impulſoria legis ceſſante, protinus legem abrogandam cenſet. Ex quibus æſtimari poteſt, quid æſtimandum de Triboniano, qui toties leges mutavit fixitatq; refixit, ut Inſtitutiones, duo Codices, quorũ prior ſublatus fuit, & Novellæ pleniſſimam faciunt fidem: & pravo judicio id illi laudi tribuit *Procop. 1. de reb. Perſicis.* Nolim tamen credere facile id pretio corruptum feciſſe, quod imputat ei Suidas; ſuſpicionem tamen præbet ipſe Procopius, Tribonianus, inquit, juſtum ſectabatur lucrũ. Singulis diebus Leges aliquas aut antiquabat, aut condebat, uti ex uſu eſſe videbat; ô hominem natum corrumpendæ Jurisprudentiæ: nec ulla res eſt, quæ cognitionem juris noſtri facit difficiliorem, quam crebra iſta mutatio.

TEXTUS.

15 Omne autem jus quo utimur, vel ad perſonas pertinet, vel ad res vel ad actiones. Et prius de perſonis videamus: nam parũ eſt, jus noſſe, ſi perſonæ, quarum cauſa conſtitutum eſt, ignorentur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio diſtinguendi objecta Iuris.*

HOttom. hunc §. rejicit ad *pr. tit. ſeq.* & ponit eum hic locum in *l. 1 ſtat. hom.* Sed nõ incongrue ſubjicitur hic §. in extremo hujus tit. ut ita fiat tranſitus ad tractationem ſeq. velut in tit. 9. *inſ. lib. ſeq.* Et utique cum proponantur tria membra, totus hic § *ad tit. ſeq.* non pertinet. Diſtinctio iſta trium membrorum non inepte hinc deduci poſſe videtur, quod Jurisprudentiæ finis eſt, adminiſtratio juſtitiæ; & adminiſtratur ſcil. Juſtitia perſonis, ſuper & de rebus, & hoc per remedia, quę ſunt actiones nomine hoc in genere ſumpto, ut etiam imploratio nobilis officii judicis comprehendatur, *l. actionis 37. de ob. & Act.* de quo v. & quæ notantur inſt. *ad pr. tit. de obligat.* Et ſub hanc partitionem revocari quoque poteſt ea, quæ eſt in *l. ult. de Legib.* quod omne jus conſiſtat aut in acquirendo, aut in conſervando, (quod tamen ſub prius membrum referri poſſit) aut in minuendo; (ad quod etiam amiſſio pertinet) quoniam perſonæ per actiones jure ſuo atque ſua adquirunt & conſervant: Videntur alias illa tria membra *d. l. ult. de LL.* relationem habere quandam ad tres ſpecies Interdictorum, adipiſcendæ, retinendæ & recuperandæ poſſeſſionis. Cavillatur hic Hottom. dum quaſi objicit quod finis Legis ſit ſalus Reipubl. Etenim non dicitur jus Reipub. principaliter, ſed civibus, & ſi hic recte adminiſtretur jus, ex hoc ipſo beatitudo Reip. conſequitur.

AD TITULUM III.

LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE IURE PERSONARUM.

TEXTUS.

1. Summa itaque diviſio, de iure perſonarum hæc eſt, quod omnes homines aut liberi ſunt, aut ſervi.

COMMENTARIUS

1 *Quid ſit ius perſonæ.*
2 *Servus an perſona.*
3 *Perſona quid.*

Homi-

Digitized by Google

4 *Homines conditionales.*
5 *Adſcriptitii.*

INprimis hic videndum, quid ſit *in perſona*, quod non aliunde rectius intelligere licet, quã ex collatione tit. Dig. *De ſtatu hominum*, ſcil. ſignificatur conditio quæ qualificat perſonam & facit vt hoc vel illo iure vtatur. Et amplius declaratur id *ex tract. de capitis diminutione*, quæ definitur ſtatus mutatio *in pr. l. de cap. dim. l. 1. D. eod.* & ex tribus eius ſpeciebus oſtenditur in tribus principaliter conſiſtere hominis ſtatum, in libertate, ciuitate & familia, quæ tria nos habere ait ICtus *in l. vlt. d. cap. min.* & ea omnino omnem eiuem habere oportet, quo reſe ti ſolui illud *Terentii in Eunucho* Dico eam eſſe liberam, ciuem Atticam, meam ſororem. Ex quo etiam apparet, non tantum diuidi recte perſonas in liberos & ſeruos, ſed etiam in peregrinos & ciues; & olim extra ciues Romanos vel qui ius illud habebant, omnes cenſebantur peregrini; ſed eam diuiſionem merito omiſit Iuſtinianus, quoniam diu ante ipſum omnibus ſubditis ius ciuitatis datum erat *l. in vrbe 17. de ſtat. hom.* Hinc apparet ineptitudine lapſum eſſe Vulteium, qui ius obligationis, quod nihil cum ſtatu habet commune, refert ad obiectum hoc primum de iure perſonarum, de quo plura dicam, *infr. de Obligat. lib. 3* Apparet etiam error Apelli, quem male probat *Mynſ. in §. vlt. tit. præ* (ipſi eſt pr. h. tit.) quod tantum ſint duo obiecta iuris, dominium & obligatio, & quod perſona tantum ſit circumſtantia, quæ non magis poſſit conſtituere obiectum iuris, quam locus vel euentus.

Videamus igitur de diuiſione Iuſtiniani Homo eſt ſpecies infima, non poteſt diuidi per differentias oppoſitas ratione eſſentiæ ſuæ, ſed ratione qualitatum recipit diuiſionem, & hanc ipſam ratione ſtatus in liberos & ſeruos. Diuiſum, eſt perſona, quam hic idem ſignificare quod hominem, apparet tum ex rubr. Dig. *de ſtat. hom.* tum quod ipſa diuiſio ita proponitur hoc loco, quod omnes homines ſint aut liberi aut ſerui. Itaque nodum in ſcirpo quærunt, qui obiiciunt, ſeruum non eſſe perſonam. Vt max me verbo in ſpecie † ſumpto non recte diceretur perſona, quod prohibet hic paulo generalius id verbum vſurpari, vt quamplurimis aliis iuris locis. Ita ſumitur indiſtinctione obiectorũ iuris §. *vlt. tit. preced. & in pr. in fr. de his qui ſui iuris. l. 1. de ſtat. hom. & in hac rubr. l. in perſonam 22. de R. I. l. poteſtatis 215. de verb. ſign. l. ea quidem 5. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Neque verum videtur, quod perſona ſignificet tantum proprie qualitatem ciuis Et vt ſolide hoc explicemus, ita ſe res habet, vt hoc † verbum ſæpe pro officio & qualitate vſurpetur, per ea quæ tradunt *Gell. lib. 5. cap. 7. Laur. Vall. 6. Eleg. 34.* Sed vt nihilominus etiam & proprie, ſut ſtatiam primam, intelligentem incommunicabilem, & ita indiuiduum ſignificet. Ita quidem ex Philoſophis definit *Keckerm. 1. Syſtem. Log. cap. 5.* & confirmat Zanchius, non tantum Theologus ſed & Philoſophus doctiſſimus, *de tribus Elohim part. 1. lib. 1 c. 2.* perſona, inquit, eſt ſubſtantia indiuidua intelligens, incommunicabilis: & *lib. 8. c. 1.* perſona aliud non eſt quam eſſentia, certa aliqua perſonali proprietate diſtincta, & quaſi, ſecundum Scholaſticos, indiuiduata, quod & mox *eodem cap.* repetit. *Et eod. tract. part. 2. lib. 1. cap. 2.* notat ambiguitatem iſtius verbi, & apertius *cap. 3.* perſonam ſignificare aliquando qualitatem & externam faciem; aliquando ſubſtantiam, ſeu rem per ſe ſubſiſtentem, indiuiduam ratione & voluntate præditam, ſed finitam. Secundum hæc ſeruus, qui talis ſubſtantia eſt, recte quoque perſona appellatur. Itaque errat *Valla d. loco* dum definitionem Boetii iam dictis conformem, reprehendit; quamuis ibid. admittat nomen perſonæ ſeruo tribui poſſe. Et fruſtra quis obiecerit, ſeruos pecudibus æquiparari *l. 2. ad L. Aquil.* eſt enim ea comparatio ſecundum quid in L. Aquilia, & ea conſideratione, qua ſeruus conſideratur vt eſt in commercio & dominio noſtro, ſicut res alia patrimonialis, vt vendi, permutari & donari poſſit; quo ſenſu non ad hoc primum membrum, ſed perſonis, ſed ad ſecundum de rebus, pertinet. Sed & conſiderationem perſonæ habet, quia iure perſona eſt non tantum ex iure naturali, quo omnes homines æquales perhibentur *l quod attinet 32. de R. I.* ſed etiam in multis partib. iuris ciuil s, vtique enim contrahit & dominum de peculio obligat *tt de pecul.* quin & dominum ſibi obl ga *§ 1. infr. de fideiuſſ.* hæres inſtituitur & legatum accipit, ita vt ex ipſius perſona legatum quadantenus valeat *l. debitor 82. §. vlt. de leg. 2.* ſerui dicuntur cognati, affines *§ illud 10. Inſt. de nupt. l. 14. §. 2 & 3. de ritu nupt.* quin & contingens *l. poſſeſſionum 11. C. comm. iud.* & cum domino ipſo quadantenus litigare poſſunt, ut dicemus *ad §. 2. infr. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.*

Aut liberi ſunt aut ſerui.] Dicitur hæc ſũma diuiſio, quia eſt prima, & quaſi in tabella, aut charta ſupremo loco poſita, cui aliæ ſubiiciantur. Porro de ſtatu liberis inepta obiectio eſt, qui ſine controuerſia interim ſũt ſerui. Magis colorẽ habet obiectio de adſcriptitiis

ptitiis, qui ſane mixti generis eſſe videntur. Et propter hoc ipſum, dixerit quis eos non excludi, quippe cum, vt Dd. dicere ſolent, ſub ſimplicib. mixta comprehendantur: & confirmatur ex diuiſione actionum in rem & in perſonam §. 1. *inf. de action.* vt tantũ ſint actiones mixtę quæ in rem ſint, & in rem ut in perſonam §. quædam 20. eod. vt ibi dicemus. Fuerunt ſcil. ſub poſterioribus Imp. Conſtantinop. homines ad † officia quædam & miniſteria publica,
4 ſed ea vilia deputati, & quaſi corpus quoddam, qui ea lege propter paupertatem tolerandæ vitæ illi miniſterio ſe mancipabant, vt perpetuo & ipſi & eorũ progenies operis illis aſtringerentur. Fuerunt illi quidem homines liberi, ſed conditionis ſane deterrimæ, (& quæ in non paucis conueniret cum ſeruili) cui ſine principis conſenſu ſpeciali eximi non poterant, & inde conditionales dicti, quales erant gynęciarii, murileguli, metallarii, monetarii, fabricenſes, vt videre eſt in *l. vlt. C. de metallar.* *l.* 1 *t. l.* 1 3 7. 8. 11. 12. 13. *&* 15. *de murilegulis & lib.* 11. *l.* 3 4. *&* 5. *C. de fabricenſ.* fuerunt huiuſmodi etiã tabularii conditionales *l.* 6. *C. de iur. fiſci* (vbi id not. Cuiac. & idem *ad rup. C. de tabular.* 10.) *l. ſcribitur.* 11. *C. qui potior.* &
5 iſti huic conditioni & miniſterio dicebantur adſcripti *l. ben. & vlt. C. de muril.* quoniã proculdubio eorum nomina à præfecto illorum collegiorum recipiebantur & ſcribebantur. Ad eundem modum puto eos, qui pro certa mercede eadem lege colendi agros cum poſteritate operam addicebant, adſcriptitios dictos, qui ſicut illi certo corpori & collegio, ita hi terræ & glebæ adſcripti dicerentur. Et non tantum de his, ſed & de illis quæri poſſit, an non medium conſtituant inter homines liberos & ſervos. Et ſcil. non vnum genus pactionis fuiſſe puto, quo priuatis præſertim operam ſuam ad iſtum modum aliqui pro colendis agris addicebant, adeoque nec omnes vna conditione fuiſſe, quemadmodum ſane textus non vbique eandem eorum faciunt conditionem *in l.* 4. 7. 21. 22. *& vlt. C. de agric. l. vn. C. de Colon Thrac. l.* 2. *C. in quib. cauſ pol.* 2. *C. Theob. ſine cenſu & reliq. N* 123. *c.* 17. *in fi l. nemini* 24. *C. de Epiſ. aud.* In ſumma ita hæc ſub poſterioribus Impp. recepta fuerunt, & fere conditiones iſtæ ſunt ex pactionibus: atquin hic agitur de conditione & ſtatu hominum, quem ex iure gentium aut naturæ habent.

TEXTUS.

1. Et libertas quidẽ, (ex qua etiam liberi vocantur) eſt naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, niſi ſi quid vi aut jure prohibeatur: Servitus autem eſt conſtitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubiicitur.

COMMENTARIUS.

1 *Libertas quid.*
2 *Seruitus an & quomodo contra naturam.*
3 *An aliqua ſervitus naturalis.*

EX *qua liberi vocantur.*] Scil. ex ipſa re quæ deſignatur, non ex verbo ut recte Hott. notat.

Naturalis facultas.] Quomodo à jure naturæ libertas, tit. præced. explicatum eſt. Dicitur id hoc ſenſu, quo *in §. ius autem gentium tit. præc.* ab initio omnes homines liberos natos fuiſſe *iunct. l.* 4. *de iuſt. & iur.* Adeo diſtinctio hominum in liberos & ſervos eſt ex jure gentium *d. l.* 4 *inſi infr. pr. inf. de libert.* cui perinepte objicit Hottom. hic quod quidam à privatis & ſcil. ipſis dominis conſequantur libertatem: Etenim hoc vult Juſtin. *in d. pr. & IC. in d. l.* 4. hoc eſſe jure gentium effectum, ut alii eſſent ſervi, alii liberi; quia hoc ipſum juri gentium convenit, ut ſervi quoque libertate donentur: itaque non opus eſt ut libertatem poſtliminio reſtitutam dicamus; quod inſuper in iis qui ſervi naſcuntur locum non habet.

Quodcunque facere licet.] Libertas, inquit, † *Cice. off.* eſt vivere ut velis. Iſtud vivere, ut velis, limitatur, 1
niſi quid vi aut jure prohibeatur. Senſus certiſſimus eſt, propterea non impediri libertatem quod quis quid lege aut violentia prohibeatur facere, injuſta ſcil. per alium ſibi illata, quam repellere aut per LL. vindicare poteſt; qua in re perſpicue eſt Hotto. lapſus, qui hoc ita accepit, quaſi per vim libertas circumſcriberetur, & quis ob id quod vi prohibetur, tanto minus liber eſſet. Itaque *l.* 4. *in pr. de ſtat. hom.* ex qua hic locus deſumtus eſt, accipit de prima libertate naturali, cui per vim præjudicium inferri poſſit; penitus abſurde & imperite. Neq; rurſus hoc vult IC. in d. l. 4. quaſi per LL. minuatur libertas; neque enim facultatem faciendi quod velis effrenem & vagam intelligit, ſed hominis in civitate viventis, adeoque LL. temperatam, quæ alias non vera libertas, ſed improba eſſet licentia; ex quo illud *Cic. in Cluent.* ideo Legum ſervi ſumus ut liberi eſſe poſſimus; & eleganter *Ariſt.* 5. *Polit.* 9. *in fi.* οὐ γὰρ δεῖ οἴεσθαι δουλείαν εἶναι, τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν, ἀλλὰ σωτηρίαν. Non exiſtimandum eſt, ſervitutem eſſe vivere ſe-

cundum

ſecundum Rempub. (& eius ſeil. LL.) ſed ſalutem. Illa quoque friuola obiectio eſt, quod ſervus videatur vi & iure prohiberi, quo minus faciat, quæ velit. Hotto. id ita removet, quod in definitione intelligatur ius civile, cuius ſervus capax non ſit, ſed omnino expers. Quod paulo ſubineptius, aut longius petitum eſſe videtur. Aperta & ſimplex reſponſio eſt, quod ſervus non Lege non etiam iniuſta violentia, ſed propter ipſam conditionem & ſtatum ſuum, quo dominio alterius ſubiectus eſt, facere quod velit, prohibeatur. Theoph. addit, quod ſervum, quo minus faciat, quod velit, timor domini prohibeat. Illa autem placeat & Fabri explicatio plane vitioſa eſt, qua verbum, *vi* ad modum ſervitutis per captiuitatem, & *iure* ad modos iuris ciuilis referunt, vt ſenſus ſit, liberum eſſe, niſi qui iure gentium aut ciuili ſervus ſit factus; prorſus inepte & abſurde.

Servitus eſt conſtitutio.] Genus metonymicum; eſt enim non conſtitutio, ſed iure gentium conſtituta.

Iuris gentium.] Fruſtra miratur Hottom. hic, quare nulla mentio ſit facta iuris ciuilis, propter §. *ſeq.* Etenim ſervitus iure gentium introducta eſt, citra quod ſi fuiſſet, nulla ſervitus eſſet, modum autem aliquem & cauſam ſpecialem ex qua ſervus quis fiat à iure civili introduci nihil prohibet; ita obligationes, ſucceſſiones, teſtamenta ſunt ex iure gentium, ſed nihilominus modi quidam obligandi & teſtandi ſunt introducti iure civili.

Qua quis dominio alieno.] Rurſus miratur Hottom. cur iſta ſolum dicantur de ſervis, non etiam de filiisfam. qui iure Rom. ſint in dominio parentum. Qualis ſit poteſtas ea & fuerit dicemus *inf. tit.* 9. Sed & hoc quoque, poteſtatem talem patriam non eſſe ex iure gentium, de quo hic agit Iuſtin. Tum etiam conſtat veterem illam poteſtatem in liberos, iam temporibus ICtorum noſtrorum, & maxime temporibus Iuſtin. antiquatum fuiſſe. Diximus ad pr. tit. ſervum conſiderari vt rem & ut perſonam; ſecundum quod & dominium, cuius hic mentio duplicem recipit conſiderationem; alteram, quo ſenſu, fundi, ædes, equi ſunt in dominio; alteram pro imperio aliquo in ſervum conſideratum vt perſonam & vt inſtrumentum adminiſtrandi rē familiarē; quo ſenſu inter dominum & ſervum eſt quædam ſocietas, quæ concurrit ad conſtituendum Oeconomiam, vt diſputat *Ariſtot.* 1. *Polit.* 3 ubi etiam vtramque hanc conſiderationem expreſſiſſe videtur, dum ſervum appellat & κτῆμα rem poſſeſſam, & ὄργανον ἔμψυχον πρακτικὸν. inſtrumentum practicum animatum.

Contra naturam.] Monuimus ſupra libertatem non eſſe à iure naturæ decretiue, ſed quoniam illo iure & ab initio nulla bella, nullæ captiuitates erāt, conſequenter omnes homines liberi erant. Itaque hoc ſenſu contra naturam eſt, quod repugnat conditioni, quam homo initio habuit quaſi ab ipſa natura, quæ omnes liberos produxit, quo ſenſu etiam natura omnes homines æquales eſſe dicuntur *l. quod attinet* 32. *de Reg. Iur.* Accedit huc abuſus hominum & gentium, præcipue Romanorum, qui iure & dominio in ſervos crudeliter vſi & abuſi, vt dicemus infr. *ad tit.* 8. §. 1. & 2. Accedit & tertia ratio à cauſa efficiente huius ſervitutis, quæ prima eſt, captiuitas, & adeo violentia. iniuſtum autem & iniquum videtur, vt ille ſeruiat qui per alterius violentiam oppreſſus eſt, quam quorundam contra hanc ſervitutem diſputationem refert *Ariſt.* 1. *Polit.* 4. Et cum ex eiuſdem ſententia *cap.* 3. iſta ſit ſecundum naturam ſervitus, qua ſtupidi ingenio ſed robuſti corpore, & quaſi ad ſeruiendum producti aliis ſubiiciuntur, & conſequenter ſeruitus erit contra naturam, qua ſæpe optimi, & nobiliſſimi in aliorum deteriorum ſeruitutem rediguntur. Licet enim in illis qui bello ſuperiores fuerunt, videatur eſſe præſtantia quædam præ iis qui devicti ſunt, nam, ut d. cap. 4. ait ariſt. ἔστι ἀεὶ τὸ κρατοῦν ἐν ὑπεροχῇ ἀγαθοῦ τινος. quod vincit, habet exſuperantiam alicujus boni; id tamen plerunque fallit, & non raro præſtantiores ab aliis vel ob multitudinem vel exercitatiorem in rebus bellicis diſciplinam vincuntur; tum rurſus ea ratio nulla eſt, cum capti à præſtantioribus & ſerui facti, à dominis quibusvis vendi poſſint, & amplius nati quoque ex ancillis ſervi ſint. Iſta nimirum jus ſemel quæſitum in captis conſequuntur, & tamen faciunt, ut merito ſervitus iſta juri naturæ vel naturali rationi non ſatis convenire videatur, & proinde recte hoc loco contra naturam eſſe dicatur.

Videndum hic etiam de ea † ſervitute, quam 3
Ariſt. d. cap. ait eſſe ſecundum naturam & à natura. Utitur ille hoc fundamento, quod quidam ſint homines, qui ab aliis tantum diſtent, quantum appetitus ratione, corp' anim', & brutum homine. Cum igitur natura appetitus rationi; corpus animæ, & brutum homini parere debeant, etiam naturæ convenire; ut homines ita comparati aliis ſerviant & ſint ſubjecti, qui tantum rationis ſal-

tem habeant, ut ea ad alterum imperata facienda uti poſſint; ſecundum quod ſcribit *d. lib. 1. cap. ult.* ſervum ὅλως non habere τὸ βουλευτικὸν. *& cap. 5.* etiam inde defendit bellum quoddam eſſe naturale, ad adquirendum illos qui natura ad parendum producti ſunt, quorum etiam ibi ceu beſtiarum ſtatuit & admittit venationem. Sed verendum eſt, ne ita diſputatio Ariſtotelis, lubrica, vana ſit & fallax. Scribit quidem *Athen. libr. 6.* δειπνοσοφ. πολλοὺς ἑαυτῶν οὐ δυναμένους προΐστασθαι, ἐπιδοῦναι ἑαυτοὺς εἰς τὴν τῶν συνετωτέρων ὑπηρεσίαν: multos qui ſibi ipſis præeſſe non poſſunt, tradere ſe in prudentiorum ſubiectionem Sed iſta voluntaria ſubiectio, nec revera hæc ſervitus eſt, quam quærimus. Non eſt autem ob id rationis, ut alios inuitos hoc prætextu nobis ſubiiciamus, & faciamus ſeruos Prætextus, inquam, hic eſt. Neque arbitror eſſe tales homines, qui tantum, ut Ariſtot, ſcribit ab aliis hominibus diſtent; cum natura omnibus rationem dederit, quod præſertim ob defectum culturæ & diſciplinæ ſæpe videantur homines rudiores; ſæpe etiam ob aerem & clima cœli, ſub quo habitant, ut multis oſtendit *Bodin. in meth. hiſt.* quos propterea invadere & ſervituti mancipare naturæ conſentaneum non eſt. Proinde ſervitutem aliquam à natura, quoſdam ad ſerviendum à natura generatos eſſe, falſum eſt. Illos ineptos eſſe apparet, qui explicant Ariſt. de ſervitute qua appetitus ſubjicitur rationi: quæ quidem naturalis eſt, ſed omnino aliam intelligit Ariſt. Ejus plane ſententia hæc eſt, civitatem eſſe quodammodo à natura, & proinde etiam principium ejus, ſocietatem domeſticam, cujus pars eſt herilis & ſervilis; & proinde putat naturam quoque produxiſſe quoſdam, qui tantum adminiſteria domeſtica aliorum obeunda apti ſint, quos ait natura ſervos.

TEXTUS.

Servi autem ex eo appellati ſunt, quod Imperatores captivos vendere ac per hoc ſervare, nec occidere ſolent: qui etiam mancipia dicti ſunt, eo quod ab hoſtibus manu capiantur.

COMMENTARIUS.

HAc ratione defenditur contra iniquitatem ſervitus, hoc colore; quod cũ jure belli captivi occidi poſſent, eos quacunque conditione ſervaſe, humanitatis videatur *h. §. ex l. 4. §. ult. de ſtat. hom. l. pupillus 239. §. 1. de Verb. ſing.* Sed profecto ille tantum color eſt; & hoc ipſum non immerito quæras, an hoc ſit jus victorum, ut occidant omnes victos & captos. Nimirum hoſtem arma etiamnum tenentem ut occidere fas ſit, ita ſe dedentem & cedentem ut occidas, minime ſit fas. Bella geruntur victoriæ cauſa & pacis parandæ, nec ulla neceſſaria eſt cauſa, ut victi occidantur, aut etiam ſervire cogantur. Alludit ad hanc notationem Horat. Vendere cum poſſis captivum occidere noli. Serviet utiliter. & ſequitur iſtam notationem *Iſidor. lib. 8 & orig. c. 4.* Hottomanni ratio commentitia eſt, ſervos appellatos ab aſſervando, quod tamdiu ſoliti fuerint adſervari, dum lytro & pretio ſoluto redimerentur, ſimplicius quis ſervos à ſerviendo deduxerit. *Scalig. conjectan in lib. 5. Varr. de Ling. Lat.* Arceſſit à verbo Græco, Ἐἰρυδο inquit, ſervitudo (ſcil. apud Feſtum) & Æolice Ἐρϝος, addito ſibilo ΣεϝϜος, ut olim ſcribebant, nunc ſervos.

Imperatores;] Non intelligit principes Romanos, ſed duces belli, quos olim milites ita parta de hoſtibus aliqua victoria (ſive conſules ſive prætores eſſent) appellare ſolebant; quæ appellatio poſt decreto Senatus confirmabatur; captivos autem vendi præſupponit victoriam; itaque recte interpretatus eſt Theoph. τῶν πολεμίων ἡγεμόνας, belli duces. Sed & ſimpliciter duces belli, ab imperio, quod ſignificabat jus belli gerendi, & Lege curiata deferebatur, Imperatores dictos, verum eſt, & notat *Sigon lib de antiq. iur. prov. inc. cap. 7.*

Qui etiam mancipia dicti] Manu hic latius uſurpatur; nam expugnata urbe citra manus injectionem omnes ſervi erant, & non raro ſub corona juſſu Imp. venire ſolebant, niſi quibus ſpeciali beneficentia libertas conſervabatur. Quare ſi vera notatio eſt, oportebit hinc res alias id eſſe translatum. ſed fortaſſis verius eſt, ab appellatione generali etiam ſervos ita appellatos. Nam mancipio dare vel accipere dicebatur de omnibus rebus mancipi, quæ per nexum transferebantur, & vero plenoque Quiritum dominio adquirebantur. Ita Varro lib. 5. ſcriptum in Lege mancipiorum, *Vadem ne poſcat, nec dabitur*: & paulo poſt, *mancipium, quod manu capitur*; Neque enim tantum ſervum intelligit, & *libro 6 in fi omne quod per libram & as geritur, in quo ſunt res mancipi.* & huic convenienter *Iſid. 8. orig.* 4. Mancipium, inquit, eſt quidquid manu capi ſubdique poteſt, ut homo, equus, ovis. De rebus mancipi & nec mancipi dicetur *inf. de rer. diviſ.*

TEX-

TEXTUS.

4. Servi aut naſcuntur aut fiunt. Naſcuntur ex ancillis noſtris. Fiunt aut jure gentium, id eſt ex captivitate: aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad precium participandum ſeſe venundari paſſus eſt.

Commentarius.

1 *Venditio ſui ipſius.*
2 *Quid ſi filiusfam. ſit.*
3 *Addictio debitoris.*

N*Aſcuntur.*] Cum ſint in dominio noſtro ancillæ, conſequeos eſt iſtius juris gentium rationi, ut ex iis nata noſtra ſint. Itaque hic non diſtinxit, ſicut in membro altero, quod ſervi fiant, aut jure gentium, aut civili. Nati ex ancillis dicuntur vernæ *l. cum* 10. *C. de rei vind. l. Titius* 36. *d. leg.* 2. Vernæ, inquit Feſtus appellantur, ex ancillis civium Romanorum vere nati, quod tempus anni maxime naturale fœturæ eſt. Vernas apros dixit *Mart.* 1. *Epigr.* 50.

Iure civili.] Modos ſervitutis poteſt introducere jus civile. Unus hic expreſſus. Nimirum quia difficillimum eſt diſcernere hominem liberum à ſervo *l. quia* 5. *de contr. empt.* improbi homines ſimulantes ſe ſervos, pro talibus ab interpoſito venditore ſe diſtrahi patiebantur, & poſt in libertatem proclamabant, quoniam per conventionem privatam nemo nec volens libertatem amittere poteſt *l. nec ſi.* 6. *l. liberos* 10. *C. de liber. cauſa.* (Unde tractant Dd. hic an quis poſſit in perpetuum locare operas ſuas. Reſponſio ſimplex & vera eſt, poſſe, ſed ad faciendum præciſe non teneri, verum intereſſe ſoluendo liberari.) Ad coercendam iſtam improbitatem ita conſtitutum eſt, ut qui fraudandi emptoris (hunc n. oportet ignorare fuiſſe liberum, qui vendebatur) gratia, & turpiſſimi lucri cauſa, (oportet enim venditionem participandi precii cauſa factam eſſe) ſe venundari paſſus eſt, vere ſervus efficeretur, negata facultate proclamandi in libertatem. *l.* 1. & 3. *quib. ad lib. procl. non licet,* niſi aliquando ex cauſa, ſi offeratur reſtitutio precii *l.* 2. *in pr. ſi li. ingen. eſſe dic.* Adeo fruſtra objicitur à Portio hic, quod libertas ſit res inæſtimabilis, & quod homo liber venditus ſit læſus ultra dimidium: quoniam Legis autoritate perinde habetur ac ſi vere ſeruus fuiſſet. Illud tamen ſingulare eſt & paulo durius, quod cum maioribus 20. annis vſque ad 25. annum impletum, ob lubricum conſilii ex cauſa læſionis in re pecuniaria iura dent reſtitutionem. *l.* 1. & *t. 1. de minorib.* tamen in re maximi momenti & libertate beneficium hoc ſaltem viceſimum annum egreſſis, negaverunt.

Illud hic quæritur, ſi filius fam. ſit, qui ſe venundari paſſus eſt, an præiudicetur patri, an hic potius filium ſibi ex iure Quiritium vindicare poſſit, arg. *l.* 1 §. 2. *de rei vindicat.* Accurſ. proponit quæſtionem de patre & conſanguineis, quibus etiam inferri intelligitur iniuria, per *l.* 1. §. *ult. cum l. ſeqq. de lib. cauſ.* Ipſe ſimpliciter ius vindicandi negat; & ego de conſanguineis libenter aſſentiar, qui iudicandi tale ius non habeat, quale pater: nec iniuriam familiæ illatam eſſe ſufficit: cæteroquin iſta diſpoſitio, vt ſeruus eſſet qui ita ſe vendi paſſus eſt, effectuum exiguum haberet. Necquidquam ad rem facit *d. l.* 1. *de lib. cauſ.* quæ loquitur de huiuſmodi conſanguineo ſeruiente, qui poteſt ipſe in libertatem proclamare. Atquin patri competere ius vendicandi, omnino contendo *per d. l.* 1. §. 2. *de rei vind.* quod ius filius ſuo facto patri non poteſt adimere, neque ſe ſubtrahere eius poteſtati non magis quam ſervus; cum æquale, imo & maius in filium pater ius habeat, quam dominus in ſervum, ex priſca Romuli Lege de qua dicemus, tit. 8. non magis etiam quam libertus. Acute hic Cuiac. & breviter, ad verba *homo liber* annotavit, *ingenuus & ſui iuris*: neque enim patroni & patris jus hoc modo interverti debet. Et hanc ſententiam probant quoque Plac. Aug. Fab. & Iaſon in addit. ad Porc. ſed non recte tamen jus revocandi oblato precio etiam præter patrem aliis concedunt; & ad hoc probandum text. in *l.* 1. & *ſeqq. de liber. cauſ.* abutuntur. Bene autem fac *l.* 4. *eo. tit.* quæ patrono hoc jus concedit. Plane filius ſicut ex contractibus, ita & ex delictis obligatur, nec facere hic poteſt jus poteſtatis patriæ, quominus pœna ex publicis LL. irrogetur filio, quæ etiam irrogatur ſervo, ſed hoc nihil facit ad impediendam vindicationem patris in noſtro caſu. Cui & fruſtra objicit Accurſ. *l.* 7. §. 2. *de cap. min.* vel quia in noſtris terminis non ſuccurritur filio per reſtitutionem, ſed jure ſuo eum vindicat pater; vel quia ibi tractatur de reſtitutione actionum, quæ ipſo jure & imo ſubtilitate iuris perierunt. Hæc de primo modo, quo civi jure

Digitized by Google

efficiuntur ſerui, ad quem quæ requirantur *v. apud gl. hic*, oportet plane vt qui venditur conditionis ſuæ ſit gnarus, & qui emit ignarus. Alius erat per addictionem, cum antiquitus ex LL. 12. Tabb. Gell. lib. 20. cap. 1. debitores qui ſolvendo non erant, vincti creditoribus ſuis in ſeruitutem addicerentur; id tamen olim anno V. C. 427. abolitum, ſi fide Liuio, qui *libro* 8. Eo, inquit, anno, velut aliud initium libertatis plebi Romanæ factum eſt, quod necti deſierunt, iuſſi Coſſ. ferre ad populum, ne quis niſi noxam meruiſſet, donec pœnam lueret, in compedibus, aut in neruo teneretur, pecuniæ creditoris, bona debitoris, non corpus obnoxium eſſet; ita nexi ſoluti, cautumque in poſterum ne necterentur. Non tamen fuiſſe illam veram ſeruitutem oſtendit locus, quem ex Quintiliano refert Hotom. hic, & plenius *Sigon. 1 de antiq. iure ciuil. Rom. cap. 6.* nam 1. iſta ſervitus non efficit natalibus, & ſoluto debito recepta libertate manet ingenuus. 2. quia cauſa ſervitutis, eſt debitum, hoc ſoluto fit liber, etiam invito domino creditore. 3. addictus retinet, tribum, prænomen, nomen, cognomẽ; Ut videatur plane debitor addictus medium inter vere ſervum & vere liberum obtinuiſſe. Alia cauſa ſervitutis, eiuſque veræ fuit olim ex SCto Claudiano, ſi mulier libera contra tertiam denunciationem domini ſeſe ſeruo alieno iunxiſſet, de qua *infr. libr. 3. tit. 13. in fi.* Videtur & ciuili iuri adſcribenda ſervitus pœnæ, de qua paſſim iure noſtro & §. 3. *infr. tit. 12. & §. 1. tit. 16.* ſublata tamen à Iuſtinian. *Auth. ſed hodie C.* §. *de donat. int. vir. N. 22. cap.* 8. Item quod ob ingratitudinem liberti in ſervitutem revocantur. *l. 2. 3 & 4. C. de libertis.* Sicut ingrati liberi reuocantur in poteſtatem. *l. vn. C. de ingrat. lib.* de quo tractat *Cuia. c. 10. obſ. 33. & 22. obſ. 6.* & videtur iſtud noviter conſtitutũ, ut ob ingratitudinem liberti poſſent revocari in ſervitutem, nam non potuiſſe olim utique vindicta liberatos, expreſſe ſcribit *Tacitus 13. annal.* Item huc pertinet, quod olim nomen ſuum in cenſu non profeſſi, aut qui ad delictum non reſpondiſſent, vendebantur in ſervitutem. *l. 4. §. gravius 10. de re milit.*

TEXTUS.

5. In ſervorum conditione nulla eſt differentia, in liberis autem multæ: aut enim ſunt ingenui, aut libertini.

COMMENTARIUS.

Neſcio quid hic Acc. ſibi velit, dum quoſdam olim nudo, alios pleno, alios ſemiplene jugo ſervitutis obſtrictos fuiſſe ſcribit; quod refert Mynſ. & fabellã nobis texit, quod illa diſtinctio citro fuerit ſublata, arg. *l. & ſervorum 5 de ſta. hom.* & omnino per *l. vn. C. de nud. iur. Quir. toll.* quin nõ veretur ſcribere, ſicut olim libertorum, juxta tit. 5. ita & triplicem fuiſſe differentiam ſervorum. Quod commentum unde hauſerit, neſcio; hoc autem ſcio eſſe totum iſtud falſiſſimum. Nec dubium eſt temporibus ICtorum noſtrorum differentiam adhuc obtinuiſſe inter jus Quiritarium & bonitarium; atquin Marcianus *in d. l. 5.* nullam differentiam in ſtatu ſervorum agnoſcit. Nec in ſervis tantum, ſed etiam in aliis rebus dominium duplex Quiritarium & bonitarium erat, ſed hoc nullam differentiam in rebus ipſis faciebat. Et nimirum res quæ citra nexum mancipationemque, ceſſionem in jure vel uſucapionem ad aliquem, tradita quoque à domino pervenerat, in bonis tantum ejus eſſe dicebatur; quod de ſervis nominatim tractat *Vlpianus in tit. 1. de libertis. 6. qui tantum* 11. & quam ridiculum ſit exiſtimare, propterea meliori conditione fuiſſe ſervum, & conditionem ejus variaſſe, quod citra modum ex jure Quiritium in alium trãſlatus fuiſſet. Plane non uno olim loco apud dominum erant omnes ſervi, ſed diverſis præfecti muneribus, quæ in triplici diſtinctione fuiſſe arg. §. *pœna* 7. *Inſt. de iniur.* ubi, & in *l. ſed ſi 15. §. 2. de uſufr.* fit etiam mentio dignitatis ſervorum; & ibid. in §. 1. varia conditio ſervorum proponitur. Optimo loco erant actores, qui negotia domini curabant, quo pertinet *l. ult. de off. præt.* Itemque ordinarij, dicti, qui in peculio ſuo habebant vicarios dictos, quibus ipſi imperabant & eorum quaſi domini erãt *l. ſi ſervus 17. in fin. de pecul.* quorum Horat. meminit.

Seu vicarius eſt, qui ſervo paret, uti mos
Veſter ait, ſeu conſervus.

Sed iſta diverſitas tota pendebat à nutu domini & arbitrio, itaque non mutabat conditionem ſervorum, & ut ex iſto loco Horatii apparet, Vicarius revera conſervus, nec minus ordinarius vere ſervus erat. Itaque recte dicitur, nullam in ſervorum ſtatu & conditione eſſe differentiam; hic enim non de officiis ſed ſtatu quæritur. Et rurſus pertinet hoc ad ſervos privatorum, & imo qui non ſunt ſervi pop. Romani, hos enim pro parte teſtamentum facere poſſe (quod liberorum proprium eſt,) ſcribit *Vlp. de teſtam. §. ult.* omnino

enim

enim ſentio cum Cujac. quod ibi pro *ſervus publicus prator. ſue* ſit legendum, *ſervus publicus P. R.* unde natus error.

In liberis autem multa.] Datur enim diviſio in ingenuos & libertos & horum ſubdiviſio, & quod quidam afferunt, ad explicationem *verſ. praced.* in ſervis non intereſt, an nati ita an facti ſint: Intereſt autem in libertis an nati an facti; illi ſiquidem ingenui, hi libertini ſunt; & ita removetur objectio Accurſii, quod duo non poſſunt dici multa; ceterum poſterior iſta explicatio, imperfecta eſt ad § noſtrum, quia hinc pendet tantum differentia libertorum & ingenuorum, ſed non libertinorum inter ſe. Videndum eſt autem, an non & hodie recte dicatur de liberis, nullam in eorum conditione & ſtatu differentiam eſſe; poſtquam Juſtinianus t. ſuſtulit ſubdiviſionem libertorum, & omnes æquo jure fecit cives Romanos s. ſuſtulit etiam diviſionem ... dum libertos ingenuis, ſalvo ſaltem jure patronatus exæquavit. *N. 78. cap.* 1. ubi in univerſum manumiſſis dat jus annulorum aureorum, eoſque natalibus reſtituit, id eſt ingenuorum jus tribuit; ſalvo ut dixi patronatus jure, niſi & hoc remiſſum ſit à patrono *d. N 78. c.* 2. & ita penitus ſublata eſt *L. un. C. ad L. Viſell.* ex qua vel ſola quantumvis inter libertos & ingenuos olim interfuerit, apparet.

AD TITULUM IV. LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE INGENUIS.

TEXTUS.

1 Ingenuus eſt is, qui ſtatim, ut natus eſt, liber eſt: ſive ex duob ingenuis matrimonio editus eſt, ſive ex libertinis duobus, ſive ex altero libertino & altero ingenuo. Sed & ſi quis ex matre naſcitur libera, patre vero ſervo, ingenuus nihilominus naſcitur: quemadmodum qui ex matre libera, & incerto patre natus eſt, quoniam vulgo conceptus eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Ingenuus quis.*

PRima quæſtio ſemper eſſe debet de verbis, licet potior ſit de rebus, ut Plato in Cratylo monet. Notat Hottom. definitionem iſtam ingenui eſſe contra Latinæ linguæ conſuetudinem, & olim ingenuos dictos, qui patrem ciere poſſent, idque ex loco *Livii lib.* 10. confirmat. Sed ut hoc verum ſit, olim ita verbum iſtud acceptum, mutaſſe tamen poſt ſignificationem, & ita, ut hic ſcribit Juſtinianus, ingenuos dictos, non tantū ex Pandectis noſtris perſpicuum eſt *l.* 5. 2. *& l. 6. de ſtat. hom.* ſed etiam iſtum uſum verbi confirmat *Sigonius lib* 1. *de jur. civ. Rom. c.* 6. Itemque firmatur ex eo quod Sueton. ſcribit *in Claudio ca.* 24. Refert ibi Claudium latum clavum tribuiſſe libertini filio, & ut excuſaret factum, allegaſſe, quod Appius Cenſor libertinorum quoque filios in ſenatum allegerit: Sed ſubjicit Sueton. Claudium fuiſſe ignarum, quod temporibus Appii, & deinceps aliquamdiu dicti libertini fuerint, non ipſi qui manumitterentur, ſed ingenui ex his procreati. Quibus verbis ſatis oſtendit, poſtea ita receptum ut ex manumiſſis nati ingenui dicerentur; quamvis, ſed male, autoritate Suetonii Sigon. d. loco aliquando contradicat. Quin æt ate Plauti ita ut hoc loco ingenui videntur accepti, ut argum. eſt locus *in Milite act. 4 ſc.* 1. Ea ingenua an futura facta, id eſt, per vindictam manumiſſa, de quo tit. ſeq. Ergo Hottom. hac in re lapſus eſt. Hodie poſt N. 78. exæquatis libertinis & ingenuis, iſta quæſtio non eſt alicujus momenti, ſed magni fuit ante, ob prærogativas ingenuorum, quas fateri oportet habuiſſe eos, qui juxta hanc Juſtiniani deſcriptionem ſunt ingenui. Et ergo libertorum liberis ingenui tutores & olim dati, nec aliter accipiendus Modeſt. in *L.* 1. *de excuſ.* nec aliter ille ἀπελευθερικὸς ab ἀπελεύθερος ſeparaſſe intelligendus eſt, quam quo illud adjectivum, alterum ſubſtantivum eſt. Illud quidam adnotant, verbum libertini deſignare conditionem & ſtatum, diſtinctum ab ingenuitate, ſed libertum eſſe relativum ad patronum: Atque hic nativitate ingenuus eſt. Alii ſunt qui beneficio principis per conceſſionem aureorum (quia jus hoc olim tantū ingenui habebāt,) annulorum, & plenius per reſtitutionem natalium ingenui efficiuntur. *t. t. de iur. aur. ann. & natalib. reſt.* Hodie utrumque generali lege acceperunt *N.* 78.

Illud liquidum eſt, eum qui juravit ſe ingenuum, vel ingenuus judicatus eſt, ingenuum eſſe *l. 3. §. 2. de iure iur. l. ingenuum 25. de ſtat. hom.*

Matrimonio editus] Verbum *matrimonio* videtur ſuperfluum eſſe: nec enim neceſſe eſt, ex matrimonio editum eſſe, ut ſit ingenuus. Hottom. ideo additum putat, quia poſt ſequitur de natis ex concubitu injuſto, ſed enim poſt tantum tractat, de natis ex ſerva, & ea occaſione adjicit de vulgo conceptis. Et concubinatus jure noſtro permiſſus, ſed utique matrimonium non eſt & recte Theoph. verbum matrimonii reddidit generali verbo *συνοικεσίου*.

Ex matre libera] Hactenus & quo ad ſtatum ut ſciatur an ſit liber an ſervus, partus ventrem ſequitur. Non intereſt an mater ſit libera, an libera eſſe debeat, puta ſi vendita hac lege ut manumittatur, ſi enim moram fecerit emptor libertati, poteſtate cōſtitutionis eripitur in libertatem, & natus ex ea liber eſt. Eſt & caſus ſingularis, ubi propter fideicommiſſum liber naſcitur ex ancilla, quæ ſerva manet *l. cum inter 14. C. de fidei comm. lib.* ubi ex ratione juris manumiſſione opus erat. *add. l. cum quis 53. l. cum vero 26. §. 1. de fid. libert.*

Et hæc dicitur eſſe juris naturæ, ut qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, matrem ſequatur *lib. cum legit. 19. & lib. lex nat. 24. de ſtat. hom. & Vlpian. tit. de his qui in pat. §. connubio. 8.* connubio non interveniente matris conditioni liberi accedunt. Et connubii nimirum legitimi & matrimonii hæc jura ſunt & hi effectus, poteſtas patria, familia & ſacra familiaria. Et hæc vera iſtius rei ratio eſt, pater enim eſt, quem nuptię demonſtrant, *lib. filium 6. de his qui ſunt ſui iuris.* reliqui patrem non habere intelliguntur, quo ad iſtos effectus, vide tamen exceptionem in *§ illud 10. inf. de nupt. in f.* ubi notavi. Communiter Dd. hic poſt Acc. hanc rationē reddunt, favorabilius hoc receptum eſſe favore partus, cui pater non niſi tempore conceptionis inſpecto, mater tribus temporibus poteſt prodeſſe, ut eſt in *ver. ſeq.* Addendum, ſpecialiter eſſe conſtitutum quibuſdam caſibus, ut partus patris conditionem ſequatur. *l. diffinimus 13. in pr. C. d. agric. l. ult. C. de muri leg.* Itemque quod olim ex L. Menſia partus patris conditionem ſequebatur, ubi quis ex peregrino & cive Romana natus erat. *Vlp. tit. 6. de his qui in pot. §. 8.*

Quoniam vulgo conceptus eſt.] Ait Hotto. Hanc rationem eſſe ineptam, nec habere quo referatur; idcoque ipſe legit *id eſt qui*, pro verbo *Quoniam*, ſed fallitur, eſt enim illa ratio ad proxime antecedens, cur & qui ſit, & dicatur ex patre incerto natus, quoniam vulgo conceptus eſt; ob hoc ipſum enim habet incertum patrem, quoniam mater cum pluribus conſuevit, qui autem ex concubina natus, eſt incertum patrem non habet. Et perſpicue inepta ratio eſt Hottom. quod etiam natus ex conjugio habeat incertum patrem. Imo enim præſumptione Juris hic pater eſt certus. Nec audiendus eſt Mynſing. qui pro *quoniam* vult legi, *quamvis*.

TEXTUS.

2. Sufficit autem liberam fuiſſe matrem eo tempore, quo naſcitur, licet ancilla conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui naſcitur liberum naſci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre eſt. Ex his illud quæſitum eſt, ſi ancilla prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla poſtea facta pepererit, liberum an ſervum pariat. Et Martianus probat, liberum naſci: ſufficit enim ei qui in utero eſt, liberam matrem vel medio tempore habuiſſe, ut liber naſcatur, quod & verum eſt.

COMMENTARIUS.

HÆc ſunt tria tempora, quibus conditio matris prodeſt fœtui, ut liber naſcatur, conceptionis, partionis, & intermedium. Si ancilla cōcepit, & libera facta pariat, non dubium fuit liberum naſci; nam ut *Caius lib. 1. Inſt. c. 4. § ult.* ſcribit, qui ex non legitima conjunctione naſcuntur, ſtatum ſumunt eo tempore, quo naſcuntur. Si libera concepit ex conjunctione non legitima, & ſerva facta pariat, ex jam d. ratione, ſervus naſcetur, idque eo loco Cajus reſpondet. Sed Marcianus contra cenſet *l. 5. §. 2. de ſtat. hom.* quod contra rationem ſtrictam favor libertatis extorſit, ut ait *Paulus 2. ſent. 24. de lib. agnoſ.*

Et porro idem favor libertatis ſuaſit, ut ſufficeret medio tempore matrem liberam fuiſſe, idque Martianus *d. l. 5. §. ult. & Paulus d. tit. 24.* reſponderunt. Poſſit & hæc ratio reddi, quod qui in utero eſt, quoties de commodo ejus agitur, pro nato habetur, *l. qui in utero 7. & 26. de ſtat. hom.*

TEXTUS.

3. Cum autem ingenuus aliquis natus ſit,

non

non officit ei in ſervitute fuiſſe, ſæpiſſime enim conſtitutum eſt, natalibus non officere manumiſſionem.

COMMENTARIUS.

IN ſervitute fuiſſe.] Id eſt de facto ſeruiiſſe. Ita in poſſeſſione eſſe differt à *poſſidere*, & qui ex primo decreto mittuntur in poſſeſſionem non poſſident, ſed tantum in poſſeſſione eſſe dicuntur. *t. t. quibus ex cauſ. in poſſ.*

Exemplum ponit Theoph. in eo qui natus ex muliere libera, quæ miniſteriũ præbebat; pro ſeruo educatus & manumiſſus de facto fuit. Poteſt aliis multis modis contingere, ut quis ignoret conditionem ſuam. Ita à prædonibus capti, & pro ſeruis diſtracti, hoc ſenſu tantum in ſeruitute eſſe dicuntur. *v. l. hoſtes 24. iunct. l. Catones 27. de capt. & poſtl. rev.* Itaque poſſunt ſibi aſſerere ingenuitatem quod olim tantum licebat intra quinquennium, *l. 2. §. 1. ſi lib. ing. eſſe dic.* Sed ea præſcriptio ſublata eſt per Iuſtin. *l. ult. C. ubi cauſa ſtat.*

Natalibus.] Conditioni in qua natus eſt, & quæ per falſam ſeruitutem non eſt vitiata; Secus ſi vera fuerit ſeruitus, etiã ex iure ciuili, velut per venditionẽ ſui ipſius, hic enim manumiſſus fit libertinus *l. homo 21. de ſtat. hom. l. cum pacto 40. de lib. cauſ.* ubi per libertatem, intelligitur ingenuitas.

Manumiſſionem.] Scilicet de facto quæ interceſſit Nam cum non fuerit vere ſervus, nec poteſt dici vere manumiſſus. Id ita conſtitutum ſæpe ait hic Iuſtinian. ſcilicet *l. 2. & 6 & paſſim. Cod. de ingen. manum.* Ridiculus eſt hic Myſing. qui natales & ingenuitatem explicat de nobilitate, & nobilitari ait eſſe, natabilibus reſtitui, quaſi vero natura omnes nobiles; aut à natura ſit nobilitas.

AD TITULUM V.

LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE LIBERTINIS

TEXTUS.

1. Libertini ſunt, qui ex juſta ſervitute manumiſſi ſunt: Manumiſſio autem eſt, de manu datio: nam quamdiu aliquis in ſervitute eſt, manui & poteſtati ſuppoſitus eſt, & manumiſſus liberatur à domini poteſtate. Quæ res à jure gentium originem ſumpſit, utpote cum jure naturali omnes liberi naſcerentur, nec eſſet nota manumiſſio, cum ſervitus eſſet incognita. Sed poſtquam jure gentium ſervitus ingenuitatem invaſit, ſecutum eſt beneficium manumiſſionis: & cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera eſſe ceperunt: liberi, & his contrarium, ſervi, & tertium genus libertini, qui deſiderant eſſe ſervi.

COMMENTARIUS.

DE ſignificatione verbi *Libertin.* egimus ad tit. præced. eſſe ſcil. eum qui cum ſervus eſſet, liber factus eſt; & proponitur hic ordinarius modus liberandi, manumiſſio; ſunt enim caſus, quibus ſine manumiſſione ſervi libertatem conſequuntur, veluti cum conſtitutio & Lex propter moram injuſtam domini, qui manumittere debebat libertatem repræſentat, de qua re eſt *tit. Qui ſine manum. ad lib. perven. & tit. Cod. de his qui pro præmio libert. accip.* quibus caſibus aliquando ſalvum manet jus patroni, qui Dominus fuit, aliquando non Sed & qui directam libertatem à Domino teſtamento conſequuntur, ſine manumiſſione ſunt liberi, & utique tamen iſti omnes ſunt libertini, Itaque generalior & rectior eſſet definitio: Libertini ſunt, qui ex juſta ſervitute libertatem ſunt adepti, & ut in fine textus dicitur, qui deſierunt eſſe Servi.

Ex iuſta ſervitute.] Una explicatio Accurſii ridicula eſt, de ſervitute grata & accepta domino. Juſta ſervitus hic eſt ſervitus vera, quæ opponitur putativæ, de qua in *§. ult. tit. præced.* & de verbo *Iuſta* dicemus *infra ad princ. de nupt.*

Manumiſſio eſt de manu datio.] Manus hic ſignificat poteſtatem, ut mox ipſe explicat Juſtin. ita ſpeciali modo contrahendi matrimonii dicebatur uxor convenire in manum viri quia fiebat ipſi loco quaſi filiæfam. & in poteſtate ejus. Ita in *l. 2. de orig. iur. in pr.* manus regia pro poteſtate. Poteſt & videri eo alluſum

Digitized by Google

luſum, quod ſerui dicuntur mancipia, quia manu capta §.3.*ſup. de iur. perſ. in l.4. de inſt. & iur.* additur, quod ſit datio libertatis, quomodo & vulgatæ editiones habent: aliæ, *vt in d. l.4. de manumiſſio, id eſt, datio libertatis.* Argutatur ibi Accurs. quod dominus, nec ſuam, nec alienam libertatem dare poſſit. Et reſpondet, vel quod tantum dicatur detegere libertatem, vel quod aliquando quis dare poſſit, quod ipſe non habeat. Goth. ait, quod Dominus habeat duplicem libertatem, unam propriam, alteram quam habeat in ſervum: quod poſterius ego capere non poſſum, & omnino ineptum eſt. Nimirum libertatis qualitas naturalis eſt homini, quæ videtur ipſi eripi v.c. per captivitatem, per quam jure gentium poteſtati ſubjicitur alienæ quam ſi remittat dominus, qualitas illa naturalis recipit ſuum vigorem. Et recte *Platea* manumiſſionem eſſe ait poſitam in remiſſione dominii, idque ſatis innuit hic ipſe locus, manumiſſionem nihil aliud eſſe, quam liberationem ex poteſtate dominica.

Quæ res à iure gentium.] De hoc & quomodo jure naturali omnes ſint liberi dictum eſt ſupra. Obſervandum autem hic, Juſtinianum diſtinguere jus naturæ & gentium, contra eos, qui unicum tantum jus gentium humanum à Juſtiniano agnoſci falſo ſtatuunt. Neque enim per jus, quo omnes homines liberi naſcuntur; intelligit jus quod hominib. cum brutis eſt commune: quamvis id forte ex eo videri poſſit, quod hic locus eſt ex Ulpiano *in l.4. de inſt. & iur.*

Servitus ingenuitatem invaſit.] In l.4. *de inſt. & iur.* deeſt verbum, *ingenuitatem*, quod etiam non agnoſcit Hotrom. non etiam agnoſcunt editiones vulgatæ, nec Ruſſard. Cui. Cont. &c. & igitur expungendum.

Vno nomine omnes homines.] Utique etiam poſt introductam ſervitutem nomen hominis cõmune eſt & liberis, & ſervis. Sed Juſtiniani ſententia hæc eſt, quod ante hominis nomen ita unicum & cõmune erat, ut nulla in ſtatu eſſet differentia, quæ poſt introducta fuit.

Tria hominum genera.] Utique ſub liberis continentur libertini; Cur igitur hic eos ſeparat? an quia per liberos intelligit ingenuos? an potius ut progreſſum iſtum ſignificaret, quem propoſuit. Nam primo eo initio jure naturæ omnes homines fuerunt *LIBERI*, poſt jure gentium ſecundario introductis bellis, ſecutum eſt ſecundum genus hominum, *SERVI*, & beneficio manumiſſionis, ſecutum eſt tertium *LIBERTINI.*

TEXTVS.

2 Multis autem modis manumiſſio procedit, aut enim ex ſacris conſtitutionibus in ſacroſanctis Eccleſiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per Epiſtolam, aut per teſtamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas ſervo competere poteſt, qui tam ex veteribus, quam ex noſtris conſtitutionibus introducti ſunt. Servi vero à dominis ſemper manumitti ſolent, adeo ut vel in tranſitu manumittantur, veluti cum prætor aut præſes, aut proconſul in balneum, vel in theatrum eunt.

COMMENTARIUS.

1 *Modi manumittendi.*
2 *Libertas iuſta.*
3 *Manumiſſio per vindictam.*
4 *An manumiſſio poſſit fieri per alium.*

MVltis modis.] Imo videtur tantum illis tribus, cenſu, † vindicta, teſtamento. Ita enim *Cicer. in Topicis poſt prin.* argumentum hoc eſſe ait ab enumeratione partium, ſi neq; cenſu, neq; vindicta neque teſtamento liber factus eſt, non eſt liber. Duplex hic reſponſio eſt, 1. quod illi alii modi v.c. per amicos, per Epiſtolam, &c. poſtacceſſerint, eaque forte ratio fuit, ut cum nimis multis modis & privatim quoque libertas daretur, & ita quaſi pollueretur jus civitatis Romanæ, placuerit per legem Juniam Norbanam, ut ita manumiſſi civitatem Romanam ne conſequerentur. 2. quod Cicero loquatur de modis, quibus juſta & perfecta libertas conferebatur: neque enim Latini liberti potuerunt dici vere liberi, qui ſimul animam atque libertatem amittebant, ut de iis ſcribit Juſtinian. in §. *vlt. I. de ſucceſſ. libert.* Innuit hoc *Tacit* 13. ann. apud quem Senator ita loquitur, manumittendi duas ſpecies inſtitutas, ut relinqueretur pœnitentiæ aut novo beneficio locus. Quas vindicta patronus non liberaverit, velut vinculo ſervitutis attineri; ubi vindictæ tantum fit mentio, vel quia iſte modus principalior & frequentior fuit, vel quia tũ cenſus fere agi deſierat ſub principibus; & qui teſtamenta

mento manumiſſi erant, beneficio defuncti id habebant, vt de illis in ſeruitutem reuocandis, (quæ res ibi tractatur,) non eſſet ferè dubitatio. Apertius hanc diſtinctionem duorum modorum generalium diſcimus ex *Seneca de uita beata cap.* 24. Hominibus, inquit, prodeſſe natura iubet, ſerui liberius ſint, ingenui an libertini, iuſtæ libertatis an inter amicos datæ. Itemque ex *Sueton. in Auguſto cap.* 40. Seruos non contentus multis difficultatibus à libertate, multoque pluribus à libertate *IVSTA*
2 remouiſſe. Et igitur duplex fuit † libertas, iuſta & non iuſta: quæ differentiæ vnde fluxerint, ad *§. vlt. h. t.* pluribus dicemus. Apparet ex d. loco Suetonii, hanc differentiam fuiſſe ſub Auguſto, itaque ambigo an probare debeam quod *Ant Aug. de LL.* ſcribi, Legem Iuniam Norbanam, ex qua Latinorum conditio eſt, ſub Tiberio latam fuiſſe; maxime quod conſtat, Tiberium ius omne ſuffragiorum populo ademiſſe. Itaque malim ſuſpicari ſub Auguſto, aut forte etiam ante hanc differentiam introductam; licet & Hottom. hic putet latam quatuor annis poſt mortem Auguſti, & forte nondum ademptis populo ſuffragiis, vt ita quod Auguſtus antea obſeruauerat, certatum Lege fuerit definitum.

In Sacroſanctis Eccleſiis.] Nulla hic mentio manumittendi per cenſum, cum ſervus permiſſu domini luſtro ſolenni (quod ſingulis quinquenniis per Cenſores fiebat) nomen ſuum inter ciues Romanos in cenſu profitebatur; quoniam illis temporibus cenſus ita agi deſierat; in cuius locum ſubrogatus modus manumittendi in Eccleſia, quem videtur introduxiſſe Conſtantinus, cuius ea de re extat duplex conſtitutio *in l. 1. & 2. C. de his qui in Eccleſ. manum. & in l. 2.* ſolemnitates decurſas intelligit, comitiorum & cenſus tum obſoletorum morum, vt hoc explicat Hottom. nam & requiritur, vt fiat hoc ſub aſpectu plebis *d. l.* 2. quæ quaſi veterem populum Rom. repræſentet. Poſſint & intelligi ſolemnitates apud magiſtratum adhiberi ſolitæ, cuius vicem fungatur antiſtes, id eſt, Epiſcopus, quo præſente id fieri vult Conſtantinus. Et hinc apud Caium 1. *Inſtit.* 1 pro cenſu, Eccleſia nominatur; ſeu quia id ad mores illius ſeculi ab aliquo immutatum eſt; vel quia ille non vetus ſed recentior & poſterior Caius fuit, vt exiſtimant *Baro ad tit. infr. quibus modis pot ſoluit. Hottom. ad proœm. Inſtitut. ſup in fin.*

3 *Aut vindicta.*] Hæc manumiſſio fiebat apud † magiſtratum. Dominus caput ſerui, aut aliud membrum tenens, dicebat, (quam ſolemnitatem poſtea deſiiſſe docet *l. manumiſſ.* 23. *de manum. vind.*) Hunc hominem liberum eſſe volo, *Feſtus* in verbo, *manumitti*, & cum dicto eum circumagebat, dans illi ſcil. hoc modo poteſtatem eundi quo vellet. Perſius.

——Quibus vna Quiritem
Vertigo facit.

Et mox.

Verterit hunc dominus, momento turbinis exit
Marcus Dama.——

Tum lictor iuſſu magiſtratus virgulam capiti ſerui manumittendi imponebat, vt ſcribit *Boet. in Topicis Cicer.* quæ eadem dicitur feſtuca, *Plaut. in Milite act. 4 ſc. 1.* Quid, ea ingenua an feſtuca facta, ῥάβδον λευτὸν appellat *Plut. in libr. de ſera numinis vindicta.* Ab illa virgula hūc modū appellatū, alij à ſervo Vindicio qui primus ita manumiſſus, tradunt, manumiſſus nimirum optimo iure, vt ciuis Romanus eſſet, eo quod coniurationem contra Rempub. detexerat. teſte *Liuio lib.* 2 Sed vtraque ratio recte coniungitur; vt ab illo ſeruo & virgula & ipſe modus manumittendi duxerint nomen.

Aut inter amicos.] Commiſcet Iuſtin. modos, quibus iuſta & quibus non iuſta libertas dabatur, quoniam ipſe differentiam ſuſtulit libertinorum, & omnibus ciuitatem Romanā dedit; Ceteroquin ex ratione iuris antiqui id non fieret ſine vitio. Porro ex conſtitutione Iuſtin. *l. vn. §. ſed etſi. 2. de Lat. lib. toll.* requiritur, vt adſint quinque teſtes.

Vel Per Epiſtolam.] In *d. l. vn. §. 1.* requiritur vt Epiſtolæ & ipſe dominus, & quinque teſtes ſubſcribebant. Quærunt Interpp. an manumiſſio † poſſit fieri per procuratorem. Dixi ad Treutler. ad actus voluntariæ Iuriſdictionis, & quæ nomen Legis actionum ſibi quodammodo proprium fecerunt, nec potuiſſe mandari iuriſdictionum, nec interuenire procuratorem. Ita obſeruatur in adoptione *l. neque 24. & l. ſeq. §. 1. de adopt.* Nec aliud in emancipationibus fuit, quamuis Anaſtaſius permiſerit, vt abſentes liberi poſſint emancipari, vt tamen ipſe pater hoc apud magiſtratum conteſtetur. *l. iubemus C. de emancip. liber.* Idem de manumiſſione reſcriptum *in l. pen. C. de manum. vind.* Sed nimirum quæ per vindictam apud magiſtratum fiebat ſolemniter. Ex quo male *Ioh. de plat.* hic refert ad omnes modos manumittendi: certi enim iuris alias eſt, quæ poſſunt per Epiſtolam, eadem recte expediri per procuratorem; Sed vbi ſimplex Epiſto- 4

la ſufficit, cum autem hic requiratur ſubſcriptio domini & quinque teſtium, non poterit ſimplex & ſolus procurator ſufficere: eoque propria hæc ratio impedit, quo minus & iure Iuſtinianeo per procuratorem manumiſſio expediatur. Eademque impedit ne poſſit fieri per nuntium: in quo mihi Angelus & alii hic labi videntur; neque enim argumentum quo utuntur ab Epiſtola ad nuntium, propter rationem dictam procedere poteſt: alias enim & per procuratorem poſſet expediri. Et propriam rationem habet, quod procurator ipſe obligatur, & in ſuam perſonam litem conteſtatur; ceteroquin utique nomine alterius exſequitur mandatum: neque hic de obligatione quærenda agitur; Itaque non recte adfertur hæc diſtinctio inter nuntium & procuratorem. Verum ut ab Epiſtola abeamus, an non poſſit mandare dominus, ut apud amicos quis manumittat ſervum, vix crediderim; & videntur hæc omnia eſſe perſonalia, itaque nec nuntius hic nec procurator habebunt locum. De quo forte amplius cogitandum.

Quamlibet aliam.] Scil. Codicillos. Et ita tamen non manumittuntur, ut loquitur Juſtin. ſed manumitti jubentur, & rogantur. Neque enim directa libertas ex codicillis competere poteſt.

Sed & aliis multis modis.] Inter eos generalis eſt, quo ipſo jure eripitur ſeruus in libertatem, ſi vel contra Legem dictam ancilla proſtituta ſit, vel ſi ita ſervus venierit, ut manumittatur. *tit. C. ſi manc. ita ven. ne proſt. & t. 5. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Alij modi ſunt ſub tit. *C. de his qui propter. lib. & D. qui ſine manum. ad lib* & plures *in d. l. un. §. 3. & ſeqq. C. de Latin lib. toll. l. nemini 24. C. de Epiſ aud. l. iubemus 4. C. de prep. ſacri cubic.*

Semper manumitti ſolent.] Id eſt, omni tempore, non tantum faſtis, ſed etiam nefaſtis & feriatis diebus, quod cum in omnibus actib. voluntariæ juriſdictionis procedat, tum præcipue favore libertatis in manumiſſionibus. Idque per Epiſtolam & inter amicos ita fieri poſſe non poteſt eſſe dubium; ſed etiam apud magiſtratum, id licere docet hic § & *Gaius in l n. u eſt 7. de manum. vind.* Quin & amplius nec neceſſum eſſe ut poſita ſella conſideat magiſtratus, (quod alias fieri moris erat, ubi extra tribunal ius dicendum erat,) oſtendit hic §. *& d. l. 7.* dum ait, etiam in tranſitu poſſe manumitti ſervos, dum procedit magiſtratus adeo ut hoc etiam recte fiat apud magiſtratum, ſi corporis curandi gratia ad balneum, aut voluptatis & ludorum ſpectandorum cauſa ad theatrum eat. Ideo enim hæc exēpla proponuntur, ut omnimodo & ſēper apud magiſtratum manumitti poſſe intelligamus. Apparet autem hoc nō procedere, ubi minor 20. annis manumittit, quoniā L. Ælia Sentia requirit, ut hoc fiat cauſa cognita apud magiſtratum adhibito conſilio, de *quo tit. ſeq. §. Eadem.*

TEXTUS.

3. Libertinorum autem ſtatus tripartitus antea fuerat, nam qui manumittebantur, modo majorem & juſtam libertatem conſequebātur, & fiebant cives Romani: modo minorem, & Latini ex L. Junia Norbana fiebant: modo inferiorem, & fiebant ex Lege Ælia Sentia dedititii, ſed quoniā deditiorum quidem peſſima conditio jam ex multis temporibus in deſuetudinem abierat, Latinorū vero nomen non frequētabatur: ideoq; noſtra pietas omnia augere, & in meliorē ſtatū reducere deſiderans, duab. conſtitutionibus hoc emendavit, & in priſtinum ſtatum reduxit: quia & à primis urbis Romæ cunabulis, una atq; ſimplex libertas competebat, id eſt, eadem quam habebat manumiſſor: niſi quod ſcilicet libertinus ſit, qui manumittitur, licet manumiſſor ingenuus ſit. Et dedititios quidem per noſtram conſtitutionem expulimus, quam promulgavimus inter noſtras deciſiones, per quas ſuggerente nobis Triboniano viro excelſo Quæſtore noſtro, antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, & omnem, quæ circa eos fuerat obſervantiam, alia conſtitutione, per ejuſdem Quæſtoris ſuggeſtionem correximus, quę inter Imperiales radiat ſanctiones. Et omnes libertos, (nullo nec ætatis manumiſſi, nec dominii manumittentis, nec in manumiſſionis modo diſcrimine habito, ſicut jam antea obſervabatur,) civitate Romana decoravimus, multis modis addi-

tis, per

tis, per quos poſſit libertas ſervis cum civitate Romana, quæ ſola eſt in præſenti, præſtari.

COMMENTARIUS.

1 *Origo diſtinctionis.*
2 *Cauſa diverſitatis inter libertinos.*

Illud ante omnia obſervandum, diſtinctionem
1 iſtam natam à † diverſa conditione, qua olim ingenui & ſubditi Romanæ Reip. utebantur: quamvis non omnimodo accommodari poſſit. Tres erant principales gradus initio Imperii. Cives Romani, quorum jus conſequebantur, qui bello victi in civitatem recipiebantur, quod primis temporibus non ſemel factum; proximo jure Latini, vel qui jus Latii habebant, & tertio loco reliqui Italici, poſt latius progreſſis Romanis victoriis, acceſſerunt provinciales, qui deteriori jure uſi, quam Italici; quæ latiſſime perſequitur *Sigon. in comm. de antiq. iure civil. Rom. de antiq. iur. Italic. & de antiq. iure provinci.* Illud deinde addendum, quod qui cum rebellaſſent, vi adacti ſeſe dedere cogebantur, vel qui alias neceſſitate coacti ultro ſe dedebant, ut olim fecere Campani: peſſimo jure ſubditi erant; patet ex formula deditionis apud *Livium libro* 36. Ad hunc modum liberti alio jure optimo, alii peſſimo, quidam medio fuerunt, & hi ſcilicet qui dicebantur Latini, qui licet liberi, tamen jura civium non habebant, inter quæ vel præcipuum erat, jus teſtandi, & ut quis haberet ſucceſſorem; quod quia negatum Latinis libertis, hinc Juſtin. ſæpe ſcribit, eos vixiſſe ut liberos, mortuos, ut ſervos, quod ſcilicet eorum mortuorum bona patroni occupabant, §. *ult. inſt. de ſucceſſ. libert. l. un. in fin. pr. & §. ſed ſcimus* 3. *C. de Lat. lib. toll.* videtur quod etiam hi liberti potuerint facile in ſervitutem revocari, per ea quæ paulo ſuperius diximus ex *Tacito lib.* 13. *annal.* Neque enim habebant jura civium Rom. quæ tamen certis modis adipiſcebantur, quos proponit *Ulpian. li.* 4. *de Latin.* Ait Juſtin. in *l.* 1. *in princ. de Lat. lib. toll.* eos introductos fuiſſe ad ſimilitudinem antiquæ Latinitatis quæ in colonias miſſa eſt. Enimvero Latinos in colonias miſſos, nuſquam, opinor, ſcriptum eſt. Sed colonias quaſdam jus Latii tantum habuiſſe, & ob id Latinas dictas, accepimus, de quibus tractat *Sigon.* 2. *de antiq. iur. Italica. c.* 3. in quo lapſum Tribonianum, mirandum non eſt.

Porrò diſcimus ex Theophilo, à triplici cauſa iſtam differentiam † libertorum, civium Romanorum & Latinorum manaſſe. Nam de Latinis tantum agemus, quod dedititiorum conditio pendebat iārum à qualitate ſervorum nequam, & qui ſe ſcelere aliquo obligaverant, ut docet idem *Theoph. Ulp. tit.* 1. *de libert.* 6. *dedititiorum* 6. *Caius* 1. *Inſtit.* 1. §. 3 Ergo ut cepimus dicere primo an quis civis Romanus an libertus Junianus fieret, pendebat à modis manumittendi, quorum legitimi tres erant, cenſus vindicta, teſtamentum, quorum uno manumiſſum oportebat, ut fieret civis Romanus; ceteroquin Latinus erat 2. à qualitate dominii, nec poterat manumiſſum civem Romanum facere, niſi qui plenum legitimum Quiritarium dominium habebat, ſi tantum in bonis fuiſſet ſervus, fiebat Latinus *Ulp. d. tit.* 2. §. *qui tantum* 12. Tertio ab ætate manumiſſi. Et in genere affirmat Theoph. manumiſſum infr. 30. annos quocunque modo, & licet à domino Quiritario, non potuiſſe fieri civem Romanum. Et ita jus fuiſſe in eo qui minor ann. 30. teſtamento libertatem acceperat, non obſcura ſuperſunt jure noſtro veſtigia *in l. Ariſt.* 46. *de manum. teſtam. l. ſi quis* 13. §. *ult. de ſtatu lib. l. ex parte* 39 §. 2. *fam. erciſc.* Quibus locis proponitur libertas teſtamento data ſervis cum erunt annorum triginta; in manumiſſis vindicta procedebat, ſi ea manumiſſio facta eſſet ſine cauſę cognitione, ut ſcribit *Ulp. tit. de libert.* § 7. De cenſu vix idem admiſerim, quod hic optimus modus erat manumittendi, aut oportuit eum actum fuiſſe nullum.

Ceterum hoc modo Latinus fieri non poterat. Itaque ubi iſta non aderant, erat manumiſſus Latinus, & vix omnimodo liber, quippe qui denuo manumittebatur, ut fieret civis Romanus, ut ſcribit *Caius inſt.* 1. §. *ſed inter* 4. *inf.* idque eſt, quod apud *Tacit lib.* 13 *ann.* extat relinquerent pœnitentię aut novo beneficio locum, loquitur autem de iis, qui non juſtam libertatem conſecuti, adhuc quodam vinculo ſervitutibus attinebantur. Hæc ad locum iſtum replicandum ſufficiunt. Percurramus breviter verba textus.

Iuſtam libertatem.] Cui ut diximus opponitur non juſta, ut & apud *Paulum* 4. *ſentent.* 12.

Iam ex multis temporibus.] Probabile eſt, Imperio in orientem tranſlato & mutata penitus Reipub. adminiſtrandæ forma, ſenſim ita in deſuetudinem abiiſſe.

In meliorem ſtatum reducere.] Dubitare liceat, an ita reducatur res in meliorem ſtatum, ſi etiam qui vi

F 2 ſcele

ſcelerati ſervi civitate Romana donentur, & omnis differentia tollatur. Aliud judicium Auguſto fuit, qui, ut refert *Sueton. cap.* 40. magni exiſtimabat, ſincerum atque ab omni colluvione peregrini & ſervilis ſanguinis incorruptum ſervare populum & civitatem Romanam, & ob id manumittendi modum terminavit, & ſervos multis modis à libertate juſta removit.

Quia & à primis.] Quod de primis urbis Romæ cunabulis hic dicitur accipiendum eſt cum mica ſalis, & eo ſenſu quo Florus totum ſpacium, quo Roma ſub regibus fuit, infantiæ nomine comprehendit, ceteroquin ducentis pene poſt urbem Romam conditam, annis hoc accidiſſe docet *Dionyſ. Halicarn. lib. 4. antiquit. Rom.* ubi refert, Regem v. Servium Tullium manumiſſis communicaſſe jus civium, & factum hoc multis rationibus excuſaſſe, & conatum probare patritiis, qui id ægre ferebant; ut proinde ante Servium Tullium ſecus fuiſſe oporteat. Audit idem autor eam Legem Servii uſque ad ſua tempora (vixit autem Auguſti ætate) fuiſſe ſervatum; quod ſi verum eſt, oportet primum ſub Auguſto, quod ſuadet locus ex Suet. ante citatus, vel non multo poſt, diſtinctionem libertorum receptam fuiſſe; forte quod nimia colluvione improborum hominum, pollueretur civitas; de qua re dicto loco conqueritur Dionyſ. Halicarn.

Et dedititios.] Utraque conſtitutio cujus hic mentio, exſtat ſub propriis tit. *li. 7. Cod.*

Et omnes libertos.] Jus civitatis Romanæ olim non niſi bene meritis dari ſolebat integris ſæpe civitatibus, partim plenum cum ſuffragio, partim minus plenum. Bello Italico Sociali, quod & dictum Marſicum fuit, tandem omnes Italici civitatis Romanæ jus obtinuerunt, quod paulatim etiam quibuſdam provincialibus datum; quam rem fuſiſſime pertractavit *Sigonius in comm. de antiq. jur. Ital.* & præcipue *lib. 3. cap.* 1. & 2. Demum Antoninus omnib. ſubditis & provincialibus adeo omnibus jus civitatis dedit *l. in orbe. 17. de ſtat. hom.* Atque ita exæquati fuerunt hactenus omnes ingenui Juſtinianus exæquavit omnes libertinos, ut & ipſi omnes cives eſſent.

Nullo nec ætatis.] Intenditur digitus ad tres illas cauſas ex quibus quis non poterat fieri civis Romanus. Ætas ſervi manumittendi, manumiſſionis modus, & dominium in manumittente, juxta paulo ante explicata. Et proinde legendum eſt, non *domini* ſed *dominii*, quomodo legitur apud Theophilum, & probat *Ant. Aug. 3. emend.* 7. quamquam eodem ſenſu poteſt retineri recepta lectio; quod ſicut Cuj. explicat, nihil intereſt, etiamſi qui manumiſerit tantum ſit bonitarius, quippe cum ipſe Juſtin. Iſtam dominii differentiam ſuſtulerit *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* Quin & alium ſenſum iſta lectio recipit, ut hinc petatur quarta cauſa ob quam manumiſſus fiebat tantum Latinus, ob qualitatem propriam domini, v. g. ſi mutus & ſurdus ſit, ab hoc enim manumiſſum non conſequi juſtam libertatem ſcriptum reliquit *Paulus 4. ſent.* 12. Illud enim huc non pertinet, quod L. Ælia Sentia cavit de minore 20. annis: hic enim per vindictam cognita cauſa apud conſilium manumittens procul dubio facit civem Romanum; aliter manumittens omnino non faciet liberum.

AD TITULUM VI.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MAnumittere non poſſunt.

TEXTUS.

1. Non tamen cuicunque volenti manumittere licet: nam is qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit: quia Lex AElia Sentia impedit libertatem. Licet autem domino, qui ſolvendo non eſt, in teſtamento ſervum ſuum cum libertate inſtituere hæredem, ut liber fiat, hæreſque ei ſolus & neceſſarius: ſi modo ei nemo alius ex eo teſtaméto hæres exſtiterit; aut quia nemo hæres ſcriptus ſit, aut quia is qui ſcriptus eſt, qualibet ex cauſa hæres ei non exſtiterit. Idque eadem Lege Ælia Sentia proviſum eſt, & recte. Valde enim erat proſpiciendum, ut egentes homines, quibus alius hæres exſtiturus non eſſet, vel ſervum ſuum neceſſariū hære-

Digitized by Google

hæredem haberent, qui ſatisfacturus eſſet creditoribus, aut hoc eo non faciente, creditores hæreditarias res ſervi nomine vendant, ne injuria defunctus adficiatur. Idemque juris eſt, etſi ſine libertate ſervus hæres inſtitutus eſt. Quod noſtra conſtitutio non ſolum in domino, qui ſoluendo non eſt, ſed generaliter conſtituit, nova humanitatis ratione, ut ex ipſa ſcriptura inſtitutionis, etiam libertas ei competere videatur: cum non ſit veroſimile, eum quem hæredem ſibi elegit, ſi prætermiſerit libertatis dationem, ſervum manere voluiſſe, & neminem ſibi hæredem fore.

COMMENTARIUS.

1 *Libertas contra L. Æl. Sent. ipſo iure nulla.*
2 *Neceſſarius hæres quomodo.*

Lex poteſt ex certis cauſis inhibere, ne dominus alienet, & eadem igitur inhibere poterit, ne dominus † manumittat. Quod fecit L. Ælia Sentia, cuius duo capita h. t. proponuntur (plura enim alia fuiſſe facile credibile eſt, & eorum ſex recenſet *A. Aug. de LL. pop. Rom.*) primum eſt, ut ne liceat manumittere in fraudem creditorum. Licet enim libertas favorabilis ſit, tamen qui cum aliquo contraxerunt, decipi non debent. Ea ſententia Legis in pr. h. t. ita proponitur, quod qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agat, & redditur ratio, quod Lex impediat libertatem, actus autem contra Legem prohibentem, eſt nullus *l. non dubium C. de LL.* & ita *Vlp. de libert. tit. 1. §. eadem* 10. quod Lex manumittere in fraudem prohibeat; & *Gaius l. Inſt. §. 5. in fin.* quod talis manumiſſio non valeat, & in *l in fraudem* 27. *qui & à quib. man.* quod ita manumiſſus liber eſſe prohibeatur. Et ratio eſt, quod libertas quæ ſemel competiit, non facile retractatur, arg. §. *ſemel* 6. *infr. h. t.* quia durum ſit & triſte, ſemel liberatum iterum revocari in ſervitutem, itaque contra libertatem à ſe datam minor non reſtituitur *l. ſi ex cauſ.* 9. §. *vlt. cum* 2. *& ſeq. de minorib* ſ*ac. l. ait.* 7. §. *ſed quod* 10. *in pr. eod. tit.* Et hæc uno ore in Impp. hic tradunt, ut mirari liceat, quid in mentem venerit Pacio, in notis marginalibus hoc loco, ubi ſcribit libertatem ipſo jure valere, ſed revocari. Neque contra plures textus & certam rationem debet capiari, & in vitiosũ ſenſum torqueri, quod in *l. 1. C. qui manum. non poſſ.* libertates per L. Æliam Sentiam dicuntur revocari & in *l. 5. §. 2. Qui & à quibus manum.* reſcindi, & in *l. ſi quis* 24. *eod.* retrahi in ſervitutem. Quæ nimirum tùm paulo minus proprie dicuntur, tum eo reſpectu & conſideratione præcipue, quod propter fraudationem creditorum, ſi de ea conſtet, manent ſervi: & hoc ipſa jam citata *l.* 24. oſtendit, ubi ait ICtus, ſi prioris ſervi precium ſufficiat, ſequentem ad libertatem perventurum. Et nimirum ita jus eſt, ut propter intereſſe creditorum ſuſpenſus ſit actus manumiſſionis, non autem omnimodo ſit nullus, quippe cum & eventum & animum fraudandi concurrere neceſſe ſit, ut mox ſequitur h. t. & ſi creditores fraudati non ſint, dominus poteſt retractare libertatem, & dicere eſſe nullam. *l. ſi credit.* 5. *C. de ſerv. pign. dat. manum:* ſicut & alias notant Dd. ſi ob dolum contractus ſit nullus, eum qui dolum admiſit, nullitatem allegare non poſſe, & contractum in ejus præjudicium pro valido haberi *gl. in l. & eleganter in pr. de dolo malo. Ang. in §. ſemel in fi. infr. h. t.* ſed enim hic, ut dixi poteſtate Legis Æliæ Sentiæ interim in ſuſpenſo eſt actus manumiſſionis, & ſiquidem creditores fraudati ſint, nullus eſt & manet, ſin fraudati non ſint, retro jam ſervi manumiſſi liberi fuiſſe intelliguntur. Propterquem effectum & hujus caſus intuitu, ubi fraudati creditores ſũt, libertas dicitur revocari & reſcindi, quæ videlicet, ſi creditores fraudati non eſſent, ſalva maneret. Et fruſtra affertur huc actio revocatoria & reſciſſoria Pauliana ex Edicto, *t. t. C. quæ in fr. cred.* qua alienatio ipſo jure valida revocatur. Etenim ea non ad libertates pertinet, ſed ad alia bona, quoniam non eadem quæ libertatis ratio eſt; tum non eadem edicti prætorii poteſtas eſt; quæ legis & denique lex uſa eſt urbis prohibentibus, non edictum prætoris, ut ex ipſis ejus verbis apparet in *l. 1. in pr. l. ait* 10. *in pr quæ in fraud. cred.*

Lex Ælia Sentia.] De hac lege *A. Auguſt. de LL. pop. Rom.* Fallitur Myns. qui putat eſſe eam cujus meminit *Cicer in Topicis.* ea enim Sanctia eſt, & mirum ſit Ciceronem meminiſſe Legis Sentiæ, quæ demum poſt mortem ejus imperante Auguſto anno Urbis Conditæ 756. lata eſt, quod ipſe magis Mynſ. probare videtur.

Licet autem.] Hottom. & VVeſenb. legunt *tamen*, ſed etiam retenta particula *autem*, tamen

ſatis apparet proponi hic exceptionem *ad pr. tit.* qua manumiſſio valet etiam in fraudem creditorum, ſi adeo detur ei libertas, vt ſit hæres debitoris, & nimirum ſi ſit ſolus; quam exceptionem ab ipſa L. Ælia Sentia adiectam eſſe mox ſcribit Iuſtinianus.

Neceſſarius] Neceſſarius tantum *in pr. infr. de hæred. qualit. & diff.* ad diſtinctionem liberorum in poteſtate, qui ſunt ſui & neceſſarii, ſcilicet iure ciuili. Nam cum hi iure prætorio poſſint abſtinere, vt dicemus d. t. iure iſto ſolus ſervus eſt neceſſarius hæres, cui videlicet poteſtatem abſtinendi prætor non facit.

Sed hic quæritur, in quo neceſſitas iſta poſita ſit; Hottom. & VVeſenb. ita accipiunt, quod cogatur adire hæreditatem. Sed verius eſt ita dici neceſſarium, quod ipſo iure exſiſtat hæres, quoniam dicitur protinus fieri hæres. §. 1. *infr. de hæred. qualit.* & iſtis hæredibus negari facultas abſtinendi. *l. neceſſariis 57. in fin. de ad. hæred.* quod arguit eos iam eſſe hæredes; facit aperte *l. furioſus 63. eod tit.* ex qua furioſus fit neceſſarius hæres domino, cum denique facit, quod ſervus invitus non poteſt cogi adire, per *l. 3. in fin. Cod. de hæred. inſtit.* nec quiſquam ad factum præciſe cogi poteſt. Itaque vt L. Sentia ſcopum ſuum conſequeretur, ita ſtatuendum fuit, vt ipſo iure ſervus eſſet hæres.

Si modo ei nemo alius.] Nota, non eſſe neceſſe, vt ſervus ſit ſolus ſcriptus teſtamento hæres, ſed vt ſit ſolus vbi de aditione quæritur. Itaque ſi vel centum hæredes ſimul cum ſeruo ſcripti deficiant omnes, locum habet L. Sentia & ſervus ſit hæres neceſſarius. Idque etiam in duobus ſervis hæredibus ſcriptis, quorum vnus ante deceſſerat, receptum eſt *l. qui ſolvendo 42. de hær. inſt.* Ceteroquin ſi vterque eo tempore quo de adeunda hæreditate quæritur, ſuperſit, neuter eſt hæres neceſſarius *d. l. 42. cum l. ſeq.* vbi videlicet vterque primo gradu ſcriptus eſt, alias ſecus, *l. qui ſolvendo 60. d. t.* Et amplius oportet nec ex primo nec ex ſecundo gradu ſupereſſe, qui velit eſſe heres, adeo quidem, vt & qui ipſi ſervo ſubſtitutus eſt, præferatur. *l. ſi is qui 57. de inſtit. her.* Vnus tantum eſt caſus ſingularis, quo cum ſeruo herede neceſſario alius concurrit. *l. ei qui 88. de hæred. inſtit.*

Valde enim proſpiciendum erat.] Ratio redditur exceptionis, quam ſane oportet eſſe prægnantem, vt etiam in creditorum fraudem (alias enim exceptio non eſſet) talis manumiſſio & inſtitutio valeat. *l. 1. C. de neceſſ. ſerv. hær. inſt.* & amplius ita valeat, vt ſervus fiat Romanus civis, (neque enim alias heres eſſe poſſet) licet alias Latinus aut dediticiæ conditionis libertus fieri debuiſſet, vt ſcribit Vlpianus *tit. 2. de libertis §. ab eo 9.* Ceteroquin ſi qua Lex alia aut ſanctio impediat libertatem, fuit inſtitutus heres, licet dominus ſoluendo non ſit *l. ſi non 83. de hæred. inſt.* ſicut & rurſum ſi ſervus ſpecialiter pignori nexus ſit *d. l. 1. C. de nec. ſeru. hær. inſt.* quia nec hic manumitti poteſt *l. 1. & 3. C. de ſeru. pign. dat.* Ratio in ſumma eſt, vt parcatur famæ defuncti, & vt hic *inf. §. 1.* dicitur, ne iniuria defunctus afficiatur, vnde deciſio *l. primo 23. Quæ infr. cred.* ibi, *famæ defuncti conſervandæ gratia.* Ita enim obtinebat olim, vt bona eius qui ſoluendo non eſſet, ſiue viuentis ſiue defuncti publice ſub haſta proſcriberentur & diſtraherentur, de quo *infr. lib. 3. tit. 13. de ſucceſſ. ſubl.* quod quam infame habitum fuerit, oratio *Cicer. pro P. Quintio* oſtendit. Hanc infamiam, quæ alias in defunctum expetiiſſet, quaſi vicarius ſubire cogitur ſervus, qui non magis patrimonium quam infamiam conſequi videtur *l. 3. C. Theod. de inoff. teſtam.* pro beneficio libertatis, quæ habetur inæſtimabilis. Ceteroquin nullum onus aut incommodum ſentit, quippe ſpecialiter ei conſultum eſt, vt quæ poſt mortem patroni adquiſiuit, à bonis eius ſeparet, nec in ea ius vllum ſit creditoribus §. 1. *ver. pro hoc infr. de hæred. qual.* & proinde falſum eſt, quod Weſenb. ſcribit, ſervum poſſe conveniri in ſolidum ſi ad pinguiorem fortunam perueniat; & longe alia ratio eſt ipſorum debitorum qui bonis ceſſerunt ex §. *vlt. inf. de actionibus* quo textu ipſe abutitur: ita loquitur Cicero d. loco, tamquam ex iſta re vera infamia ſequeretur debitorem; quod tamen poſtea ſublatum docet *l. debitores 11. C. Ex quib. cauſ. infa. irr. l. vlt. in pr. C. qui. bon. ced. poſſ.* Vtique hoc modo ſugillari famam & debitoris & coniunctorum haud dubium eſt: vnde in *l. paterf. 28. verſ. quod prætor. de bon. auct. iud.* pudori filii parci dicitur, ne eius bona veneant; & *Plin. 2. Epiſt. 4.* monet, filiam vt ſuſcipiat patris hæreditatem, & ita famam pudoremque defuncti, & vel hac de cauſa intereſt defunctorum vt habeant hæredes *l. 6. de interrog. act.*

Et ſi ſine libertate,] In vniverſum ita ius olim fuiſſe videtur, vt ſervus non adſcripta libertate fruſtra inſtitueretur hæres, & ita *Caius inſtit. 3. §. vlt.* Neceſſarii hæredes ſervi qui cum libertate inſtituuntur §. 1. *inf. de hæred. inſtit.* vbi dicemus pluribus. Et itaque conſequenter juxta L. Æliam Sentiam, dominus qui ſoluendo non erat, ſervum libertate de-

iure debet inſtituere. Secundum quod *Vlp. tit 2. de libert. §. ab eo 9.* ſervus ut teſtamento liber eſſe juſſus ſit, requirit. Juſtin. humaniter voluit, ut ſatis eſſet inſtitui ſervum, licet nulla mentio facta ſit libertatis, hoc text. quod ſcil. in genere etiam extra hunc caſum domini qui ſolvendo non eſt, diſpoſuit *l. pen. in pr. C. de neceſſ. hered. inſt. §. 1 inſ. de hered. inſt.* ubi ait hoc jam olim Paulo & Attiliciino placuiſſe: itaque non eſt id novum hactenus, quoniam etiam alii ita ſenſerunt, ſed eſt novum quatenus jam pro jure obtinet, quod olim ex plurium ſententia contra obtinebat, *d. §* 1. atq; ita explicandum eſt, quod hic Juſtin. ait, ſe hoc nova humanitatis ratione conſtituiſſe: nam procul dubio illi quorum *in d. §. 1. de her. inſt.* meminit Juſtin. hac eadem ratione uſi ſunt, quod qui dedit hæreditatem, præſumitur etiam dare voluiſſe libertatem, ſine qua hæres eſſe non poteſt: loquimur enim de ſervo proprio teſtatoris, quem nulli alii fini videri poteſt inſtituiſſe teſtator, quam ut ipſe ſervus eſſet heres: quæ ratio fortius ſtringit in terminis hujus tit. & in caſu quo dominus ſolvendo non eſt, qui utique omnino cenſetur in defectum aliorum voluiſſe ut ſervus omnino eſſet heres, & ut ipſe effugeret infamiam, cujus in *f. §. 1.* mentio eſt: idque eſt quod in *f. §. 2.* dicitur non præſumi teſtatorem voluiſſe, ut nemo ſibi eſſet heres. Hic vulgo Dd. cumulant illa protrita, Qui vult conſequens, vult etiam antecedens: & qui vult aliquid, cenſetur velle omnia ea, ſine quibus ad illud non poteſt perveniri.

TEXTUS.

2 In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore quo manumittit, ſolvendo non eſt, vel qui datis libertatibus deſiturus eſt ſolvendo eſſe. Prævaluiſſe tamen videtur, niſi animum quoque fraudandi manumiſſor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non ſufficiant: ſæpe enim de facultatibus ſuis amplius quam in his eſt ſperant homines. Itaque intelligimus tunc impediri libertatem, cum utroq; modo fraudantur creditores, & conſilio manumittentis, & ipſa re, eoq; bona ejus non ſunt ſuffectura creditoribus.

COMMENTARIUS.

1 *Error Mynſing.*
2 *Error VVeſembecii.*
3 *Conciliatio duorum textuum.*
4 *Ampliatio notabilis.*
5 *Limitatio.*

D*Eſiturus eſt ſolvendo eſſe.*] Quod Lex Ælia Sentia ſimpliciter locuta erat de debitore qui non eſſet ſolvendo, quia cavillationem pati poterat, ita ex mẽte legis acceptum fuit, ut libertates illæ quoque impeditæ cenſerentur, quibus collatis debitor deſiturus ſit ſolvendo eſſe. *h. §. & l. in fraudẽ 10. Qui, & à quib. man.* id eſt non amplius ſolvere poſſe ſolidũ
quod debet. *l. ſolvendo 114. de verb ſign.* Addit Myn- 1
ſing. hic, an † quis ſit ſolvendo nec ne, æſtimari
quoque ex facultatibus fidejuſſoris; ſecundũ quod qui locupletem habet fidejuſſorem, nunquam dicetur dediſſe libertatem in fraudem creditorũ: quod ego falſum eſſe puto, & ex propriis bonis debitoris hoc æſtimandum. Nec tuetur cauſam Mynſingeri *l. ſi plures 27. § præterea de fideiuſſ.* ubi tractatur, an cõfideiuſſor ſit ſolvendo, ad hunc effectum ut in eum actio ſit dividenda, ubi reſpondetur ſcil. ut dividatur actio ſatis eſſe, ſi ſecundi fideiuſſoris facultates adgregatæ faciant, ut ſolvendo primus intelligatur: quod ad noſtram hanc rem male trahitur.

Prævaluiſſe tamen.] Hoc ita receptum favore libertatis: nam ut actioni Paulianæ revocatoriæ locus
ſit, ſufficere videtur eventu creditores fraudari, ut 2
quidem Weſemb. † hic notat: ſed puto eum falli: nam utique conſtat, niſi eventu fraudentur creditores, actioni Paulianæ locum non eſſe, *l. ait prætor 10. §. 1. quæ in fraud. cred.* & illud perpetuum eſt, ut ſit alienatio facta in fraudem: *rubr. & tt. quæ in fraud. cred.* nec dici poteſt fraus cum abeſt malignus animus & propoſitum fallendi: ideoque tractant in hac materia Dd. de variis præſumptionibus & rationibus ex quib. fraus colligatur, ut videre eſt apud Jaſonem in *§. Item ſi quis in fraud. Inſ. de action. n. 46. & ſeqq.* Nec quidquam juvat Weſemb. quod non opus eſt ſcientia & participatione fraudis in poſſeſſore in quem titulo lucrativo res tranſlata eſt, quoniam non de poſſeſſore ſed de debitore alienãte quæritur. Et puto iſtud ſpecialiter hic monitum de libertatibus, quoniam Lex Ælia Sentia ſimpliciter fortaſſis de debitore qui ſolvendo non erat, locuta fuit:

Digitized by Google

cura fuit: ſed id ita acceptum eſt, ut oporteret libertatem animo fraudandi datam fuiſſe. Itaque impeditur libertas, ubi conſilium & eventus concurrit: *d. l. 10. Qui & à quib. l. 1. C. Qui manum. non poſſ.* non impeditur ubi vel conſilium ſolum, & ſi quis putet minoris bona ſua eſſe quam revera ſunt: vel eventus ſolus eſt, ſi quis putet pluris bona ſua eſſe, quod exemplis illuſtrat Theoph. hic. Et itaque creditores qui agunt, oportet probare utrumque concurrere, ubi locus erit præſumptionibus quibus fraus probetur, ut recte *Mynſing. poſt Iaſ. d. loc.* quas ſi multas referunt *Angel. & Iaſon. in addit. ad Chriſt. Porc. & Plat hic:* ſicut & præſumptiones faciunt ad fraudem excludendam, ſi quis ſervis bene meritis dederit libertatem, & juſtam cauſam habuerit exiſtimandi, plus eſſe in bonis; veluti ſi fortuitis caſibus, quos ignoravit dominus, bona fuerint diminuta, quod accidere ſæpe iis, qui in aliis & maxime transmarinis regionibus per alios negotiantur ait ICtus *l. in fraudem* 10. *Qui & à quib manum.* (alias cauſas ex quibus poſſint ignorari vires patrimonii aſſignant *Angel. & Porc. hic.*) ex quo loco apparet, quod hic traditur, non tantum ad actus morientium & libertates teſtamento datas pertinere: Sed etiam ad libertates quas quis dedit inter vivos, ut recte tradit contra Bart. *Iaſon in d. § Item ſi quis infr. in ſ. de action. n.* 48. pro ampliatione ad hunc §. de concurſu conſilii & eventus, notandum eſt, hic inſuper requiri ad impediendam † libertatem, ut utrumque in ejuſ-
3 dem perſona concurrat: ceteroquin ſi quis animo fraudandi debitoris Titii libertatem ſervo dederit, & poſt dimiſſo Titio tum Sempronium creditorem habere ceperit, licet hic eventu fraudetur, libertates ratæ maneut, *l. ſi quis* 15. *Quæ in fraud. cred.* Cui tamen omnino obſtat *l. in fraudem* 25. *Qui & à quib.* & proinde aut ea intelligenda eſt de caſu, quo priores creditores pecunia novorum dimiſſi ſunt *arg. l. ait.* 10. §. 1. *quæ infr. cred.* aut intelligendi ſunt non revera novi creditores, ſed reſpectu aliorum qui dimiſſi ſunt, cum tamen & ipſis jam tempore teſtamenti facti pecunia deberetur: aut hoc erit vitium Pandect. Florent. nam in vulgatis omnibus legitur, non *propter novos creditores*, ſed, *propter alios reſiduos creditores.* Addendum inſuper & hoc ad explicationem hujus loci ſpectari eventum eo tempore, quo creditores agunt aut potius ubi jus agendi habent. Unde reſponſum eſt in *l. ſi mortis* 18. *Qui & à quib.* impediri libertates, ſi hereditas non ſit ſolvendo cum aditur, licet ſolvendo eſſet, cum moretur teſtator: quia jacente hereditate non eſt, cum quo experiantur creditores: intelligendum autem eſt procul dubio in ea ſpecie, animo fraudãdi libertates fuiſſe datas. Denique † addo & hic, eventum, & quod quis non ſit ſolvendo, & bona non ſuffectura creditoribus, æſtimari ex bonis ipſius defuncti 4
debitoris. Ideoque ſi fraus adſit, & bona debitoris non ſint ſolvendo quamvis heres ſit locuples & ſolvendo impediri libertates *l. cum hereditas* 5. *in pr. Qui & à quib.* ubi vitioſe in editionibus Florent. Goth. Ruſſardi & Pariſina, particula Non tamquã ſpuria virgulis circumſcripta eſt: tum per textum in *l. Stichum.* 39. §. 1. *de ſtatu lib.* tum per textum expreſſum in *l. ſi mortis* 18. §. 1 *in f. Qui & à quib.* ubi dicitur, quod hæres locuples non proficiat ad libertatem, & idem in *l. 5. C. de manum. teſt. text. eleg. in l. ſi locuples* 57. *ubi ratio dub. & decid. D. tod.* Cujus rei, quæ dura videtur, hanc rationem eſſe puto, quod lex noluit hoc pendere ex bonis alterius, & ex incerto caſu, an hæres locuples futurus eſſet nec ne.

Supereſt ad hunc locum limitatio. Procedit enim † in libertatibus directe datis: ut fideicommiſ-
ſariæ impediantur ſufficit eventu fraudari credito- 5
res, licet abfuerit animus fraudandi in teſtatore *l. 1.* & apertius *l. ult. C. Qui manum non poſſ.* Et tamen videbatur contra facilius ſuſtineri fideicommiſſarias, *arg. l. ſi autem* 9. *D. de inoff. teſt.* Reſpõdet Chriſtoph. quod teſtamento inofficioſo pronunciato omnia ea ſcripta corruant, ſed fideicommiſſa etiam ab inteſtato præſtari poſſunt. In noſtris terminis, hanc idem reddit rationem differentiæ, ideo facilius ex ſolo eventu fraudis impediri libertatem fideicommiſſariam, quia hic removeatur voluntas teſtatoris ab actu, qui cenſeatur, ita mandaſſe hoc heredi, ſi id fiat ſine præjudicio creditorum: ubi autem directo dat libertatem teſtator, eam ob ipſius domini poteſtatem difficilius revocari, à cujus actu abeſt dolus. Et tamen non dubium eſt, quin teſtator velit fideicommiſſariam libertatem præſtari, & in *d. l. ult. C. Qui man non poſſ.* dicitur, voluntatem teſtatoris nihil prodeſſe: quamvis ſane abſit ab ipſo actu proximo manumiſſionis: itaque cum moriente eo res adhuc integra ſit, & per alium libertas præſtanda, viſum fuit facilius impediri poſſe libertatem: & potuit hic prima origo fideicommiſſorum infirma & fragilis aliquid moviſſe.

TEXTUS.

3. Eadem Lege Ælia Sentia domino viginti [1] annis minori, non aliter manumittere permitti-

Digitized by Google

1 permittitur, quam ſi vindicta apud conſilium, juſta cauſa manumiſſionis adprobata fuerint manumiſſi. Juſtæ autem manumiſsionis cauſæ hæ ſunt: vel uti ſi quis patrem aut matrem, aut filium filiamve, aut fratres ſororesve naturales, aut pædagogum vel nutricem, ut educatorem aut alumnum, alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut ſervum procuratoris habendi gratia, aut matrimonii habendi gratia ancillam, dum tamen intra ſex menſes in uxorem ducatur, niſi juſta cauſa impediat: & ſervus qui procuratoris habendi gratia manumittitur, non minor decem & ſeptem annis manumittatur. Semel autem adprobata cauſa, ſive vera ſit, ſive falſa, non retractatur.

COMMENTARIUS.

1 *Apud quos fiat manumiſſio,*
2 *Alumnus quis.*
3 *De ſervo procuratore minore.*
4 *Explicatio l. 51. de rit. nupt.*
5 *An falſa cauſa noceat libertati.*

HOc eſt alterum caput L. Æliæ Sentiæ, de quo hic & alibi jure noſtro agitur. Ne minor viginti annis manumittat, niſi apud conſilium cauſa cognita & approbata: Lubrica enim eſt hæc ætas & quę facile à ſervis ſibi perſuaderi patiatur: Et intelligimus, nec conſenſu curatoris, ſi quem habeat minor, ſine conſilio libertatem ſeruo dari poſſe.

Vindicta.]Ergo nec teſtamento, nec per cenſum, nec vllo alio modo: quia cognita cauſa opus erat, quæ non niſi à magiſtratu adhibetur.

Apud conſilium.]*l. 1. in pr. de offic. conſ.* Explicat hoc *Vlp. lib. 2. de libert. §. Eade*... 8. In conſilium, inquit, adhibentur, Romæ, quinque Senatores, & quinque equites Romani, in prouincia, viginti recuperatores (qui videlicer alias priuatis cauſis diiudicandis à magiſtratu dari ſolebant) ciues Romani. Theoph. autem hic de temporibus actiuis & hybernis, & po-
2 ſtrema die conuentus, nugatur. Hinc intelligimus† hanc rem non niſi apud magiſtratus ipſos ordinarios tractari potuiſſe: non apud mandatarium iuriſdictionis, quoniam hic conſilii exercendi ius nō habet *l. 2. in pr. de offic. eius.* Ex quo textu imperite colligit & hic ſcribit Baro, conſilium exercere eſſe Imperii meri, quod perſpicue falſum eſt, ſiquidem Imperium merum tantum pertinet ad cauſas criminales. Neque vero quæcunque mandari non poſſunt, aut mandata iuris dictione non transferuntur, omnia ſunt Imperii meri, neque hęc propoſitio, quæ ſunt Imperii meri mandari non poſſe, conuertibilis eſt: ſed ſunt & alia cognitioni & prudentiæ magiſtratuum nominatim commiſſa, quæ non mandantur, vt apparet ex *d. l. 2. §. 1. de offic. eius l. 6. §. tutoris de tutel. l. cum ſi 8. §. ſed nec 28 de tranſact.* & omnino decem illi, fuerunt decem viri qui dicebantur litis iudicandis, de quibus in *§ deinde 29. l. 2. de orig. iur.* qui prætori quaſi ordinario vt iudices aderant in cauſis grauioribus & quos propter dignitatem eorum ſolus prætor non etiam mandatarius cogere & conuocare poterat. *d. l. 2. de offic. eius* qui etiam haud dubie per iudices intelliguntur in *l. 16. de manum. vind. l. 1. C eod.* & vide Ræuard. *lib. pro tribunal. cap. 18.* Sed & non tantum prætorem, ſed etiam conſulem huiuſmodi conſilium habuiſſe docet *l. vn. de offic. conſulis.*

Lege Ælia Sentia.] Videtur hoc tribui SCto in *l. vn. in f. D. de offic. conſ. Cuiac. in Notis* putat, aut SCtum aliquod factum circa Legem Æliam Sentiam, ſi per examine cauſæ: (quod ſuadet *l. 13. in f. de man. vind.* his verbis, *ita enim Senatus cenſuit.* facit eodem *l. matrimonii 21. in f. Qui & à quib. man.* aut ex Notis errorem natum, & legendum, *quæ ex Lege* Probabilius eſt quod Hottom. monet, pro, *ex SCto conſilij* legendum, *ex ſententia conſilij* Quod ſi enim ſubſtituas *ex Lege,* expungendum fuerit amplius, verbum, *conſilij,* quod tum nullius rei fuerit: & non eſt ſolius conſulis vel alterius magiſtratus, examinare cauſam, ſed cum conſilio, & huius potius ſententiã ſequi quam propriam. Itaq; aptiſſime dicitur, conſulem examinare cauſam ex ſententia conſilij.

Quã ſi vindicta &c.]Aſpera & barbara locutio eſt, *minori non aliter manumittere permittitur, quam ſi ſi fuerint manumiſſi:* ſenſus perſpicuus eſt, quem his verbis exprimit Hottom. non aliter manumittere permittitur, quam ſi dicta apud conſilium cauſa adprobata fuerit manumiſſio.

Iuſta autem.] Poteſt ingenuus & qui libertatus eſt habere ſervum patrem, vel qui poſt fact' eſt, veluti per venditionem ſui ipſius, vel qui ſemper fuit & cum libera conſueuit: poteſt & habere matrem ſeruam, quæ conceptionis aut medio tempore fuit libera, juxta *tit. ſup. de ingenuis.* poteſt & habe-

Digitized by Google

re libertos, ſeruos, quos ex propria vel aliena ancilla ſuſcepit. Item fratres ſeruos, quos pater ex ancilla ſuſcepit, vel mater eius antequam libera facta eſſet, edidit. In liberto facilius eadem occurrunt: & poteſt quis per contractus emptionis aut permutationis, aut donationem huiuſmodi perſonas acquiſiſſe: poteſt etiam dominus communis, vnum heredem inſtitutum ceterorum omnium qui ante erant conſerui, dominum efficere.

Veluti ſi quis.] Hæc exempla ſunt, quæ non exhauriunt propoſitionem, Sunt enim & aliæ iuſtæ manumittendi cauſæ, *l. iuſta 9. ad pr. l. etiam 15. in pr. & §. 1. de manum. vind.*

Alumnum alumnamve.] Nonius *Marcellus cap. 4.*
2 ſcribit † conſuetudinem veterem, alumnos dici quos alas, & eos qui aluntur. Secundum priorem ſignificationem commode hic acciperetur, vt iuſta cauſa ſit manumittendi eum eamve, qui domini adhuc infantis aut pueri curæ & educationi adhibiti fuerunt: niſi impediret, quod ſeorſum meminit, nutricis & educatoris. Et poſterior ſignificatio magis propria & frequentior eſt, quo ſenſu apud *Virgil. lib. 11. in fi.* Pallas dicitur alumnus Acetis: & apud *Ouid. lib. 10. metamorph.* anus Myrrham cui alimenta prima dederat, vocat alumnam ſuam. Itaque intelligendus hic erit ſeruus vel ancilla quem vel quã dominus educauit: de eiuſmodi ancilla alumna etiam agitur in *l. ſi quis 26. C. de nupt.* vbi proponitur dominus alumnam ſuam libertate donaſſe & vxorem duxiſſe, quam quaſi filiæ loco habuit. Sed an igitur omnes ex ancillis nati natæve, quos quaſve educat dominus, erunt ipſius alumni, & alumnæ? Id quidem dictum fuerit per abſurdum, vt omnes vernæ ſint alumni. Nec poſſunt alii intelligi, quam quos quis ab alio expoſitos ſuſcepit & aluit, hi enim alentis videntur olim ſerui effecti, quod ſuſtulit *Iuſtin. in l. 3. C. de infant. expoſ.* itaque iſto nouo iure, nõ poteſt hæc amplius eſſe iuſta manumittendi cauſa. Et ego tamen quis affectus aut quæ pietas ſit domini erga talem ſuſceptum, non ſatis video, cum etiã olim id lucri cauſa vt ſeruum haberet, quis feciſſe videri poſſet. Et tamen alia ratio non videtur huius rei explicandæ: aut an forte ponimus libertum manumiſſum velle manumittere eum quem, ipſe cum ſeruus eſſet, educauit: idque ſuadetur *arg. l. alumnos 14. de man. vind.* vbi dicitur, quod magis mulieribus conueniat manumittere alumnos: nec enim mulier libera & domina mammam præbeat infantib. ſeruis: alumnorum etiã mentio eſt in *l. 8. de pig.*

Seruum procuratoris habendi gratia.] Requiritur in eo ætas 17. annorum *h. §.* Nec pugnat *l. ſi collat. Bancus 13. de manu. vind.* propter quem vitioſe Hottom. hunc text. mutauit: quoniam intelligitur *d. l. 13.* dum ne ſit infra 18. annos, & iſtum annum attigerit, completo anno decimo ſeptimo: ita enim in *l. 1. §. 3. de poſtul.* poſtulare poſſe dicitur, qui totum annum 17. impleuit, & conſequenter iam incipit eſſe 18. annorum. Sed an † intelligimus hic procuratorem ad negotia an ad iudicia & lites? Illi obiicitur, quod & ſeruus poteſt eſſe talis Procurator, imo etiam qui eſt infra annum 17. Huic, quod minor 25. annis non videatur eſſe idoneus procurator ad iudicia, vt quidem communiter opinantur Doctores: quibus pleríque Neoterici contradicunt, & inter hos *Cuiac. obſ. 16.* & eam opinionem, quod minor 25 annis poſſit eſſe procurator ad lites, bene hic confirmat Poreius, quam quæſtionẽ hic exſequi non libet, vnum dico, verißimam eſſe ſententiam eorum quos citat *Ioh. de Plat.* poſſe eſſe ipſo iure procuratorem, ſed obſtare ipſi exceptionem, quia multa occurrunt in iudicio ex quibus lædi poteſt procurator, & aliquando cautiones præſtandæ ſunt ex variis cauſis: vt proinde cum minor læſus in integrum reſtitui poſſit, ſatis conſultum non ſit aduerſario, cum minore procuratore litigare: Quod ſi prætor deprehẽdat talẽ eſſe cauſam, ex qua damni ipſe procurator nullum ſenſurus eſt, admittere eum poterit. Et igitur non male acciperetur hic §. de procuratore ad lites: ſed tamen, quidquid etiam Cuiac. & alii contradicant, puto eum Dd. eum etiam recte explicari poſſe de procuratore ad negotia: quippe quæ commodius per hominem liberum explicantur, qui præſertim ſimul in iudicio cauſas agat, quod non raro procurator facere neceſſe habet. Et ſane, vel ideo hæc explicatio probabilior eſt, quod quiſque paterfam. cp. fere habet eo qui negotia eius gerat, non autem quivis etiam habet negotia in iudicio, & negotiorum geſtore perpetuo quis opus habet, non autem procuratore ad iudicia: & nec iuſta cauſa videri poſſit, vt quis propter actionem inſtituendam unam aut alteram ſeruum manumittat: nam vtique ad defendendum minor 25. annis idoneus procurator non eſt.

Ancillam matrimonii cauſa.] Verbum *habendi* hic otioſe repetitur, quin & parum Latine: & Ruſſardus à pluribus manuſcriptis abeſſe teſtatur: & abeſt quoque in *l. ſi collat. 13. verſ. item ſi de manum. vind. l. matrimonii 51 de rit. nupt. l. matrimonii 12. Qui & à quib. man.* abeſt & apud Theophilum. Notant hunc caſum Interp. quo cõſtringitur liberta matrimonii,

contra

contra *l. Titia* 134. *inf. pr. de verb. oblig* quippe qui ita ancillam hac cauſa manumittit, jurare cogitur ſe eam uxorem ducturũ *l. ſi collact.* 13. *in f. de manu. vind.* Sed ſatis eſt initio adeſſe liberam voluntatem, nec debet decipi magiſtrat', qui ex hac cauſa manumitti ancillam permittit. Verum quid eſt, quod in *l. matrimonii* 51. *in pr. de ritu nupt.* dicitur patronum poſſe renuntiare matrimonio? an intelligimus manumiſſam à majore 20 annis, atq; adeo ſine juramẽto? an præſupponimus juſtam cauſam, hæc enim excuſat, ut hic mox ſequitur: veluti ſi Senator fiat, qui ex ratione juris veteris libertam uxorem ducere nõ poteſt. Utiq; præciſe ut ducat cogi non poterit patronus: & quid igitur juris erit, ſi eam non ducat? Perjurus ſane erit, & merebitur forte animadverſionẽ cenſoriam, nec enim apparet remedium aliquod civile, quo cogatur, ſed quid fiat manumiſſæ? Et eam liberam non eſſe ſed ſervam manere reſponſum eſt in *l. matrimonii* 21. §. 1. *Qui & à quib. man.* adeo quidẽ ut, ſi alia uxore ducta, & ea repudiata vel mortua, intra ſextum adhuc menſem eam ducat, libera tamen non ſit *d. l.* 21. & cenſetur ſub hac conditione libertat data, ſi recta ducta fuerit: eoque pertinet *l. minor.* 19. *de manum. vind.* ſi prægnans ancilla ex hac cauſa manumiſſa antequam ducta eſſet, peperit, in pendenti fore, an ſervus an liber ſit partus: quoniam ſi ducta fuit, jam retro libera fuiſſe cenſetur.

Semel autem cauſa adprobata.] Et hic non deſunt, § quæ †ſcrupulum moveant. Et inprimis conſtat ſẽtentiam ex falſis probationibus latam poſſe retractari, *l. 1. C. ſi ex falſ. inſtrum. l. Divus* 33. *de re iudic.* & quod magis huc facere videtur, tutor ſi falſis allegationibus obtinuerit ſententiam abſolutotiã, nihilominus tutelæ obligatus manet *l.* 1. & 2. *C. ſi tut. falſ. alleg.* Video à veteribus Interpp. quibuſdã) nam apud recentiores altum eſt ſilentium) diſtingui inter cauſam falſam & iniuſtam. Et poſſunt iſta ita diſtingui, ut iniuſtum pateat latius, & iniuſta cauſa dicatur, ob quam etiam probatam non debeat admitti manumiſſio: falſa autem, quæ quidem in ſe iuſta ſit, & una ex iis quæ h. §. recenſentur, ſed quæ in facto non ſit vera, ubi per falſas probationes perſuaſus eſt magiſtratus cum conſilio, ſervum v. c. eſſe pædagogum, collactaneum, fratrẽ &c. Sed vix apparet ſufficiens ratio, propter quã ob hanc potius quam ob illam aut vice verſa, debeat retractari ſentẽtia, & amplius quod loco hoc de falſa cauſa, idem dicitur de iniuſta in *l. iuſta* 9. *de manu. vind.* & ibi in genere dicitur in §. 1. qualiscunq; cauſa probata ſit, & recepta libertatem tribuere oportere, &, cauſas probatas revocari non oportere: &, cauſæ probationi contradicendũ, non, cauſa probatam retractandam eſſe. Et videndum, an non hic ſpecialis quædã ſit ratio. Et hanc reddit Angel. quod Lex Ælia Sẽtia ſine aliqua limitatione permiſerit cauſæ cognitionem & probationem magiſtratui cum conſilio: & licet ICti tractaverint de juſtis cauſis, id tamen tãtum exempli cauſa fecerint, non autem ad illas cauſæ cognitionem & magiſtratus poteſtatem reſtrinxerint, ut & docet *l. etiam* 15. § 1. *de manũ. vind.* quod ſecus eſt in cognitione ſuper alienandis prędiis minorum, ubi cauſa alienandi nimirum æs alienum, expreſſa, & ita cognitio prætoris determinata eſt: itaq; ſi ex alia cauſa & falſa ſit facta alienatio, ea nulla eſt *l. magis* 5. §. *ſi as.* 15. *cum* §. *ſeq. de reb. eor. qui ſub tut.* 5
Hinc etiam transactio ſuper alimentis facta ſine cauſę cognitione nulla eſt, quia ſub certa limitatione ea res prætori permiſſa eſt *l. cum hi* 18. §. *ſi prætor* 17. *de tranſactionibus.* Occurrit & iſtud in ſpecie *l.* 1. & 2. *C. ſi tut. ex falſ. alleg.* quod allegatio falſa non debet prodeſſe ipſi alleganti in præjudicium pupilli: hic autem quæritur de Intereſſe ejus qui libertatem accepit, qui ſi nihil admiſit doli, non æquum eſt libertatem retractari: quod etiam ſuadet favor ipſius libertatis & conditio ſtatus, qui mutatus eſt, ex quo minori adverſus libertatem non datur reſtitutio *l. ſi ex cauſa* 9. §. *ult. cum l. ſeq. de minorib.* nec hic eſt decretum ſolum, ſed ipſa & quaſi ſolennis & autoritate rurſus magiſtratus accedit manumiſſio. Et limitat tamen *Angel. hic. n.* 3. hunc §. ſi abſit obreptio & dolus judicis vel partis: apud quem vide plura de cauſis retractandæ ſententiæ, itemque apud Fabrum hic, ex quo Angelus omnia pene ad verbum deſcripſit. Et tamen quod de obreptione dicitur ex *l. cum vero* 26. § *ſubventum* 7. *cum* §. *ſeq. de fideicom. libert.* ad hunc caſum non videtur recte transferri: quoniam ibi falſo allegabatur libertatem fideicommiſſo eſſe relictam, & proinde SCto juxta quod pronuntiavit prætor, locus non fuit, quæ ratio hic ceſſat.

TEXTUS.

4. Cum ergò certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per Legem Æliam Sentiam conſtitutus eſſet, eveniebat, ut qui quatuordecim annos expleverat, licet teſtamentum facere, & in eo heredem ſibi inſtituere, legatave

G 2 relin-

Digitized by Google

relinquere poſſet, tamen ſi adhuc minor eſſet viginti annis, libertatem ſervo dare non poſſet. Quod non erat ferendum: nã cui totorum bonorum ſuorum in teſtamento diſpoſitio data erat, quare non ſimiliter ei quemadmodum alias res, ita & de ſervis ſuis in ultima voluntate diſponere, quemadmodum voluerit, permittimus? ut & libertatem eis poſſit præſtare. Sed cum libertas inæſtimabilis res ſit, & propter hoc ante viceſimum ætatis annũ antiquitas ſervo libertatem dare prohibebat; ideo mediam nos quodammodo viam eligentes, nõ aliter minori viginti annis libertatem teſtamento dare ſervo ſuo concedimus, niſi decimũ & ſeptimum annum impleverit, & decimum octavũ attigerit. Cum enim antiquitas hujuſmodi ætati, & pro aliis poſtulare conceſſerit, cur non etiam ſui judicii ſtabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam ſervis ſuis poſſint pervenire?

Commentarius.

1 *Inſubtilis ratio Triboniani.*
2 *Vitioſa ejuſdem conſequentia.*
3 *Cur decimo ſeptimo anno licuerit poſtulare.*

E *Veniebat.*] Argumentum eſt ab abſurdo, vt qui plus poteſt, & de bonis ſuis diſponere teſtamento, non poſſit teſtamento libertatem vni ſeruuo dare. Sed non defuit autori Legis Sentiæ ratio, quod nimirum à iam teneræ ætatis homine facile poſſunt ſervi eblandiri libertatem, præſertim vltima voluntate: cui rei occurrere voluit Legislator. Et iuxta hanc diſpoſitionem, quæ demum anno decimo ſeptimo permittit manumiſſionem, idem vitium manet, quamuis ſint de numero Legis veteris tres anni detracti.

Quod non erat ferendum.] Lectio ſatis commode ſe habet, & eſt omnium exemplarium: nec adeo quidquam cauſæ eſt, vt eam cum Cuiacio & Hotmanno mutemus, vtrumque illi ad Cod. manuſcriptos prouocent.

Sed cum libertas.] Senſus eſt, licet ratio facere videatur, ut permittendum ſit jus dandi libertatem anno decimo quarto, quo eſt jus teſtandi, tamen iſtud alio vocare, quod res inæſtimabilis eſt libertas. Ceterum more ſuo mutavit poſt ſententiam Juſtinianus & N. 119. *cap.* 2. dedit jus teſtamento dandi libertatem, iis qui jus teſtandi habent: nimirum teſtamento, ut *d. N.* 119. & hoc quoque §. expreſſum. Caſus enim alter quo minor inter vivos vult dare libertatem, cum correctus expreſſe non ſit, manet in diſpoſitione juris communis veteris, ut non ſit utilis manumiſſio niſi minor 20. annis cauſam apud conſilium probaverit: idque ita & Accurſ. cenſet, & ſequuntur Interpp. alii & in terminis ſcriptum reliquit Theoph.

Et non immerito tamen *d. N.* 119. hoc mutavit † Juſtinianus, ſiquidem qua ratione hic movetur, cur requirat 17. annos, ea ſane inepta eſt, & inepte ad iſtam rationem à Weſemb. & aliis adducitur *l. libertas* 106 *de Reg. Jur.* quæ ſignificat non poſſe æſtimari ſtatum, ut quis ex libertate dedatur in ſervitutem: atquin nos quærimus de eo qui jam ſervus eſt, & utique certam habet æſtimationem & pecunia venire aut in alios contractus deduci poteſt: & certam æſtimationem ſervorum ipſe definiit Juſtin. in *l.* 3 *in pr. C. Comm. de legatis.* Et quid ni igitur minor, ut alias res ſuas poteſt in quavis ultima voluntate transferre & procul dubio ſervos ſuos legare, cur non & libertatem dando minuere ſua bona, & minorem hereditatem relinquere poſſit? Neque verum puto, quod Juſtin. addit, hanc fuiſſe cauſam quæ moverit autorem L. Æliæ Sentiæ, ut adimeret minoribus viginti annis jus dandi libertatem. Hottom. ita explicat hanc rationem, quod libertas ejuſmodi res ſit, quę nõ niſi ob graviſſimam cauſam tribui debeat: cujus ipſius quoq; rationem non video, cũ potius favorabiliores debeamus eſſe erga manumiſſiones, per quas homo in naturalem conditionem reſtituitur; ad quod quivis facile moveri debet. Potius hinc defenderem iſtam rationem, quod poteſtas dominica ſit pene res inæſtimabilis, eo ſenſu, quo poteſtas patria inæſtimabilis eſſe perhibetur *l. filiusf.* 114. §. *ſed ſi liberos* 8. *de legat.* 1. quoniam pater omnia per liberos & maxime olim, acquirit, & omnino omnia dominus per ſervum, ut hic præcipue nudum corpus ſervi ſit æſtimandum: licet ego vix crediderim hoc in mente fuiſſe Triboniani cum iſtud ſcriberet.

Mediam nos quodammodo viam] Extremum unũ eſt tempus 20. annorum, quod L. Ælia Sentia requirit: alte-

rũ, alterum extremum eſt, tempus 14. annorum, quo licet teſtari, inter hoc medium eſt tempus 17. annorum quod hic præſcribit Iuſtin. ſed, ut diximus, poſt N. 119. extremum illud alterum 14. annorum probavit. Nimis autem ieiunum eſt quod in addit. ad Porcium obiicit Iaſon. non eſſe hoc medium, quoniam Iuſtinianus requirat, ut impleverit minor decimum ſeptimum annum, & ſequentem attigerit: cùm L. Ælia Sentia ita ſit accepta & explicata, ut ſufficiat attigiſſe ultimum diem anni viceſimi juxta *l. 1. de manumiſſ.* neq; n. intervallum unius diei poteſt impedire, quo minus recte dicatur iſta media via: ut nihil neceſſe ſit, patrocinium hic peti particula *quodam modo*: quæ imo hic potius eſt otioſa: Ceterum, quando dies cœptus & quibus caſibus habeatur pro impleto vid. diſtincte hic explicantem Chriſtoph Porc. *in §. Eadem nũ. 5.* & aliquid Vigil. habet in *§. præterea inſ. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Non eſt alias inſtequens, ut mediam viam vel medietatem ſequantur prudentes, & probêt, velut in controverſia quæ eſt in *§. cum ex aliena 25. infr. de rer. diviſ & in l. antiqui. 3. ſi pars her. pet. & rurſus in l. filio 7. ut legat. ſervand. cauſ.* quamvis aut ego valde fallor, aut non Pauli, ſed Triboniani eſt clauſula in extremo *d. l. 7. ſed melius eſt &c.*

Cum enim antiquitas.] Mynſing. hic monet diſcendum eſſe, quod etiam argumentum procedat à diverſis, ubi eadem eſt ratio in diverſis. Verum tum non revera eſt argumentum à diverſis, hactenus ſcilicet quatenus utrobique eadem ratio eſt.

a Ego vero † ingenue puto agendum & libere philoſophandum, & fatendum, ut ſæpe alibi, dum colorem dare nititur novis ſuis conſtitutionibus, ita hic quoque parum bona ratione uſum eſſe Tribonianum. Revera enim hæc ſunt diverſa & vitioſe ita colligitur. Anno 17. poteſt minor pro alio poſtulare adde etiam, poteſt procurator ad judicia eſſe. Ergo poteſt ſervum ſuum manumittere ſine conſilio & cauſa non cognita: Ita enim ego totum illud jus everterero, quo etiam qui 20 annos egreſſus eſt uſque ad 25. annum nihil rerum ſuarum ſine curatore alienare poteſt. Cautius facit Legiſlator, ſi ſimpliciter ſanciet & diſponat, quam ut in reddenda ratione legis laboret. Lex ad inſtar ſententiæ debet pronuntiare: & ſolet pro parum cauto haberi judex, qui cauſam inſerit ſententiæ, quia hoc ipſo materiam præbet ea oppugnandi, ſed iſta ſũt alterius loci. Recte autem more Hottoma rationem hujus rei cur hac ætate liceat poſtulare, & cur ea moderata habita ſit ad procedendum in publicum, ut eſt in *l. 1. §. 3. de poſtul.* altius † & aliunde arceſſendam eſſe: & hinc nimirum, quod apud Romanos hac ætate ſacris factis in forum deducebantur, & mutabant togam, & tum poſita toga prætexta, ſumebant virilem puram, ita dictam, tum quod alba eſſet, tum quod non haberet purpuram, quam habebat toga puerilis. Decimo ſexto anno id factum ſcribit *Sigon. 3. de judiciis cap.* 18. quem juvat locus *Sueton. in Auguſto cap. 8.* Auguſtus 12. annorum aviam Juliam defunctam pro concione laudavit, quadriennio poſt virili toga ſumpta &c. conſtat & anno decimo ſeptimo cœpiſſe Romanos militare. Verum crediderit quis puberes factos & ita anno 14. mutaſſe togã, motus autoritate Tertull. juris & antiquitatum peritiſſimi, qui in *lib. de veland. virginib.* tempus; inquit, Ethnici obſervant, nam fœminas à XII. annis, maſculos à duobus amplius ad negotia mittunt: facit iſtud *Horat. 1. c. d. 36.*

——— Memor
Actæ non alio rege pueritiæ
Mutatæq; ſimul togæ:

Pubertas enim adveniens finem pueritiæ attuliſſe videtur. Sed hæc forte impertinentia alicui videbuntur, verum non pigebit in tranſcurſu iſta dixiſſe; adde *Sueton. in Nerone cap. 7. Senecam 1. Epiſt. 4. Valer. Maxim. lib 5 c. de pietate in parentes. ubi de Cotta Cicer. libr 9 ad Attic. Ep. 4. 10. & 22.* ubi meminit togæ puræ Ciceroni ſuo dandæ & datæ. Crediderim non in omnibus idem præciſe tempus obſervatum, ſed prout cujusque ætas ferebat, ita aut maturius aut paulo tardius in forum productos fuiſſe, utique tamen non ante pubertatem & decimum quartum ætatis annum.

AD TITULUM VII.
LIBRI PRIMI INſtitutionum,
DE LEGE FUSIA CAninia tollenda.

TEXTUS.

1. Lege Fuſia Caninia certus modus conſtitutus

ſtitutus erat in ſervis teſtamento manumittendis: quam quaſi libertates impedientem, & quodammodo invidam tollēdam eſſe cenſuimus: cum ſatis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere, totam ſuam familiam libertate donare, niſi alia cauſa impediat libertatem: morientibus autem hujuſmodi licentiam adimere.

Commentarius.

1 *Error Hottomanni.*
2 *Argum. à contractibus ad ult. voluntates.*
3 *Familia appellatio.*

SUavis eſt Accurſius, qui ſuſpicatur, hanc Legem hic inuidam appellatam, à cane nomen accepiſſe. Nimirum Caninia fuit inter gentes populi Romani; quam & nominatim recenſet Fulu. Vrſinus & alii. Sententia huius L. refertur ab *Vlpiano tit. 2. de libertis. §. Lex Furia 14. & Caio 1. inſtit. 2. in pr. Paul. Sent. 4. c. ult. in extremo. Hottom. eam latā cribit Ann. V. C.* 752. Furio Camillo & Caninio Gallo Coſſ. A. Auguſt. diligens iſtarum rerum ſcrutator, in Tr. de LL. nullius temporis meminit. Notat Hottom. hic mirum artificium (ita loquitur) iſtius Legis in impedienda libertate, qui cum liceret à 2. uſque ad 10. manumittere partem dimidiam: à 10. uſque ad 30. tertiam, à 30. uſque ad 100. quartam partem, ita factum fuiſſe, ut cum ille qui 10. ſervos haberet, poſſet manumittere quinque, tamen qui 12. haberet, non plus quam quatuor manumittere poſſet. Item cum qui 27. haberet, poſſet manumittere novem tamen qui haberet 32. tantum 8. jure manumitteret. Hæc enim vero non artificium, ſed vitium Legis fuerit, ut qui plures ſervos habet, pauciores manumittere poſſet, quod & rationi & ſcopo Legislatoris repugnat: & ſunt, qui ob hoc reprehendunt Legislationem Juſtiniani in *N.* 18. de quantitate legitimæ pro numero liberorum; quod juxta eam accidat, ut aliquando ex pluribus liberis plus ſinguli habeant, quam pauciores; veluti quinq; liberi in ſemiſſe ſinguli habeant unciam & quintam unciæ partem, cum quatuor liberi in triente ſinguli tantum ſingulas uncias ferant. Sed non ob id reprehendenda eſt Lex ſi præter ejus intentionem aliquando tale quid contingit, verum excuſanda; non autem in hujuſmodi caſibus artificium Legis agnoſci aut laudari poteſt. Sed enim in noſtris terminis aperte labitur Hottom. & cum plane ſocorditer Ulpiani verba inſpexiſſe oportet; nam Lex Caninia vitio illi, quod propoſui diſerte occurrit. Lex Caninia, ait Ulp. à duobus uſque ad 10. dimidiam partem manumittere concedit, à 10. uſque ad 30. tertiam partem, ut tamen adhuc quinque manumittere liceat. Quæ perſpicue iſtud vitium excludunt, & ita hic tertiam partem manumittere tantum permittunt, ut tamen ad minimum quinque liceat manumittere ei qui 10. & amplius ſervos habet. Et adeo falſum eſt, quod ait Hottom. eum qui 12. ſervos habet, tantum poſſe 4. manumittere, idque nominatim expreſſit *Caius.* eum qui ſervos 11. 12. 14. 15. 16. 17. habet poſſe quinque manumittere. Ita porro ait Ulp. à 30. uſque ad 100. manumitti poſſe quartam partem, æque ut decem ex priori numero liberari poſſint, hoc eſt, ut quam minimum decem poſſint liberari, quippe cum tot poſſit liberare qui tantum 30. habet. Itaque rurſus falſum eſt, quod qui 32. ſervos habet, ſolos 8. poſſit liberare. Hæc dicere viſum fuit, tum ut coarguerem errorem Hottom. tum ut explicarem eum locum Ulpiani, quem nec Cujacius attigit. Porro quid ſi quis habeat novem ſervos? Et humanius eſt, quod Hottom. putat, adhuc quinque potuiſſe manumitti; licet fruſtra hoc allegimus humanitatem, cum ſcopus Legis fuerit, impedire libertates; & facit contra Hott. quod Cajus ſupra relatus ſcribit, eum qui 17. ſervos habuit, tantum quinque potuiſſe manumittere, cum tamen qui 18. habebat, poſſet manumittere ſex. Illud dubitare non debet, ſi plures manumiſſi fuiſſent, non omnium, ſed poſterius & ultra numerum ſcriptorum libertatem impeditam fuiſſe *arg. l. qui ſoluendo* 60. *& l. ſi non* 83. *§.* 1. *de hæred. inſt.* ſi appareat ordo: ceteroquin ſi quis in circulo ſcripſerit, & non ſuſe ſervos omnes liberos eſſe juſſerit, nulli libertas competet, ut ſcribit *Gaius* 1. *Inſt.* 2. non præſertim eadem L. Caninia juſſerit libertates nominatim dari ut Ulpianus autor eſt. Addit *Gaius & loco* per L. Caniniam occurſum eſſe fraudibus, ſi quis ægrotus citra teſtamentum tanquam inter vivos plures ſervos liberare voluerit.

Cum ſatis fuerat inhumanum.] Hinc notant valere argumentum à contractibus ad ultimas voluntates. Licet hoc inter vivos; ergo etiam licet in ultima voluntate quod quando procedat & vice verſa aliquid notet. *Mynſ. v. & Euerhard. in locis legal. lib. & Ioh. Fab. hic.* Sed enim fient quædam recte ſiūt in ultima voluntate, quæ non licet inter vivos,

veluti,

Digitized by Google

veluti, de quo *in §. ult. tit. preced.* ita quoque non ſequitur omnia recte fieri teſtamento, quę fiunt recte per contractum vel actum qui dicitur inter vivos. Et hic nominatim ſpecialitatis illa ratio eſt, quod homines ſæpe minus ſibi conſtent qui ſunt vicini morti & teſtamento, eo facilius etiam ſibi perſuaderi & blanditiis ſe vinci patiuntur: tum vero cum non amplius ſciunt ſe poſſe uti rebus ſuis, longe ſunt liberaliores & forte an prodigi, ad ea vel donanda vel alias facienda, quę ſani & valentes non facerent. Accedit, quòd multi varæ iactantiæ gratia ut plures eſſent, qui funus pileati proſequerentur (hoc enim faciebant, qui libertatem teſtamento conſecuti ſunt, *fac. l. un. §. Ped. & qui 5. C. de Lat. l. boll.*) libertates dabant & quidem indiſcriminatim, etiam minime meritis & indignis libertate hominibus. In quam rem inſignis eſt locus apud *Dionyſ. Halic. lib. 4 ant. Rom. pag.* (*edit. Sylburg.* 228. ait quoſdam conſequi libertatem per dominorum κουφότητα καὶ κενὴν δοξοκοπίαν; & mox ſubjicit, ſe noviſſe, qui omnibus ſervis ſuis conceſſerint libertatem poſt mortem, ut mortui appellarentur boni & multi pileati, funus proſequerentur: & mox, in pompa ejuſmodi pileatorum fuiſſe nuper ex carcere dimiſſos, ſceleratos, & διαπεπραγμένους ἄξια μυρίων θανάτων. Et igitur fortaſſis juſtior cauſa iſtius Legis rogandæ quam abrogandæ fuit: cum alias quoque Lex ſolebat inhibere id, in quod homines ſunt faciliores. Ita enim SCtum Vellejanum inhibuit interceſſionem non donationẽ *l. 4. ad ſe Velleian.* Lex Julia alienari fundum dotalem conſenſu mulieris permiſit, oppignorari vetuit, *L. in pr. quib. alien. lic.* Ipſe Juſtin. interceſſionem omnem uxoris pro marito ex eadem cauſa irritam eſſe voluit *Auth. ſi qua mulier C. ad ſe Velleian.* Eadem cauſa eſt interdictarum decurionibus venditionum non donationũ juxta *l. 1. & ult. C. de præd. decur.* Hæc ita pro Lege Juria Caninia diſputari poſſunt: Addit aliam rationem Baro. hic, quod teſtator non tam ex benignitate quam odio hæredis manumittere intelligitur; quod non ſatis capio: æque enim eriperentur ſervi heredi, ſi eos teſtator legaret, quod vetitũ non eſt. Conveniunt autem Juſtin. hic. Ulp. Gaius & Paulus, iſtam Legem modum impoſuiſſe libertatibus quæ teſtamento dantur; poſſit tamen ſcrupulum facere, quod *Vopiſcus* de Tacito ſcribit, ſervos urbanos omnes manumiſit utriuſque ſexus, intra centum tamen, ne Caniniam tranſire videretur. Neque vero ibi Tacitus Imp. teſtamentum condidiſſe, ſed ſanus voleuſque de bonis ſuis jam Imp. factus tractaſſe proponitur; An tamen ille præ modeſtia Caniniæ modum licet extra teſtamentum manumittens obſervare voluit?

Totam ſuã familiam.] Tres ſocietates, ut 5. docet *l. Polit. Ariſt* conſtituunt familiam, inter dominum & ſervum, uxorem & maritum, patrem & liberos. Itaque & ſervi & uxor & liberi hoc ſenſu ſunt in familia. Hinc paterfamilias dictus qui quaſi caput & princeps eſt familiæ & domus, quæ facit œconomiam communionem ſive œconomiam. Ceterum omnes illas partes concurrere ſimul neceſſe non eſt, ex quo in jure noſtro etiam pupillus qui nec uxorem nec liberos habere poteſt, paterfã. dicitur. Juris enim ſui quẽ eſſe ſufficit *l. pronuntiatio 195. ꝟ. Jure proprio de verb. ſign.* Proprio ſignificatu dicebantur apud Romanos familię plures unius gentis, velut i gens erat Cornelia; familiæ ejus cognominib. diſtinguebantur, Cornelii Scipiones, Cornelii Lentuli. Ita gens Fulvia habuit Fulvios Nobiliores Fulvios Centimalos. Diverſo plane ſenſu familia ſignificat hereditatem *tit. famil. erciſc. d. l. 195 in pr. de V. S.* Per ſynecdochen familia dicuntur ſervi unius domini, ut hoc loco, & in *tit D. ſi famil. furt. fec. dic. l. ſi familia 9. de iuriſdict. l. illud 32. in pr. ad L. Aquil. d. l. 195. verſ. ſervitutium* quo ſenſu familia in urbanam & ruſticam dividitur *l. Vrbana 166. de verb. ſign.* Sũt qui ſervos putant dictam familiam a famulando: non recte ut puto. Alii ita dictos quaſi familiares ad leniendam invidiam dominii in ſervos: ad quod adducunt locum è *Senec. in Epiſt. 47.* Ne illud quidem videtis, quam omnem invidiam majores noſtri dominis, omnem contumeliam ſervis detraxerunt: dominum patrem familiæ appellarunt: ſervos familiares. Ego magis puto Senecam id ſcripſiſſe, ut cauſæ ſuæ ſerviret quam ibi agit: neque enim verum eſt, quod paterfamiliæ tantum reſpectu ſervorum dicatur. Poſtquam plane receptum fuit, ut familia ſervorum diceretur, potuit inde in uſum veniſſe, ut ſervi dicerentur familiares; ut apud *Plaut. Amphit. Act 1 ſc. 1.* ubi de ſe, *adveniſſe familiares dicito.* Eadem tamen quæ Seneca habeat & *Macrob. 1. Saturn. 11.* Dicitur autem familia, totum corpus ſervorum; quo ſenſu alibi Cicero vocat *familias gladiatorum.*

Niſi alia cauſa impediat.] Duas in præced. propoſuit; alteram de domino qui ſolvendo nõ eſt, alterã de minore 20. annis. & hoc Theoph. notat.

Morientibus.] Fruſtra hic Accurſ. Chriſtoph. & alii argutantur in hoc verbo, fruſtra etiam huc affertur, quod moriens adhuc vivere dicatur, & quod momentum mortis vitæ computatur: de quo dicemus

Digitized by Google

dicemus in §. *poſt mortem* 35. *infr. de legat.* & *in* 3. *poſt mortem* 12. *infr. de inutil. ſtip.* neque vero qui animam agit & iam moritur, licet etiamnum viuere dicatur, teſtamentum facere, & legata libertatesque dare poteſt: ſed vſurpatur iſtud verbum hic latius, & intelligit Iuſt. n. libertates vltima voluntate datas, quæ demum domino moriente imo ſum mortuo ſunt valituræ, & opponuntur libertatibus quæ dantur inter viuos & protinus viuente adhuc domino valent.

AD TITULUM VIII. LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE HIS QUI SUI VEL ALIENI *juris ſunt.*

TEXTUS.

1. Sequitur de jure perſonarum alia diviſio. Nam quædam perſonæ ſui juris ſunt, quędam alieno iuri ſubiectæ. Rurſus earum quæ alieno iuri ſubiectæ ſunt, aliæ ſunt in poteſtate parentum, aliæ in poteſtate dominorum: Videamus itaque de his, quæ alieno iure ſubiectæ ſunt: nam ſi cognoverimus quæ iſtæ perſonæ ſunt, ſimul intelligemus quæ ſui iuris ſunt. Ac prius diſpiciamus de his, quæ in poteſtate dominorum ſunt.

COMMENTARIUS.

A*Lia diviſio*] Hæc quidem diviſio ita propoſita facit, ut non recte videatur ſumma diviſio appellata fuiſſe tit. 3. ea qua omnes homines deducũtur in liberos & ſervos. Etenim cum non niſi una diviſio ſumma eſſe poſſit, quæ talis eſt illius membris omnes poſſe ſubdiviſiones ſubjectas eſſe oportet. Prorſus ſi illa eſt ſumma, hæc erit ſubdiviſio; atqui ſubdiviſio eſſe non poteſt, quoniam alterutri membro diviſionis quæ eſt tit. 3. ſubjici & aptari non poteſt. Enimvero hæc potius vt ſumma ponenda, & illa huic ſubiicienda videtur. Ita enim dicemus quod omnes homines vel ſint ſui iuris vel alieni; & hi vel in poteſtate dominorum vel parentũ. Quod ſi hic ſubdiviſionem tradere voluiſſet Tribon. tantum liberos homines ita diſtinguere debuiſſet, excluſis ſervis, quod ipſum tamen non ſatis accurate factum fuiſſet, cum ſervos non ſui, ſed alieni juris eſſe conſtet.

Rurſus earum.] Videri poſſint hæc duo membra & duæ ſpecies, filiorumfam. & ſervorum non recte ſubjici uni communi generi. Earum qui ſunt alieni juris aut utique genus iſtud eſſe non ſynonymum; ſed æquivocum, & ex eorum numero, quæ Logici vocant ***, quæ ſpeciebus ſubjectis non æqualiter ſe communicant. Et ita ſane eſt, ſi poſteriora tempora & maxime ſeculum Juſtiniani, & quod paulo anteceſſit, conſideres. Verum ſi hoc exigas ad veteris juris rationem, & ad eam poteſtatem quam patres ex L. Romuli, imo adhuc ex LL. 12. Tabb. in liberos habent, genus iſtud recte diceetur ſynonymum, per ea quæ mox tit. ſeq. dicemus.

Nam ſi cognoverimus] Ad eundem modum ICtus in *l. qui accuſare.* 8. *de accuſat* & *in l.* 1. § *Stipulationum* 3. *de prætor. ſtipul.* Hinc autem Dd. confirmant, contrariorum eandem eſſe diſciplinam, & uno contrariorum cognito, alterum quoque cognoſci. Mihi ad hujuſmodi propoſitiones confirmandas inepte videntur adduci teſtimonia ex jure: Sunt enim iſta probanda ex propriis principiis, quæ ex illis diſciplinis petuntur, in quibus hæc tractantur & traduntur. Itaque niſi hæc propoſitio de contrariis in ſe vera eſſet & apud Logicos, autoritas Juſtiniani nec hili aut pili eſſet, ſunt enim hæc extra poteſtatem Legiſlatoris. Et tamen Juſtin. hoc tantum ait, ſi ſciamus quę perſonæ ſunt juris alieni, nec intellecturos quę ſunt ſui juris, non accurate, ut ſingularum ſpecierum protinus naturam intelligamus, ſed in genere ſciamus hoc, quod reliquæ omnes perſonæ ſint juris ſui. Ubi enim diviſio habet oppoſita membra, quæ exhauriunt genus diviſum, neceſſe eſt vt explicata vna ſpecie, cætera quæ ſub genere comprehenſa de illa ſpecie non ſunt, ad alteram ſpeciem pertineant. Ita cum dividatur animal in irrationale & rationale, vbi cognouero quid ſit homo & ſcilicet animal rationale, cætera omnia animalia præter hominem irrationalia eſſe intelligo; & hoc ſaltem ſcio, neque enim propterea ſingulo-

ſingulorum animalium brutorum naturas cognoſco, prorſus hoc tantum verum eſt, quod unum oppoſitum juvat alterius cognitionem in eo quatenus oppoſitum eſt. Notandum autem, hic quoque ſervis tribui appellationem perſonæ.

TEXTUS.

2. In poteſtate itaque dominorum ſunt ſervi, quæ quidem poteſtas juris gentium eſt: nam apud omnes peræq; gentes animadvertere poſſumus, dominis in ſervos vitæ neciſq; poteſtatem fuiſſe, & quodcunque per ſervum adquiritur, in domino adquiri.

COMMENTARIUS.

1 *Qui ius habeant ſervitutis in captos.*
2 *Inter Chriſtianos an ſervi.*
3 *Mitius tractandi ſervi.*
4 *Crudelitas Romanorum in ſervos.*

NOtat *Weſenb ad fin. pr h. t.* ideo prius agi de poteſtate dominica, quia hæc ſit ſumma & antiquiſſima. Verum non propterea qui ſumma eſt & maxima & graviſſima, priori loco de ea tractari debere infertur: ceteroquin in politicis prius de tyrannide tractandum eſſet; tum etiam, ex LL. priſcis Romanis poteſtatem parentum ſummam potius eſſe ad *tit. ſ-q.* dicemus: & ibid hoc quoq; oſtendemus falſum eſſe, quod poteſtas dominica patria ſit antiquior.

Poteſtas iuris gentium.] De hoc & ex quo jure ſint bella & ſervitutes, ſatis egimus tit. 2. & 3. ſupra.

Apud omnes gentes peraque.] Satis fuerit apud pleraſque gentes id ita receptum, ut hoc ex jure gentium eſſe defendatur. Parthos ſervos habuiſſe teſtis eſt Juſtinus libr. 41. & de Germanis Tacitus d. moribus German. & de utriſque ICtus *in l. hoſtes 24. in fin. de capt. & poſtlim.* de Aſſyriis, Syris, Arabibus *Xenophon. lib. 4. παιδείας.* & apud eundem elegans & generalis locus *lib. 7. παιδείας*, ubi Cyrus major inducitur ita loquens, quod ſi lex perpetua νόμος ἀΐδιος in omnibus hominibus, ut ſi hoſtium urbs capta ſit, capientium ſint & corpora eorum qui ſunt in urbe & pecuniæ: & apud *Plat. 1. de LL. πάντα τὰ τῶν νικωμένων ἀγαθὰ, τῶν νικώντων γίγνεται.* Omnia devictorum bona ſunt vincentium, *Plato cenſet lib 5. de republ.* captos in bellis, quæ Græci invicem gerunt, † in ſervitutem deducendos non eſſe; 1 Sed quâ movetur, ratio, magis hoc Juſtiniani effatum confirmat, quod videlicet omnes Græci quadam inter ſe propinquitate juncti ſint, adeoque non bella eorum, ſed ſeditiones inteſtinas appellandas. Eadem ratio eſt, ex qua autore *Nicephoro Gregora libr 4.* in bellis, quæ inter ſe tum temporis gerebant Græci, (quos ipſe Romanos appellat) Illyrii, Theſſali, Triballi, Bulgari, captis ſpolia tantum ablata, in ſervitutem autem abducti non fuerint: quoniam omnes tum erant Chriſtiani. Idque convenienter Legi Dei, qui prohibuit vera ſervitute opprimi aliquem ex gente Iſraelitarum, *Levit.* 25. Hinc cum Flaviani milites bello civili Vitellii exercitu profligato Cremonam cepiſſent & diripuiſſent, captivoſq; plurimos abduxiſſent, irritam, inquit *Tacit. libr. 3 hiſt.* fecit prædam militibus conſenſus Italiæ; emtionem talium mancipiorum aſpernantis; quia ſcilic. non juſtum nec cum veris hoſtibus bellum fuerat. Hinc notant inter Chriſtianos † hodie ſervos non eſſe, videlicet ex Chri- 2 ſtianis, nam ex Turcis v. c. capti utique ſerviunt, tractant de hoc *Gail. de pignorat. c. 8. Bodin. 1. de rep. ul. c. 5. Alciat. in l hoſtes 118. de verb. ſignificat.* cujus tamen ratio, quod omnes Chriſtiani faciant populum Romanum, falſa mihi videtur; Siquidem Reges Europæ, Gallus, Anglus, Hiſpanus, ſuprema jura majeſtatis in terris ſuis habent; neq; ſi hodie Turcæ aut Tartari Chriſto nomen dent, propterea Romani efficientur; & olim ampliſſimo Imperio Romano etiam in Perſiano Chriſtianos fuiſſe Eccleſiaſtica hiſtoria teſtatur. Melior illa altera ratio eſt, qua utitur Alciat. quod Chriſtiani omnes inter ſe fraternitatis quodam vinculo ſint connexi, quamvis iſta fraternitas non tollat diſtinctionem ordinum; & olim Chriſtianos Chriſtianis ſervis uſos fuiſſe, haud dubium eſt, & in primis Epiſtola Pauli ad Philemonem facit fidem; nec omnino Deus interdixit populo ſuo mancipiis ejuſdem gentis, ſed perpetuo vinculo ſervitutis illos attineri voluit. Et jus gentium quod † ſervitutem introduxit humaniter, ſervis uti nos voluit, quin imo cum jus 3 illud gentium, non nimium à jure gentium primævo, quod naturale dici ſolet, recedere debeat, quo jure æquales ſunt omnes homines & liberi, hujus communis conditionis omnes dominos meminiſſe, & ſervos tamquam homines, inter quos & cum quibus ipſis cognatio eſt l. 3. *de inſt. & iur.* tractare decet, quod multis locis monet Seneca, præſertim 3 *de beneſic.* 21. & *Epiſt* 42. 46. & 47.

H Ex quo

Ex quo fit ut minus probare poſſim, quod hoc §. noſtro ſcribit Juſtinianus, apud omnes gentes ex jure gentium peræque poteſtatem vitæ & necis in ſervos fuiſſe. Nam & ſupra monui, id ex jure gentium fas eſſe, ut hoſtis arma tenens mihique adeo mortem intentans, occidatur; ſed ut armis poſitis qui dedidit ſe, occidatur, ubi nullum amplius periculum eſt, nulla ratio permittit, & injuriam faciunt juri gentium, qui hoc ab eo jure eſſe ſtatuunt. Abuſus iſte eſt poteſtatis, jure gentium conceſſæ, quam ſibi malitia humana uſurpavit & ſævitia, & huic crimini maxime obnoxii †
4 Romani, qui ſæviſſime jus dominii in ſervos exercuerunt, quod ab iis ex ratione juris gentium ſincera factum qui crediderit, eum rationis exſortem dixerim; Facit huc quod Tacit. ſupra citato loco ex lib. 3. hiſtor. ſcribit, milites occidiſſe captivos ſuos, quos pro mancipiis diſtrahere non poterant, ſcil. ſævo illo ſuo more, quem pleræque aliæ gentes damnatunt. De Parthis ſcribit *Juſtin. libr.* 4. Servos apud eos pro liberis quaſi tractantur, & militaſſe, & in exercitu eorum contra Antonium amplius 40000. ſervorum fuiſſe. Germanos quoque humaniter uſos ſervis autor eſt. *Cornel. Tacit. de morib. German.* Idem de Hiſpanis & Græcis affirmatur teſtibus *Bodin. l. de rep. lib. 5.* & inprimis Athenæus li. 6. ſcribit, Athenis actionem pro injuriis illatis ſervo datam fuiſſe. Quo fit, ut inepti ſint qui per moderationem poteſtatis de qua in §. ſeqq. jus civile à jure gentium receſſiſſe dicunt, ut vulgo interpp. decepti h. §. etenim illa in §. ſequ. non uſus qui ex jure gentium eſt. Sed abuſus moderatio eſt; adeoque fallitur Weſembec. qui poteſtatem in ſervos qualis deſcribitur §. ſeq. non iuris gentium, ſed iuris civilis eſſe dicit. Longe gravius errat Mynſing. qui quam poteſtatem jure dominii in ſervos habent domini, eam principibus Germaniæ, Marchionibus & Comitibus in ſubditos tribuit; quo nihil abſurdius eſt, aut falſius, etiamſi intelligas de poteſtate dominorum prout in §. ſeq. mitigatur; quomodo hoc accepit Weſembec. hic ubi falſo in hanc ſententiam citat *Bald. & Salic. in l. un. C. de emendat. propinq.*, & falſiſſimum eſt, quod ſcribit Mynſ. validum eſſe argumentum, à jure dominii ad juriſdictionem quoniam in illo infinitis partibus plus eſt quam in hac.

Neque contra ea quæ dixi movet, quod *Ariſt.* 8. *Ethic.* 12. confert poteſtatem dominicam cum tyrannica; vel quia intelligit poteſtatem qualem de facto ſibi uſurpabant domini; vel quia ibi poteſtatem tyrannicam opponit Regiæ, à qua ſane diverſa eſt, dominica, quippe quod illa tota ad ſubditorum utilitatem dirigitur: Servi autem propter dominos ſunt, & nec tyranni quidem liberam poteſtatem vitæ, & necis ſibi uſurpant.

Sed hoc plus ſatis ad iſtum locum, ut intelligatur, in quo conſiſtat Dominica poteſtas & ſervilis ſubjectio, & nimirum in ſumma, in utilitate & commodo dominorum, non vero ut dominis quolibet modo ſervis uti liceat.

Et quodcunque per ſervum.] Duo ſunt generales effectus poteſtatis de qua hoc & ſequ. tit. tractatur Jus coercendi ſervum, & jus omnia per ſervum adquirendi; qui hoc §. ponuntur. Et de hoc poſteriori agitur plenius *infr. libr.* 2 *per quas perſ. à l. itur.*

TEXTUS.

3. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui ſub Imperio noſtro ſunt, licet ſine cauſa Legibus cognita in ſervos ſuos ſupra modum ſævire. Nam ex conſtitutione D. Antonini, qui ſine cauſa ſervum ſuum occiderit, non minus puniri jubetur, quam ſi alienum ſervum occiderit. Sed & major aſperitas dominorum ejuſdem principis conſtitutione coercetur. Nam Antoninus conſultus à quibuſdam præſidibus provinciarum de his ſervis, qui ad ædem ſacram, vel ad ſtatuam principum confugiunt, præcepit, ut ſi intollerabilis videatur ſævitia dominorum, cogantur ſervos ſuos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur: & recte: expedit enim Reipublic. ne ſua re quis male utatur. Cujus reſcripti ad Ælium Martianum miſſi verba ſunt hæc. Dominorum quidem poteſtatem in ſervos ſuos illibatam eſſe oportet, nec cuiquam hominum jus ſuum detrahi: Sed & dominorum intereſt, ne auxilium contra ſævitiam vel famem vel intolerabilem injuriam denegetur iis qui juſte deprecan-

deprecantur. Ideoque cognoſce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad ſacram ſtatuam confugerunt, & ſi vel durius habitos quam æquum eſt, vel infami injuria affectos eſſe cognoverit, venire jube, ita ut in poteſtatem domini non revertantur. Quod ſi meæ conſtitutioni fraudem fecerit, ſciat me hoc admiſſum adverſus ſe ſeverius executurum.

Commentarius.

1 *Sævitia Romano. in ſervos.*
2 *Aſyla & eorum ius.*
3 *Impp. ſibi honores divinos uſurparunt.*

Sed hoc tempore.] Ergo ante licuit in ſervos ſupra modum ſævire. Et ſane publice & privatim † crudeliter habiti. Ut nihil dicam de Juriſconſulto Silaniano, ex quo occiſo domino omnes ſervi qui ſub eodem tecto fuerant, etiam quos manifeſto innocentes eſſe conſtabat, ad ſupplicium ducebantur, de quo eſt *tit. Dig. libr.* 29. cujus rei inſigne exemplum apud *Tacitum* 14. *ann.* & præfecto urbis domi ſuæ interfecto, quadringenti ſervi, quorum, ut Tacit., non dubia innocentia erat, & quod atrocius eſt, ſine diſcrimine ſexus, aut ætatis ad ſupplicium rapti. Ne hoc dicam, quod etiam Juriſconſulto cautum fuit, quid ſævius aut immanius cogitari poteſt, quam in theatro frequentiſſime à magiſtratibus & privatis etiam centum, etiam mille exhibitos gladiatores, qui oblectando populo mutuis ſe vulneribus conficerent. Myriades aliquot hominum ita abſumptas, quod nemo ſine ſtupore & horrore legat, *Lipſius* ſcribit *lib.* 2. *Saturnal.* Huic ſævitiæ nullum modum ſtatuit Antoninus quam demum vetuit Conſtantinus.

Infinitum ſit perſequi exempla privatæ ſævitiæ. Unum loci omnium eſſe poterit. Vedius Pollio civis Romanus & genere libertinus, murenas in piſcinis habuit, quas humana carne, ſervorum, ſcilicet ſuorum alebat, & ne quis putet gravium criminum reus iis objeciſſe, puerum qui caſu vas criſtallinum fregerat ei ſupplicio addixit, autores. *Dionyſ. Caſſius libr.* 54. *hiſtor.* non longe autem finem, & *Seneca libr.* 3. *de ira cap.* 40.

Ait textus hoc tempore.] Ubi duo quæruntur. 1. An tale quod demum ab Antonino fuerit conſtitutum. 2. An id poſt Antoninum quoque conſtanter fuerit obſervatum. Quod ad prius veriſimile eſt, quod de fœneratoribus ſcribit Tacitus, eos multis legibus coerceri non potuiſſe; idem & his obtinuiſſe; ut impotentia & ſævitia dominorum repetitis Legibus & edictis eſſet cohibenda; nam, ut Spartianus autor eſt, Hadrianus jam ante decreverat quæſtiones adverſus dominos qui ſine cauſa ſervos occidiſſent. Imo *Seneca* teſtatur 3. *de benefic.* 22. Poſitum eſſe qui de injuriis dominorum in ſervos audiat, qui ſævitiam & libidinem compeſcat. Itaque, (ut jam ad alterum reſpondeam) credibile eſt, ſævitiam & libidinem dominorum perrupiſſe quoque Edictum & reſcriptum Antonini, & poſt illud quoque ſua poteſtate dominos abuſos fuiſſe, utique enim non uno textu confirmatur, quod qui ſervum promiſſum occidit, liberetur, quod fieri non poſſet, niſi jure occiſus ſervus eſſet, & tanto magis occidet jure ſervum, quem non debet. Sunt de ea re textus in *l. qui ſervum* 96. *de Verb obligat. l. quid ergo* 35. §. *ſi heres* 3. *de legat.* 1. Equidem ſit illis locis mentio ſervi merentis, & in facinore deprehenſi; verum tamen non videbatur eſſe domini occidere ſervum, ſed rem ad magiſtratum deferre, quod expreſſe faciendum ſcribit *Gaius* 1. *Inſtit tit.* 3. § *pen.* niſi iſte locus fortaſſis & ut alii ab Aniano interpolitus eſt, aut quod dd. textibus dicitur referas ad ſervum in adulterio deprehenſum, quo caſu & liberum occidere licet, & forte liberius ſervum; aut ad caſum quo ſervus conatus eſt occidere dominum, arg. *l. etſi* 6. § *ult. de ſc. ſi Can.* ubi dicitur, dominum ipſum poſſe in familiam animadvertere. Ceterumquin convenit cũ Caio, quod ſervum proprium quoq, adulterii accuſandũ eſſe ſcribitur in *l.* 5. *in f. de accuſ. l.* 5. *ſi quis.* 5. *de offic. præf. urb.* adeo videtur etiam poſt iſtud Antonini reſcriptum obſervatum fuiſſe; nam & juxta hũc §. tenetur dominus tum demum, Si ſervum occiderit *SINE CAVSA*, poterit autem cauſæ loco haberi; ſi eũ in quo alio ſcelere deprehendat, ſaltem ut ignoſcatur domino, & ut extra ordinem forte & leviter coerceatur.

Non minus puniri] Non poteſt huc accipi de Lege Aquilia; tum quia ex illa actione revera non irrogatur pœna, ut dicemus *infra libr.* 4 tum quia cum per hanc actionem reſtitutio damni petatur, & agat dominus, non poteſt locus eſſe actioni iſti ubi quis ſervum proprium occidit. Et igitur

 intel-

intelligitur dominum teneri publico judicio ex Lege Cornelia, & eſſe reum homicidii, juxta *l. un. C de emendat. Servor.* Certi porro iuris eſt, eum qui ſervum alienum occidit, teneri L. Cornelia *l. inde* 23 *§. ſi dolo.* 9. *Ad L. Aquil. fac l. 1.* 6. *& qui 2. Ad L. Cornel. de Sic.* Ergo iuxta hunc §. teneri etiam qui proprium ſervum occidit. Putat autem Weſe nb. non improbabiliter, non ordinariâ, ſed extraordinaria pœna dominum coercendum eſſe.

A quibuſdam præſidibus.] Videtur hoc explicari mox dum ait reſcripſiſſe M. Antoninum ad Martianum, qui in *l. 2. in princ. h. t.* dicitur fuiſſe proconſul Africæ. & proinde fatendum erit nomen præſidis hic ſumi in genere. iux. a. *l. 1. de offic. præſid.* Ceterum in ſpecie proconſul & præſes differunt; ſed iſta differentia ſeculo Juſtiniani, quin & ante diu, mutatis magiſtratibus nulla fuit.

Ad ædem ſacram.] Reſcriptum eſt Ethnici Imperatoris: itaque † non recte de Eccleſia explicatur; ſed ſublato paganiſmo Eccleſiæ & templa Chriſtianorum veræ & ſolæ ædes ſacræ ſunt. Antiquiſſima fuerunt Aſy'a, & à Deo quoque inſtituta *Num.* 35. *Deuteronom.* 19. & et apud Romanos tribus perſonarum generibus patuiſſe, colligitur ex *Tacito* 3. *annal.* Complebantur; inquit templa, peſſimis ſervitiorum, eodem ſubſidio obærati adverſus creditores, ſuſpectique capitalium criminum recipiebantur; q' æ genera referuntur quoq; in *l. 1. & l. præſen. l. 6. §. Servos C. de his qui ad Eccleſ.* & de ſervis *Pollux c. 1.* [illegible] Itaque templa pro Aſy. is fuerunt; & confugiebant ad aras, & ſigna Deorum amplectebantur. Virgil. 2. Æn.

Hic Hecuba & natæ nequidquam altaria circum
Condenſæ & divum amplexa ſimulacra ſedebant.

Servorum qui hoc perfugio uſi, exempla apud Plautum. *Moſtellar act. 5. ſc. 1. & in Rudente act 2. ſcen.* 7 & ſatis probat hic locus, & de iis qui ad aſy'a confugiunt, Plutarch. de ſuperſtitione [illegible] confidunt ſi ſignum apprehenderunt, aut in templum confugerint. Chriſtiani quoque Impp. idem privilegium templis, in quibus verus Deus colitur, eſſe voluerunt, qua de re eſt tit. *Cod de his qui ad Eccleſ. conf.* Graviorum autem ſcelerum reos hoc præſidio ſe tueri non permittunt jura noſtra *N. 17. cap. 7. Nov. 37 N. 117. cap. ult. §. quia vero.* Id Lege Dei convenit, *Exod* 21. quæ jubet homicidâ abſtrahi ab altari, & eleg. Thucyd. libi 4. [illegible] involuntariorum delictorum perfugium eſſe aras; quod ſurſus Legi Dei convenit *Numer.* 35. *& Deuter.* 19. Et apud *Tacit.* 3. *ann.* Senator Ceſtius diſſerit, neminem in Capitolium al ave Urbis templa confugere, ut eo ſubſidio ad flagitia utatur. Adde procedere hunc locum, ubi ſervus humiliter deprecans ob ſervitium domini confugit v. c. in ædem ſacram. Quod ſi enim eo fugiat cum armis ſtatim extrahitur *l. 4. C. de his qui ad Eccleſ. ſi.* forte metuens juſtam coercitionem domini id faciat; domino reddendus eſt, quo pertinet *l. præſenti 6. § ſane 5, C. d. t.*

Jus Canonicum tamen quosvis admittit *c. inter alia de immun. Eccleſ.* Ubi ſolos excipit nocturnos populatores agrorum & publicos latrones.

Ad ſtatuam principum.] Vetus iſta ſtatuarum veneratio. Meminit *Livius lib.* 23. ſtatuæ Ptolomæi † 3 Regis ad quam confugerit Decius Magius Campanus. Principum Romanorum ſtatuas conſecrari ſolitas, & in eas etiam crimen majeſtatis commiſſum fuiſſe docent *l. 5. & 6. ad L. Iul. majeſt.* Itaque quod hic dicitur ſimpliciter ſtatua, mox inf. h. loco ſacra ſtatua vocatur; & principibus etiam viventibus adhuc templa extructa & ſacerdotes lectos fuiſſe conſtat, de Tiberio & Auguſto eſt apud *Tacitum 4. annalium.* Chriſtiani Imp. quominus id fieret, religio obſtitit, illi tamen non minus magnifice & tamquam de Diis de ſe ſenſerunt & locuti ſunt; ſua oracula, numina, divinos vultus, adorandam purpuram, ipſam etiam divinitatem ſuam & talia multa partim ingeminant *l. præſenti 6 in pr. C. de his qui ad Eccl. confug. l. 3. C. de iur. fiſcalib l. 1. C. de conſ. bon. ſubl. l. 12. C. de annonis l. 8 C. de exactor. trib. l. 2. C. quand. & quib. quarta pars l. 2. C. de quib. mun. vel præſtationem. l. omnem 42. §. ſi autem 8. C de Epiſc. & cler. & l. ſeq ibid. in pr. & §. 1. & 2. & l. ſancimus 44. in pr. & §. 3. & 4. C. eod. l. pen. & ult. C de hæreticis, & paſſim alibi.* Græcis & Theophilo quoque ſolent dici [illegible] quæ non immerito improbat *Socrates in hiſtor. Eccleſiaſtica.* & Chriſtianorum Imp. arrogantiam an imprudentiam confutant & coarguunt Ethnici Impp. qui modeſtius de ſe ſenſerunt; & Tiberius faſtuoſus alias, noluit tamen occupationes ſuas ſacras dici, ut refert *Sueton. cap.* 27.

Sævitia dominorum.] M. x adduntur aliæ duæ cauſæ, fames, quæ poteſt tamen ad ſævitiam referri; & injuria intollerabilis, quam mox appellat infamem injuriam, & Juriſconſultus in *l. 2. h. t.* impudicitiam & turpem violationem: obſcænitatem *l. 1. §. quod autem 8 de offic. præf. urbi.* videlicet ſi ancillas proſtituant, vel ſtuprum etiam ſervis inferant, cujus in-

Digitized by Google

ius injuriæ metus comparatur cum metu mortis, *l. ſed iſti 8. infr. quod met. cauſ.* & quam fœde abuſi ſervis Romani, paſſim obuium eſt. Ceterum iuxta *l. ſi lenonibus 12. C. de epiſc. aud. & l. 6. C. de ſpectac.* ancillæ quas dominus proſtituere vult, conſequuntur libertatem. Itaque mutatum eſt hactenus ius vetus, aut cum Acc. dd. textus in ſpecie ad proſtitutionis publicæ iniuriam reſtringemus.

Cogantur vendere.] Regulariter nemo cogitur *l. invitum C. de contrahend. empt.* nec iuſto quidem precio *l. non coactum. 9 Rer. am.* Exceptio generalis eſt, ab vtilitate vel neceſſitate publica. In ſeruis duæ ſunt ſpeciales: altera à fauore libertatis *§. vlt. infr. de donat.* altera hic à ſæuitia domini. Alia exceptio eſt fauore religionis *l. ſi quis 12. inf. pr. de religioſ.* Simile eſt, quod ob ſæuitiam pater cogitur emancipare *l. vlt. ſi quis à par. man.*

Bonis conditionibus.] Iuſto precio vt explicant Weſemb. & Hottom. Quod vt non improbo, ita non video, quare Hottom. improbet explicationẽ Theophili, quam coniunctim cum illa proponit Acc. vt ne conditiones eiuſmodi addantur, quas irati & ſæui domini adiicere ſolebant, v. t. vt exportentur Italia, vt ne manumittantur &c. quo etiam pertinet, quod in extremo dicitur, ita vendi debere, ne ad dominum reuertantur.

Expedit Reipublicæ.] Hæc eſt ratio decidendi, ob quam præter regulam cogitur dominus rem & ſeruum ſuum vendere: vnuſquiſque quidem rei ſuæ moderator eſt & arbiter *l. in re 21. C. Mandati*, ſed Lex quæ domina eſt, modum ei arbitrio præſcribere poteſt. Eſt alias hoc certiſſimum, quod vbi res priuatorum bene & recte ſe habent, ipſa reſpubl. melius habere intelligitur, quæ præſertim ius habet, exigentibus neceſſitatibus, vtendi rebus priuatorum, facit quod dicitur in *l. 1. §. in cauſa 20. de quæſt.* in tributis eſſe Reipubl. nervos. Et hæc ratio iuncta ab interdicto legis eſt expedita, quam probat Iaſon. *in addit. ad Porcebie.* Ceterum quin poſſe etiam re ſua abuti quem, probatur ex *l. ſed etſi 25 §. conſuluit 21. de petit. hered.* Accedit hic conditio perſonæ, quæ vtique homo & natura domino æqualis eſt.

Dominorum quidem poteſtatem] Hæc eſt ratio dubitandi, ob quam non videbatur cogendus eſſe dominus vendere, propter ius poteſtatis; nam nec princeps poteſtatem hanc habet, vt auferat res ſubditorum, niſi imperio ſuo tyrannice abuti velit, de quo alibi tractatur.

Sed & dominorum intereſt. Prior ratio dividendi erat, quod intereſt Reipubl. &c. Hæc altera eſt, quod intereſt ipſorum dominorum; vel quia fracti malis & iniurijs ſervi aufugiunt, vel quia exacerbati ex deſperatione contra ipſos dominos ſe armant; cuiuſmodi exempla conſpirationum in dominos, refert *Bodin. 1. de Repub. c. 5.* quæ res & periculum quod à ſervis imminet dominis; fecit vt SCtoS Silaniano, cuius ſupra meminimus, domino domi ſuæ interfecto, omnes ſervi occiderentur, itemque fecit locum proverbio: Quot ſervi, tot hoſtes. Sed enim eos ſævitia dominorum hoſtes fieri, ſcribit Seneca, & *libr. 3. de benef. cap. 21. & ſeqq.* multa exempla ſervorum fidelium & in dominos beneficorum refert, ſed & aliqua refert *Dion. Caſſ. lib.* 47. Vera autem ratio decidendi inde petenda eſt, quod ſupra diximus, iam infinitam poteſtatem in ſervos dominis ex vera ratione non competere, ſed eſſe eum poteſtatis abuſum, quem merito Lex coercet. Rectiſſime *Cicero 1. de offic.* Meminerimus, inquit, adverſus infimos juſtitiam eſſe ſervandam; eſt autem infima conditio & fortuna ſervorum, quibus, non male præcipiunt, qui ita jubent uti, ut mercenariis, ad operam exigendam, &c.

Qui juſte deprecantur.] Rectiſſime uſus eſt Imp. verbo *deprecari*: Neque enim ſervi ulla actione aut accuſatione contra dominum in hoc negotio conſiſtere poſſunt; ſed tantum ipſis ſuppliciter officium nobile magiſtratus implorare, licet in eam rem eſt elegans locus in *l. 1. § quod autem 8. de offic. præf. vrb* ibi. *verecunde expoſtulent*, *&c. fac. l. cum 8. Codic. de liber. cauſa l. ſi liber 9. in fin. C. de condict. ob cauſ. d. tt*

Cognoſſe de querelis eorum.] Recte ait cognoſcendum eſſe. Neque enim temere ſervis conquerentib. de dominis credendum eſt. Docet locus ſup. ex *Tacito lib. 3. ann* citatus; complebantur templa *PESSIMIS* ſervitiorum; & paulo ante eodem libro, ſtatuis principum ſervos quoque ad impunitatem, & in dominorum invidiam & injuriam abuſos eſſe docet. Incedebat, inquit, deterrimo cuique licentia, impune probra & invidiam in bonos excitandi, arrepta imagine Cæſaris; libertique etiam ac ſervi patrono vel domino cum voces cum manus intentarent, ultro metuebantur, itaq; recte mox hoc loco ſubjicitur. *ſi cognoverit.*

Quod ſi fraudem fecerit.] Forte enim emptore colludendo, ut ſervus ſibi revendatur. Fraus legi fit, ubi ſervatis verbis Legis mens ejus circumvenitur,

ut eſt *in l. contra 29. cum l. ſeq. D. de LL.* Poteſt etiam intelligi, ſi prævetterit cognitionem & officium magiſtratus, & ſervus graviter nimis tractet & ſæve. Comminatur pœnam poſtremis verbis, *Severius ſe executurum* & nimirum pœnam & coercitionem extraordinariam, pro qualitate fraudis admiſſæ.

AD TITULUM IX.

LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE PATRIA POTESTATE.

TEXTUS.

1. In poteſtate noſtra ſunt liberi noſtri quos ex juſtis nuptiis procreavimus. Nuptiæ autem ſive matrimonium, eſt viri & mulíebris conjunctio, individuam vitæ conſuetudinem continens.

COMMENTARIUS.

1 *Liberi non ſunt in poteſtate matris.*
2 *Nuptiæ unde dictæ.*
3 *Nubere non dicuntur viri.*
4 *Polygamia.*
5 *Nuptiæ quomodo conſuetudo individua.*
6 *De iure divertendi.*

TItulus & inſcriptio eſt, *De patria poteſtate.* Certũ eſt iure noſtro liberos in poteſtate matrum
1 non eſſe† qua in re labitur egregie Mynſ. qui exceptionem ponit ſi fœmina adoptet filium ex reſcripto Principis, iuxta §. fœminæ 10. inf. de adopt neque enim alio iure hic filius adoptivus erit apud matrem, quam filius naturalis; neque mater per talem filium adquiret. Plerique hactenus ius civile abire à iure naturali, quo idem ius utrique parenti ſit in liberos, ſed falluntur. Reverentia quidẽ matri debetur etiam iure naturæ. *l. 4. de in ius voc.* & ipſe Deus iubet honorare patrem & matrem. Sed enim iſta non inferunt æqualem poteſtatem, imo nec veram poteſtatem. Et poteſtas patria ex ipſo iure, ex quo matrimonium eſt, deducitur. Nimirum pater & principium eſt generationis, & ut Ariſtoteles docet 1. *polit.* 1. qui ætate & prudentia antecedit, ceteris imperat, talis autem eſt maritus, qui caput eſt familiæ, & licet diverſa imperandi ratione, uxori, ſervis & liberis imperat; ex cuiuſmodi familiis vici, & porro civitates conſtituuntur. Unde ibid. Ariſtot. ait, regiam formam imperandi eſſe antiquiſſimam, quoniam ex familiis pluribus conſtituta ab initio fuit civitas, quibus familiis omnibus, hic à quo earum origo, iure quodam patris, & adeo regio (ut mox dicemus) imperabat, & eleganter ibi Ariſtot. κώμην vocat ἀποικίαν οἰκίας, quaſi coloniam domus, quod expreſſit *Cicero 1. offic.* Sequuntur, inquit, fratrum conjunctiones. Item conſobrinorum, ſobrinorumque, qui cum jam una domo capi non poſſunt, in alias domos tamquam in colonias exeunt. Hinc igitur dicitur poteſtas patria, in qua ſunt liberi, ex iuſtis nuptiis procreati, *in pr. h. t.* quibus verbis unam eamque primam & naturalem cauſam poteſtatis patriæ proponit, alias autem quas proponit *§. ult. tit. ſeq. & t. t. undecimo*, non excludit.

Ait, *ex juſtis nuptiis.*] Quoniam ut ſup. diximus ad tit. de Ingenuis, liberi extra matrimonium nati non patrem, ſed matrem ſequuntur, eoque nec in illius poteſtate eſſe poſſunt. Notant tamen Interpp. in §. *pen. inf. tit.* 12. caſum, quo ex juſtis nuptiis natus nõ eſt in poteſtate, velut ex deportatu, ſed nimirum matrimonium non tam ex ratione juris civilis quã gentium ſuſtinetur *l. 1. C. de repud.* eoq. jure gentium in poteſtate quoque eſſe quis dixerit; ſed juris civilis effectus ceſſabunt.

Nuptiæ.] Vulgatum eſt † nuptias dici à nu- 2
bendo vel obnubendo, eo quod novæ ſponſæ ſolebant pudoris cauſa faciem obvelare & obnubere; hoc enim ſignificat obnubere; velut in illo triſti carmine apud *Livium libr. 1.* caput obnubito, infelice arbore ſuſpendito. Illud enim, ſed ex longa alia cauſa damnatis, fieri ſolebat. Et hanc notationem inter alias quoque refert *Feſtus*, & probat *Varro 4. de Ling. Latin.* Neptunus, inquit, quod mare terras obnubit, ut nubes cœlum, à quo Nuptiæ: Probat, & *Iſidor. lib. 11. cap. 8.* Obnubebantur autem flammeo, id eſt, quo uſa erat & utebatur Flaminica, uxor Flaminis, boni omnis cauſa, quoniam inter illos non erat licitum divortium, autore eodem Feſto, unde Catullus in Epithal. *Flammeum cape.* Idque, ut velarentur nupturæ, poſt etiam apud Chriſtianos obtinuiſſe indicio eſt, quod *Ambroſ. in fin. lib. 1. de virginib.* ſcribit, de puel-

Digitized by Google

de puella quæ cum à matre & propinquis vrgeretur, vt nuberet, ad ſanctum altare confugit; & inter alia hæc ad matrem. Num melius mater tu me velabis, quam altare; Nam & quæ caſtitatem Deo conſecrabant virgines, ad altare velabantur vt ex *eod. lib.* 1. patet.

Hinc eſt, vt † *nubere* tantum dicatur de fœminis,
3 non etiam de viris, niſi nota cauſa, vt apud Martialem 8. *Epig.* 12.

Vxorem quare locupletem ducere nolim,
Quæritis, uxori nubere nolo mea.

Nec aliter vſurpavit Pomponius citatus à Non. Marcello, capit. 2. in *Nubere*, cum ſcripſit. *Nupſit d. tata vetula*, quo loco deceptus Marcellus, putavit, apud veteres etiam viros dictos Nubere. Tertullianum tamen, ſed ſæpe non ſatis bonum linguæ Latinæ autorem, non ſemel ita locutum reperio, *vt contra Hermogenem in pr.* Pingit licite nubit aſſidue, & *de corona militis ſub finem*, non nubimus ethnicis; & *lib.* 1. *ad vxorem.* Pontificem Maximum rurſùm nubere nefas eſt. Nuptiarum verbum triplicem fere habet ſignificationem 1. vſurpatur pro feſtivitate & ſolemnitate, vt fere in *l. Sancimus* 24. *C de nupt* 2. pro ipſa corporum coniunctione. vt apud *Apul.* 7. *metamorph.* ad nuptias invitare, ſignificat invitare ad coitum *&* *hoc ſenſu ap. Plaut. Ciſtell.* act. 1 *ſc.* 1. Hæc quidem ecaſtor, quotidie viro nubit, nupſitque hodie, nubet mox noctu. & *Mart.* 1. *epig.* 25. Nolito fronti credere, nupſit heri. 3, vt hoc loco pro coniunctione animorum, quæ naſcitur ex conſenſu matrimoniali. atque ita accipitur cum dicimus, nuptias fieri conſenſu non concubitu *l. cui fuerit l.* 5. *de condit. & demonſt. l. nupt.* 30. *d. R. iur.* Eſtque hæc coniunctio ipſa matrimonij vera forma cuius tamen quia finis principalis eſt, procreatio ſobolis tum etiam vitatio vagarum libidinum, tales perſonas eſſe oportet. inter quas coniunctio quoque corporum locum reperire queat. Et Aug. hic ait, quod requiratur, propoſitum hoc vt copula ſequatur Rectius videtur *Iaſon in addit. ad Porc.* quod non neceſſaria ſit copula ad producendum matrimonium in eſſe, ſed poſtea vtique ſit neceſſaria, quia in ea eſt conſummatio matrimonij, ſicut in traditione, venditionis.

Viri & mulieris] Ergo vtriuſque ſexus; coniunctionem duarum perſonarum vnius ſexus, damnant ipſæ naturæ Leges & Dei, damnat graviter *Plato lib.* 1. *&* 8. *de LL.* Damnant omnium gentium Leges, vtcunque Græcis pleriſque non admodum vetitum fuiſſe colligere liceat, *ex d. lib.* 1. *Plat. de LL Herod. lib.* 1. *Xenoph. lib.* 2. *inſtitutionis Cyri & in Repub. Lacedam.* Ponitur numerus ſingularis. ad excludendam † Polygamiam, quæ & Græcis & Ro-
manis improbata, licet pleræque gentes ea vti, & 4
ea Iudæis quoque permiſſa, vt videlicet vni viro plures eſſent nuptæ, (de quo & *inf tit. ſeq. text.* 7. nā apud nullam gentem hoc obſervatum legimus, vt vna mulier plurib. nupta eſſet, quamquam de Britānica gente hoc referat Euſeb. lib 6. præpara. Evāg. Sed etenim faciles fuiſſe mulieres illas, & communibus etiam fœminis quoſdam vſas, diſcimus ex *Laonico lib.* 2. *& ex Cæſare li.* 5. *de bell. Gallico*, veras autem iſtas nuptias fuiſſe credibile non eſt, dixi de eo late *ad Treutl. de nupt.*

Individuam vitæ conſuetudinem] Multis modis
hæc verba † accipi & explicari poſſunt, 1. de com- 5
muni & individuo omnium rerum vſu. 2. de participatione omnis fortunæ, proſperæ & adverſæ, iuxta *l. ſi cum* 22. § *ſi marit.* 7. *ſolut. matrim.* 3. de arctiſſima conjunctione quæ eſt inter conjuges; & ad omnes has tres ſignificationes referri poteſt, quod in *l.* 1. *de ritu nupt.* dicuntur nuptiæ conſortium omnis vitæ. Et deniq; 4. de inſeparabilitate matrimonij. Conveniens hoc erat communicationi divini quoque iuris, vt eſt in *d. l.* 1. *de ritu nupt.* & apud *Halic. l.* 2. mulierē factam fuiſſe κοινὸν ἐν χρημάτων καὶ ἱερῶν, Sacrorum ſcil. quæ privata cuiuſque familiæ apud Roman. erant. Hæc res efficiebat) vt mox *ibidem* Dionyſ.) οὐδὲν μὲν ἐκκωλύοντος ἀ διαλύειν, vt nihil eſſet, quod tale coniugium diſſolueret, ob ſtuprum vxoris, aut ſi ſe inebriaſſet, vindictam marito permiſſam, & primis 520. annis nullum divortium Romæ fuiſſe, primum Cervilium vxorem dimiſiſſe ob ſterilitatem. Itaque huic veteri iuri & mori explicatio iſta individuitatis, maxime conveniens eſt. Sed poſt obtinuit † vt ex levioribus quoque cauſis divortia fierent, imo etiam nullis expreſſis cauſis vxores dimitterent, quod oſtendit exemplū relatum à *Plut. in vita Æmilij Pauli.* Romani cuiuſdam vxorem, pulcram & fœcundam & pudicam dimittentis; & amicis improbantibus factum, reſpōdentis, calceum quoque quem indutus erat, bene factum videri, ſed neminem noſſe, qua parte premat pedem. Ius autem non fuiſſe viciſſim vxorib. repudiandi maritos, & ab illis diſcedere indicio eſt querela mulieris ap. *Plaut in Merc act.* 4. *ſc.* 6.

Nam ſi vir ſcortum ducit clam vxorem ſuam.
Id ſi reſcivit vxor, impune eſt viro.
Vxor viro ſi clam domo egreſſa eſt foras,
Viro ſit cauſa, exigitur matrimonio.

Sed po-

Digitized by Google

Sed poſtea moribus in peius ruentib. non minus uxori permiſſum fuit, repudium mittere marito; quod & ex jure noſtro liquidum eſt, & elegans eſt locus apud *Iuven. ſat.* 10. de muliere, quæ crebro divertendo intra quinque annos octies nupſit.

Imperat ergo viro ſed mox hæc regna relinquit,
Permutatq; domos & flammea conterit, inde
Advolat, & ſpreti repetit veſtigia lecti:
Ornatas paulo ante fores pendentia linquit.
Vela domus, & adhuc virides in limine ramos;
Sic creſcit numerus, ſic fiunt octo mariti
Quinque per autumnos: titulo res digna ſepulchri.

Poſita hac facilitate divertendi, imo levitate, vix imo non poterit hoc ſenſu matrimonium dici individua conſuetudo vitæ; nec propoſitum nudum & votum ad hoc ſufficere poterit: quamvis vulgo hoc ſenſu explicetur, *l.* 1 *de iur. dot.* ubi cauſa dotis dicitur eſſe perpetua; quia in tanta levitate & licentia vix poterit propoſita perpetuum appellari matrimonium. Iſta autem levitas diſplicuit merito Impp. Chriſtianis, qui tantum graviores cauſas divortii admiſerunt, *l.* 7. 8. 10. & 11. *C. de repud.* quæ ad pauciores redactæ ſunt. *N.* 117. *cap.* 8. & 9. Theologi Proteſtantes tantū agnoſcunt juſtas cauſas divortii, duas, adulterium & malitioſam deſertionem. Jura Canonica nullam cauſam admittunt ex qua ipſum vinculum ſolvatur, à qua ſententia non alienus eſt *Alber. Gent.* 6. *de nupt.* 6. Pluribus de hoc agere inſtituti noſtri ratio non patitur. Plane ſecundum Jus Canonicum vere demum dicetur matrimonium inſeparabile & individuam vitæ conſuetudinem continere; nec male tamen etiam eo jure, quæ graviſſimæ ſaltem divortii cauſæ admittuntur.

TEXTUS.

2. Jus autem poteſtatis, quod in liberos habemus, proprium eſt civium Romanorū: nulli enim alii ſunt homines, qui talem in liberos habeant poteſtatem, qualem nos habemus.

COMMENTARIUS.

Quod proxime diximus, de poteſtate patrisfam. in omnes familiæ partes, cum ait neceſſario poteſtatem patriam eſſe ex jure gentium, & ex eo ipſo jure quo matrimonium eſt, quod procul dubio antiquius eſt bello & ſervitutibus; itaque errat VVeſenb. qui *ad tit. præced.* ideo prius de poteſtate dominica ſcripſiſſe ait Juſtinianum, quod hæc ſit antiquiſſima. Illud quidem recte ad mentem Juſtiniani dictum videtur, qui non obſcure ita opponit poteſtatem dominicam & patriam, quod illa ſit à jure gentium, hoc à jure civili. Docet id collatio utriusque loci. *h.* & *præced. tit.* Ait enim in §. 1. *tit. præc.* poteſtatem dominicam eſſe juris gentium, quia omnes gentes ea poteſtate in ſervos utantur; hoc autem §. ait poteſtatem patriam eſſe propriam civium Romanorum; idque ita accepit Theophil. hic, qui utrumque locum quaſi conjungit, & ait jus hoc poteſtatis eſſe proprium Romanorum, poteſtatem autem in ſervos eſſe juris gentium. Ut non immerito Tribonianus hoc nomine reprehenſus videatur à *Bodino* 1. *de repub.* 4. nec ſatis ex eo excuſetur, quod pleríque Juſtinianum de qualitate poteſtatis patriæ exaudiunt, etenim apparet, ut dixi à Juſtiniano has duas poteſtates ita à cauſa efficiente diſtingui. Ceteroquin illa excuſatio in ſe ſatis commoda eſt, cui nec obſtat quod Bodinus adfert, Gallos in liberos ſuos vitæ & necis habere poteſtatem, ex *Cæſare lib.* 7 *de bell. Gallico*: non etiam quod *Ariſtot.* 8. *Ethic.* 12. de Perſis atteſtatur, apud eos poteſtatem in liberos ut in ſervos eſſe tyrannicam. Nam præterquam quod ad quantitatem id pertinet, non ad qualitatem, inſuper non potuit nec debuit Juſtin. reſpicere ad inſtituta quorundam populorum, unius aut alterius; à quibus poteſtatem ſuam Romanos non accepiſſe certum eſt, ſed confertur poteſtas quam Romani habent, cum poteſtate, quæ ex ipſo jure gentium parentibus competit. Et eſt ita expedita & veriſſima excuſatio Juſtiniani contra reprehenſionem Bodini. Et Romani ſcil. nihil aut parum addiderunt poteſtati, quam ex jure gentium domini in ſervos habent, jure belli; ſed plurimum differt poteſtas Romana patria, ab ea poteſtate, quam gentes in liberos habent, utique ex jure gentium habere debent; & eo reſpectu recte poteſtas patria & dominica inter ſe opponuntur, & dum Juſtin. negat alios populos talem in liberos habere poteſtatem, hoc ipſo innuit, eos habere poteſtatem; & in *pr.* §. non ait, jus hoc poteſtatis eſſe proprium civium Rom. ſed cum reſtrictione *jus poteſtatis quod in liberos habemus.* Nam ut cepimus dicere *ad pr. hujus tit.* poteſtas patria ex ratione juris gentium deſcendit, ex eo fundamento, quod maritus eſt caput familiæ, adeoque dominatur & poteſtatem habet in omnes

Digitized by Google

omnes familiæ partes. Hinc poteſtas in liberos, ſed qualitatem poteſtatis docet Ariſtoteles tum *d. lib. 4. Polit. 8.* vbi ait genus poteſtatis in liberos eſſe βασιλικὴν regium; tum & *Ethic. 12.* ἡ πατρὸς, inquit, πρὸς υἱεῖς κοινωνία, βασιλείας ἔχει σχῆμα. Rationem eius rei elegantem reddit vtrobique, *& d. cap. 8. li. 1. Polit.* τὸ γὰρ γεννῆσαν καὶ κατὰ φιλίαν ἄρχον ἐστίν, *& d. cap. 12.* τῶν τέκνων γὰρ τῷ πατρὶ μέλει pater curam gerit liberorum. Nimirum Rex imperat ſubditis volentibus per amorem: amat ſubditos, & eorum curam gerit, & ad eorum commodum & vtilitatem rempub. gubernat. Vnde & ab Homero Iupiter pater hominum & Deorum, & Principes & Reges patres & paſtores populorum vocantur. Ita & pater liberos ex ſe editos amat & eorum curam gerit. Quæ ſolidiſſima ratio convincit, nimiam poteſtatem in liberos à vera ratione & ab ipſo iure gentium abire & abhorrere. Et proinde forte rectius Græci Legumlatores modicam dederunt parentibus poteſtatẽ, vtcunque eos hac in re improbet *Dionyſ. Halicarn. lib. 2.* quod ſolum permiſerint liberos domo pellere & exheredare: quæ erat abdicatio dicta ἀποκήρυξις, vt eſt in *l. 6. C. de pat. pot.* vbi Impp. eam negant moribus Romanis aut LL. probari. Simile quid tamen eſt apud *Valer. Max lib. 5. cap. 8.* vbi Torquatus cognita cauſa ita contra filium ſuum pronuntiat. Cum filium meum pecunias à ſociis accepiſſe mihi probatum ſit, & rep. eum (alii malunt *RE*) & domo mea indignum iudico, protinuſque e conſpectu meo abire iubeo; & verbum *Abdicare* explicat *Nonius cap. 6.* de patris facto dici, cum filium abiicit familia & *Quintil. 7. Inſt. 5.* formas abdicationum refert: aut an hoc ex republ. Græcorum, vt declamatores ſæpe ficta argumenta tractare ſolebant; ſed vt redeam, vnde digreſſus ſum, amplius omni rationi repugnat, vt eadem ſit poteſtas & maior parentum in liberos, quam dominorum in ſervos, inter quos nulla eſt amicitia & quos tantum noſtræ vtilitatis cauſa paramus, & quos hodie poſſidemus, cras in alios diſtrahimus. Quod longiſſime abeſt ab amore quem natura ipſa parentibus erga liberos inſtillavit, & arctiſſimo vinculo copulavit; quin nec convenit ei, quod votum naturale parentum eſſe ipſæ Romanæ Leges, & alij autores perhibent, vt liberi ſint ſuperſtites parentibus, *l. nam & ſi 22. de inoffic. teſtam. l. ſcripto 7. inf unde liberi.* Author eſt *Cicero 2. de nat. Deor.* hinc dictos ſuperſtitioſos, qui totos dies precabantur & immolabant, vt liberi ſibi ſuperſtites eſſent. Hinc apud *Tacit. 16. ann.* precati vt relinquerent ſuos ſuperſtites: Et *Senec. conſolat. ad Mart cap. 10.* quos nobis ſuperſtites naſcendi Lege optamus, de quo & *inf. ad §. 1. de inoffi. teſtam.* Iidem Romani filium ipſo iure hæredem patri & quaſi adhuc vivo patre dominum omnium bonorum eſſe cenſuerunt *l. in liberis 11. inf de liber. & poſth.* Nego cum his convenire immenſam illam poteſtatem, quam patri in liberos Romulus dedit; nego cum ratione & iure gentium convenire. Nec hilum movet, quod Bodinus tantum eſſe parentum in liberos amorem eſſe ſcribit, ut patrem ſua poteſtate abuſurum credibile non ſit. Etenim ille ipſe amor tantus in liberos natura inſitus, averſatur tyrannicam poteſtatem; nec ego diſputo an pater forte poteſtate ſua abutatur necne, ſed tantum poteſtatem, quam ob rationes jam dictas, concedendam eſſe, & fuiſſe nego. Et videamus autem breviter, quam poteſtatem Romulus patri dederit, quam etiam pene 300. annis poſt Decemviri confirmaverunt. Non aliunde id rectius & certius cognoſcere poſſumus, quam ex *Dionyſ. Halicarn. libr. 2. antiquit. Rom.* ubi in ſumma ſcribit, patri per Romulum *OMNEM* conceſſam poteſtatem in liberos, idque toto vitæ tempore, ita ut eos in carcerem detrudere, flagris cædere, vinctum alligare ad ruſtica opera, necare etiam ad poſtremum liceat, etiamſi filius tractet Rempub. etiamſi magiſtratus geſſerit, imo etiamſi adhuc gerat, eaque poteſtate ſæpe patres uſos in filios magiſtratu abutentes, ibidem ſcribit. Dubito tamen an licuerit hoc in Tribunos plebis, qui ſacroſancti. An quia vicisſim ſancta patria poteſtas, filiifam. non potuerunt creari Tribuni plebis? Suadet quod apud Livium extat, Tribunum plebis non poſ ſe eſſe, cujus pater ab hoſtibus captus eſſet; vt decidet propter jus poſtliminii, de quo inf. tit. 12 Et mox hoc quoque conceſſum patri ait, ut tertia venditione filii pecuniam ſibi quærere poſſit, majori conceſſa poteſtate in filium quam domino in ſervum qui una venditione à poteſtate domini eximitur; cum filius etiam bis venditus, bis à domino manumiſſus in patris poteſtatem redeat. hoc jus poteſtatis LL. 12. Tabb. repetitum ibid. affirmat. Et cur igitur in *l. patre 8. de his qui ſunt ſui &c.* Jus poteſtatis dicitur moribus receptum? an forte reſpectu quorundam effectuum, velut ſubſtitutionis, *l. 2. in pr. de ſubſtit.* an quia jus hoc poteſtatis utique origine & forma eſſentiali eſt a jure gentium; cujuſmodi quæ ſunt non raro à moribus eſſe dicuntur. *arg. l. ult. de ritu nupt.* an quæ à primis Ur-

bis cunabulis recepta, propter antiquitatem ad mores retulerunt; quod præſertim exactis Regibus quæ ab illis ſancita fuerunt, illis accepta referri viſum non fuit. Eodem ſenſu videtur dici jus poteſtatis conſenſu receptum *in fin. pr. infr. de adquir. per adrog.* Et de jure necis ſuppetunt & teſtimonia in jure noſtro in *l. in ſuis ff. de lib. & poſt. in fi.* Sed quoad jus vendendi contradicit *l. ult. C de pat. pot.* ubi Imp. Conſtantinus, licuiſſe olim patri filium occidere ait ſed libertatem eripere non licuiſſe. Fortaſſe citius jus vendendi ademptum patribus fuit, quam jus vitæ & necis; & filios à parentibus necatos quoſdam legimus, venditos vix legimus. Ut dicamus quod quidā conātur, plus credendum eſſe Conſtantino, quam Græculo homini, mihi probari non poteſt; cum autor iſte ſit accuratus indagator antiquitatum Romanarum, qui inſuper ibi refert Legem Numæ, ex qua pater non poterat amplius vendere filium poſtquam hic conſenſu ejus uxorem duxiſſet. Et convincit ratio ſolida, quod cum vetus illa duritia diſplicuiſſet, imago tamen manſit, in emancipationibus filiorum, ut terna venditione in imaginariam ſervitutem deducerentur. *l. 3. d. cap. min.* de quo dicemus *infr. tit. 12.* quod aliunde natū eſſe non potuit, quam ab antiquo jure vendendi filium; Sed contrahenda vela ſunt. Deo iſtam poteſtatem ſummam parentibus dari non debuiſſe & eam plu'quam tyrannicam & dominicam eſſe. Eoque etiam merito ſive LL. ſive moribus ſenſim abrogata eſt, & ſic in *d. l. ff. de lib. & poſt.* verba, *quos & occidere licebat*, oſtendunt tum non amplius licuiſſe; & jus adquirendi per filium, quam mutatum & imminutum fuerit, dicemus *infr per quas perſ. adquir* Et recte *l. un. C. de emendat. propinq.* Senioribus jus coercendi juniores propinquos jure patrio permittitur; Si gravius delictum atrociorem pœnam exigat, ad magiſtratum deferendam rem eſſe; & ipſa Lex Dei vult deduci filium inobedientem ad magiſtratum, ut ejus autoritate pœna infligatur, & ſimul cauſa cognoſcatur; neque enim alias magiſtratum adire neceſſe eſſet, olim autem moribus Romanis patrem privatim de filio, vel etiam adhibitis propinquis cognoſcere potuiſſe, multa exempla oſtendunt, quorum quædam extant apud *Valer. lib. 5. cap. 8. Liv. lib. 2. Cic. 1. de finib. & Senec. 1. de Clement.* Id autem poſt non amplius permiſſum. Itaque Bodinus fruſtra eſt, dum *1. de repub. 4.* poteſtatem vitæ & necis, pernicioſo, ut ait exemplo, patrib. ademptam, reſtituendam ijs contēdit, ſed ineptis planè rationibus. Et imo nulli privato, talis poteſtas concedenda eſt, ſed magiſtratui, qui huic fini conſtitutus eſt, ut delicta coerceat, quidni enim & matri alias talis poteſtas permittatur. Sed iſta ſufficiant, de iſto effectu, qui eſt in coercendo. De altero qui eſt in eo ut pater adquirat per filium, agitur *inf. lib. 2. tit. 9.* ubi dicemus de iis quæ hic tractat gl.

TEXTUS.

2. Qui igitur ex te & uxore tua naſcitur, in tua poteſtate eſt. Item qui ex filio tuo, & uxore ejus naſcitur, id eſt, nepos tuus & neptis, æque in tua ſunt poteſtate: & pronepos & proneptis & deinceps ceteri. Qui autem ex filia tua naſcuntur, in poteſtate tua non ſunt, ſed in patris eorum.

COMMENTARIUS.

RES iſta perſpicua eſt, nec multis verbis opus. Unus in poteſtate duplici ejuſdem generis eſſe non poteſt; nec qui in poteſtate eſt, alium eodem genere poteſtatis ſubjectum habere poteſt; quo pertinet *l. ſic eveniet 21. ad L. Jul. de adulter.* Hoc enim eſt, ut nepos non ſit in poteſtate patris, qui ipſe adhuc patrem habet, cui ſubjectus ipſe eſt. Et hoc convenit etiam rationi juris gentium, de qua ante egimus, quod omnes qui ſunt ejuſdem familiæ, id eſt, in una quaſi domo, ſunt ſubjecti capiti familiæ, qui eſt v. c. avus. Atque hinc eſt, quod emancipato filio, ejus liberi manent in poteſtate avi *§. admonendi. 7. infr. quib. mod. jus. pat. pot. ſolv.* Effectus hujus rei eſt, ut nepos non adquirat patri ſuo, ſed avo; niſi quis dicat, immediate quidem patri, & per hunc recta rurſus avo adquiri: nam poteſtas in filio ineſt potentia quadam, cujus actus propter ſuperſtitem avū inhibetur, ceteroquin hoc mortuo, non poſſent ejus nepotes eſſe in poteſtate patris ſui, quod cōtra eſt, *in pr. infr. d. t. 12* Plane pater liberos leviter caſtigare poterit, ſed (quod poteſtatis propriū jus eſt) de delictis eorum cognoſcere & ſententiam in eos ferre, ex veteris juris ratione, nō poterit, quam diu avus ſuperſtes eſt. Unde eſt quod jus occidendi, adulterum in filia deprehenſum non habet, nec jus occidendi filiam. *d. l. 21. de adulter.*

Qui igitur ex TE] Eſt deſcriptio filii juxta *l. filium 6. de his qui ſunt ſui iur.* & quod mox adjicit, *in verſ. Item qui*, aperte docet, loqui pr. de eo qui patrem ſupra ſe non habet, ut nihil neceſſum fuiſſet à Myns. hanc limitationem adſcribi.

Qui

Qui autem ex filia.] Fœminæ nubentes egrediuntur familiam patris ſui, & fiunt pa: ſ famil æ mariti vel patris ejus, eoque liberi ex his nati in familia & poteſtate avi materni eſſe non poſſunt. *l familiæ 196. de verb. ſign.* quæ certa etiam juris gentium ratio eſt; ad quam ſane perinepta ſunt, quæ hic pro rationibus dubitandi movet Hottom. quod fœmina quæ eſt in poteſtate patris videatur eſſe ſolum alienum; ut proinde ſemen ejus in eo ſolo facta aut patris ejus tota, aut ſaltem communis eſſe debeat, ineptæ quoque reſponſiones, quod maritus habeat uſum fructum uxoris, & quod mariti ſemen ſolum ſufficiat ad generationem. Equidem ſi hoc attendamus, qui ſemina in alienum agrum ſparſit, quæ terra tantum fovet & producit, erit dominus frumenti; quod falſum eſt, ſed omnino utcunq; conſideremus jus vetus poteſtatis in liberos, tamen inepte hæc diſputantur, & naturalis ratio adquirendi per acceſſionem ex rebus ſuis huc male transfertur; quia non agitur de adquirenda re aliqua per facturam & ſimplici iure dominij, ſed de adquirendo hærede bonorum & ſacrorum, & familiæ. Neque propter jus poteſtatis Romanum, ſublata eſt ratio juris gentium, ex qua natus ex conjugio eſt in familia patris, qui familiæ caput eſt, ex quo in *l. 19. & 26. de ſtat. hom.* hæc Lex naturæ ſeu potius juris gentium eſſe dicitur, ut natus ex juſto conjugio ſequatur patrem. Quæ ratio procedit, etiamſi filia maneat in poteſtate patris, quam etiam hactenus laxare cenſetur pater, dum filiam ipſe alteri in matrimonium ſecundum Leges elocat. Hæc ſcil. videtur mutuatus Hottom. ex *Can. ad iis. de conjug. ſeru & tit ſeq* Jure enim Can. etiam cum ſervis eſt connubium, & nihilominus ſi ſerva nup. a ut libero, partus, ſequitur ventum ut notavi *infr. tit. ſeqq. §. Illud 10. in fi.* An autem aliquo modo nubēdi filia exeat de poteſtate patris, videbimus *inf. tit. 12.* Illa porro quoque mihi diſputatio videtur inepta, quam hic movet Hottom. an liberi nati ex uxore, quæ non convenit in manum, ſint in poteſtate patris. Equidem ſufficit conjugem eſſe, licet non omnes effectus conjugij ſpecialiter contracti habebat, ut liberi ſint in poteſtate & familia; & dicemus aliquid de hoc tit. ſeq.

AD TITULUM X.

LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE NUPTIIS.

TEXTUS.

1. Juſtas autem nuptias inter ſe cives Romani contrahunt, qui ſecundum præcepta Legum coeunt, maſculi quidem puberes, res, fœminæ autem viripotentes: ſive patres familiarum ſint, ſive filiifam. ſint: dū tamen ſi filiifamiliarum ſint, conſenſum habeant parentum, quorum in poteſtate ſunt: nam hoc fieri debere, & civilis & naturalis ratio ſuadet, in tantum ut juſſus parentis præcedere debeat.

COMMENTARIUS.

1 *Iuſta nuptiæ quæ, & n. 3.*
2 *Error Triboniani.*
4 *Iniuſta uxor quæ & n. 6.*
5 *Modi nuptiarum contrahend.*
7 *Ætas contrahentium.*
8 *Emancipata an opus c. nſenſu parentum.*
9 *Quid ſi nepos uxorem ducat.*
10 *Et quid ex jure gentium.*

VIx ullus textus eſt magis prægnans, & qui paucioribus verbis plures res & materias contineat. Ideoque hic paululum pedem figemus & remorabimur; nec pigebit tyrones juris hic didiciſſe, quæ ad plura cognoſcenda ſternant viam. Illud imprimis hic notandum; non eſſe propoſitum Juſtiniano, totam iſtam materiam hic tractare, ſed fere quatenus nuptiæ ſunt cauſa patriæ poteſtatis; nos tamen paulo latius hæc exequemur. Ait

Juſtas nuptias.] Iuſtum † puto hic ſignificare, quod legitimum, jure videlicet Romano. Nemini 1 enim dubium eſſe poteſt, quod matrimonium

ſit iuris gentium, & vt ſacræ Paginæ teſtantur, eius iuris, quod cum ipſo humano genere cepit; & vix ullæ fuerint tam barbaræ gentes, apud quas non fuerint matrimonia & conjugia, & ea quidem diſtincta à vagis concubitibus & ſtupris; nec dubi-
2 tavi ego nuquam, quin penitus falſum † ſit, quod Juſtinianus ſcribit in *N. 89. cap. 1.* natura omnes liberos eſſe æquales, & ead. *N. c. 9.* ante leges ſcriptas nullam inter legitimam & aliam ſobolem differentiam fuiſſe, quod etiam repetit *N. 24. cap. 1.* hoc inquam falſum eſt, ea omnibus imo gentibus, ſicut matrimonium fuit, ita etiam juſta ex matrimonio proles. Sed ſingulæ gentes, quæ ex jure communi gentium hauſerunt, ſibi quodammodo propria fecerunt argum. *L. ius civil. 6. de i. ſ. & iur.* & civibus ſuis quoque proprios tantum voluerunt eſſe effectus & propria jura, quæ illis ſpeciatim conformatis attribuerunt; Scilicet ſucceſſiones inteſtatorũ juris gentium ſunt, ſed Legibus Romanis & in Romana Repub. nemo ſuccedit, aut ulli ſuccedítur; niſi qui eſt civis Rom. Ad hunc modum civium tantum Romanorum juſtæ ſunt nuptiæ, quo ad effectus qui Legibus Romanis, ſunt attributi nuptiis in uxores, in liberos inde natos &c. Verbum juſti pluribus
3 alias rebus pro epitheto adjicitur. Dicitur † juſta ſervitus, ut notatum *ſup. ad fin. tit. 4. & pr. tit. 5.* Juſta libertas; & alia injuſta, quæ non facit civem Romanum, ut d. tit. 5. & propius ad rem noſtram, dici-
4 tur † injuſta uxor, in *l. ſi uxor 13. §. 1. Ad L. Iul. de adult.* quod de illa explicat *Cuiac. 6. obſ. 16.* quæ non ſolenniter accepta eſt aqua & igni. Quod ut intelligant tyrones, paucis quibus modis apud veteres Romanos contrahebantur nuptiæ, explicandum eſt, quod & ad juris noſtri, & antiquitatis cognitionem utile eſt. Tres modi † referuntur à *Boetio com. 2. in Topic. Cicer.* uſu, farre, & coemptione; uſu; cum mulier ſine aliqua ſolemnitate affectione tamen conjugali ducta, per uſum anni juſta uxor efficiebatur, coemptione, cum imaginaria venditione interveniente mulier in manum viri conveniebat. Farre ubi ſacris factis & adhibito farre nuptiæ coibant. Sed verius & accuratius dicitur, tantum duos fuiſſe modos, uſum & coemptionem: confarreationem fuiſſe ſpecialem ſolemnitatem adhibitam in matrimonio Pontificum & Flaminum, ut colligitur ex *Tacito lib. 4. annal.* Quod ſi ita eſt, oportet hunc modum poſtea Pontificum & Flaminum proprium factum eſſe: nam initio per confarreationem omnia matrimonia contracta fuiſſe diſerte ſcribit *Dionyſ. Halicarn. lib. 2. antiquit. Rom.* Effectus iſtius diverſitatis non pauci, nec exigui erant. Nam quæ in manum convenerat, ea materfamilias, ceteroquin tantum matrona dicebatur, *Gellius lib. 8. cap. 6.* Itemque illa in manu & poteſtate mariti & ei loco filiæ, & hæres vel in ſolidum, ſi nulli eſſent liberi, vel in æquas partes cum liberis hæres erat; ſicut ex adverſo omnia bona mulieris quæ ita nubebat, dotis loco mariti fiebant; quod diſerte ſcribunt *Boet. d. comm. 2. in Topic. Cic. Dionyſ. Halic. d. lib. 2. & ipſe Cicer. in Topicis*; cum mulier, inquit, in viri manum convenit, omnia quæ uxoris fuerunt, viri fiunt, dotis nomine. *Servius in lib. 4. Æneid.* ad illa verba.

——*dominam Ænean in regna recepit.*

Et hoc, inquit, de jure, quaſi per coemptionem: coemptio vero certis ſolennitatibus peragebatur apud priſcos, & ſeſe coemendo invicem vir & uxor interrogabant. Itaque mulier in viri manum conveniebat, & erat mulier materfamilias viro loco filiæ. Eodem jure non quidem initio erat, ſed poſtea eſſe incipiebat uxor, quæ ſimpliciter ducta, ſed anno continuo (qui erat modus acquirendi juris Quiritum) uſucapta erat à viro. Docet *Cicero pro Valerio Flacco* In manu, inquit, convenit, nunc audio, ſed quæro, utrum uſu an coemptione. Quoniam autem conventionem in manum ſequebatur, ut mulier & tutela liberaretur, & ex poteſtate patris exiret, ideo interrumpendæ uſucapioni, ex LL. XII. Tabb. introductum fuit, ut ſi mulier trimeſtri abfuiſſet à viro ante annum completum, uſucapio interrupta eſſet, quod diſcimus ex *Gellio lib. 3. cap. 2. Macrob. lib. 1. Saturn. cap. 3.* Hæc ita antiquitus obtinuerunt, ſed poſtea in deſuetudinem abiere, nec jam amplius temporibus ICtorum noſtrorum obtinuiſſe indicio eſt, & quod vix ullum notum ſupereſt jure noſtro veſtigium; & magis, quod imo cum iſtis, jam relatis, quæ jure noſtro tradita ſunt, conſiſtere non poſſunt. Nam jure noſtro indiſtincte traditum eſt, filiam nuptam manere in poteſtate patris, de quo agemus *in fin. tit.* 12. nec minus inauditum jure noſtro eſt, uxores cum liberis, aut his non exiſtentibus, ante agnatos & cognatos ſuccedere; de quo *inſt. lib. 3.* tum denique citra expreſſam conſtitutionem bona omnia doti non eſſe jure noſtro expeditum eſt: Et cum dici non poſſit, quod infinita loca juris immutaverit Tribonianus, fatendum erit veterem morem contrahendi nuptias paulatim in uſu eſſe deſiiſſe, facit quod *Tacitus* ſcribit *lib. 4.* confarreationem in uſu eſſe deſiiſſe, quoniam

parea-

parentes nolebant filias nuptas ex jure patrio exi.
Dejectis itaque priſcis ritibus dicemus ſimpliciter contrahendi matrimonii modum receptum eſſe per ſimplicem conſenſum, addita tamen non raro ſolemni deductione in domum, cujus frequentiſſima in jure noſtro mentio, aut ſi hæc deeſſet; (quæ ſane & poſt eſſe deſiit, & tempore utique Juſtiniani nulla fuit) teſtatione uxorem duci liberorum quærendorum cauſa, ut differet à cõcubina; hujuſmodi enim teſtatio in nuptiis ſolemniter contractis neceſſaria non fuit. Firmat hoc *l. ſi vicinis 9. & l. ſi donationum 22. C. de nupt.* in quibus nulla eſſet ratio dubitandi, ſi illis ſolemnitatibus etiamnum opus fuiſſet. Ut redeamus ex diverticulo in viam, & ad
6 id quod de † injuſta uxore dicebamus ex *l. 13. §. 1. ad leg. Jul. de adult.* ſiquidem ſolemnitates illæ & differentiæ nubendi per uſum & conventionem jam tum ſublatæ erant, difficile eſt, intelligere ibi uxorem, quæ non convenit in manum. Succurrebat & alia explicatio, Connubii & alia jura ita erant antiquitus civium Roman. propria, ut muris urbis Romæ fere continerentur, niſi quibus ſpeciali beneficio civitas data erat, quã nec Latini nec alii populi Latii tum habuerunt, de quo late agit *Sigon. lib. 1. de antiquo jure Italiæ.* Itaque ſi quis Romanus duxiſſet uxorem ex Latio, ea juſta uxor non erat. Sed iſta explicatio ad d. l. 13. ideo accommodari non poteſt, quod longe ante tempora Ulpiani Italiæ toti jus civium Rom. datum erat, de quo Sigon. d. loco: quod poſt conſtitutione Antonini omnibus ſubditis datum eſt *in l. in orbe 17. de ſtat. hom.* ut nec de provinciali in uxorem ducta explicari poſſit *d. l. 13. §. 1. de adult.* Et fortaſſis rectior eſt explicatio *Cujacii 3. obſ.* ut intelligatur quæ ducta eſt ſine conſenſu
● patris, cum qua convenit explicatio poſtrema Accurſii in d. l. 13. quæ jure uxor eſſe non poteſt, uxoris tamen animo & affectu habetur: qui affectu facit, ut ſecundum quid pro uxore habeatur, maxime quoad jus accuſandi eam adulterii, licet ſimpliciter uxor non ſit, juxta *§. ſi adverſus 12. Inſt. h. t.* Sed & extra caſum d. § 12. poteſt poni quæ vere uxor non ſit, & ita injuſta uxor, ut ſi quis Germanam aut Parthicam fœminam ſibi uxoris loco duxerit; cum hæc enim quæ peregrina eſt jus connubii non eſt. Item & amplius, ſi civis Romanus pro uxore ſibi aſſumit Latinam (ſcil. Junianam) illa injuſta uxor erit, quod diſerte reſcribit *Ulp. tit. 7. de his qui ſui juris ſunt. § ex cive 9.* Idq; accommodatum plane exemplum eſt ad *dict. leg. 13. de adulter.*

Cives Romani.] Diximus matrimonium eſſe juris gentium, ſed formam propriam & effectus proprios ejus rei, & conjunctionis hujus apud varias gentes fuiſſe & eſſe. Itaque etiam hactenus inter cives Romanos tantum juſtæ nuptiæ ſunt. Ita apud Athenienſes ſolum jus civitatis habuit, qui ex duobus civibus Athenienſib. natus eſſet, ut apparet ex oratione *Demoſthenis in Neæram.* (ſive ipſius ſive alterius eſt) & in *appellatione adverſus, Eubuliden,* quam Legem à Pericle primum latam autor eſt *in ejus vita* Plutarchus. Ante enim & ex LL. Solonis etiam nothos (id eſt ex altera cive altera peregrina natos) in cives allectos fuiſſe ſcribit *Sigonius de Repub. Athen. lib. 2. c. 4.*

Secundum præcepta Legum.] Quid hæ præcipiunt, ſequentia hujus tituli oſtendunt.

Maſculi puberes.] Cur fœminæ citius pubeſcant, † & ex quo æſtimetur pubertas, dicemus *infra 7. tit. quibus modis tutela finitur.* Eſt autẽ hoc primum præceptum,. de ætate ut ſint puberes, de fœminis,. id ſignanter expreſſit Theoph. ἀῤῥένες ἀνήβους cum impuberibus nuptias non eſſe probant textus in *lib. 4. de ritu nupt. l. hac cont. 10. de cond. & dem. l. pen. Quand. dies leg. l. dotis 68. de jur. dot.* Voluerunt Romani ea ætate, qua natura dat habilitatem generãdi, matrimonium permittere civibus ſuis, ne illicitis & vagis concubitibus indulgerent, quod præſertim perpetuis bellis hominibus, & ſobole ſemper ſubnaſcente indigerent: & corpora minus firma exercitatione durari poſſunt.

Hinc varia olim præmia patribus & maritis, contra pœnæ quædam & notæ cœlibibus & orbis datæ & irrogatæ, quæ diſtinctim proponit *Lipſ. in comm. ad libr. 3. Taciti.* Et ex jam dd. rationibus non difficulter removentur, quæ diſputat *Ariſtoteles 7. Politic. 16.* ubi vult maſculos demum conjungi circa annum 36 à quo non longo diverſus *Plato 5. de Repub. & 6. de Legib.* tricefimum annum maſculis præſcribit. Et longe plura incommoda habet hæc ſententia, quam illa; & reverentiam liberorum erga parentes, Legibus ſeveris ſanxerunt Romani; qua ratione tollitur præcipuum incommodum, quod Ariſtot. movet, parentibus ætate junioribus,. à liberis non ita multum ætate diſparibus debitum honorem & obſequium non præſtari. Ab hac ætate porro quouſque liceat uxorem ducere, nullus hodie terminus eſt; & capiti Legis Juliæ ſive potius Papiæ Poppææ, (ſive hoc Tiberius addidit, ut colligitur ex *Suetonio in Tiber. c. 23.*) quæ, ut loquitur *Seneca in ludo de morte Claudii Cæſaris.* Sexagenariis fibulam impoſue-

poſuerat, jam olim Claudius derogavit, ut *d. l.* refert Suet. & colligitur ex *Ulp. tit.* 16. nec dubio illud quoque caput de quinquagenaria fœmina, cujus eodem loco meminit Ulp. hodie ceſſat; nec enim tantum procreationem liberorum, ſed etiam alios fines nuptiæ habent. Porro jure Can. conſtat, ætatem nubilem non æſtimari ex annorum certo numero, ſed ex poteſtate coeundi; utique ſi malitia ſuppleat ætatem, etenim cum impubere, & qui 12. vel 14. annum necdum attigit, erunt nuptiæ.

Conſenſum habeant parentum. Scilicet fil. fam. de quibus loquitur Juſtin. Nam emancipati legitimas & juſtas nuptias ſine conſenſu parentum contrahunt, quod tamen pene ſecus videatur in fœminis † emancipatis, per *l. vidua.* 18. *& l. in conjunct.* 20. *Cod. de nuptiis.* Et moribus Romanis illud jus patris erat, ut ſuo jure nec conſultam filiam quæ in poteſtate erat, deſpondere poſſet; cujus rei & in Comicis & in Hiſtoriis extant exempla, nec obſcure confirmat *l. ſed quæ* 12. *§.* 1. *de ritu nupt.* Et itaque emancipatis filiabus id ſaltem conceſſum videtur, ut pater niſi explorata prius earum voluntate eas ne deſponderet, quod videtur omnino velle *d. l.* 20. *C. h. t.* quamvis communius putent, id non tam eſſe neceſſitatis quam honeſtatis; alii hæc tantum requiri putant, ut exploret filia conſenſum patris, quem tamen omnino ſequi neceſſe nō habeat, & ſane in *l.* 18. *Cod. de nupt.* poteſt emancipata repugnare conſenſui patris, & judex debet potius mulieris ſententiam ſequi; plane liberum arbitrium emancipatarum non eſſe ſatis inde apparet, quod alias neceſſum non eſſet diſſentiente patre authoritatem magiſtratus interponi. Requiritur juxta hunc textum conſenſus parentum, in quorum
9 ſunt poteſtate liberi. Et quid igitur ſi nepos †
uxorem ducat, hic enim in patris ſui quamdiu vivit avus, poteſtate non eſt, *§. ult. tit. præc.* Sed enim diximus ibid. quod jus poteſtatis potentia quadam ſit in filio, quod deducitur in actum avo mortuo, tum etiam quæ ratio facit, ut ne avus poſſit adoptare nepotem tanquam ex filio certo natum, niſi conſenſu filii, *l. cum nepos* 6. *de adopt.* eadem hic occurrit, ne videlicet invito agnaſcatur ſuus hæres; itaque nepote uxorem ducente & filius conſentire debet, *l. oratione* 16. *§.* 1. *de ritu nupt.* quæ poſterior ratio cum ceſſet in nepte, ex qua non agnaſcitur, ex ratione juris veteris hæres avo materno, ceſſat proinde & deciſio *d. §.* 1. eadem autem mutata hodie, cum per *N.* 118. nepotes ex filia æqualiter ſuccedant cum liberis aliis avunculis ſuis aut nepotibus ex filio, faciet, ut nepte quoque nubente, neceſſarius ſit conſenſus filiis, nec ſufficiat ſolius avi. Limitatur autem deciſio *d. l.* 16. *§.* 1. ſi nepos ducat uxorem, quæ itidem neptis ex alio filio eſt communis avi, cujus ſolius tum conſenſus ſufficit *l.* 3. *de ritu nupt.* forte quia hæc itidem agnata eſt patruo ſuo, quæ ex Lege habet jus ſucceſſionis; nam, illud prorſus ineptum eſt, quod Accurſ. ſecundo loco reſpondet, filium in ſpecie *d. l.* 3. *de ritu nupt.* mortuum fuiſſe, quo caſu ſtolida eſſet ratio dubitandi; & quod JCtus ait in *d. l.* 3. *ME SOLO* excludit utiq; alium.

Et civilis & naturalis ratio.] De ratione civili ſatis conſtat, & nuptias ſine conſenſu patris contractas nullas eſſe *L. Paulus* 11. *de ſtat. hom.* An etiam eodem modo ſuadeat naturalis ratio, ut nuptiæ
ſine conſenſu parentum contractæ † jure gen- 10
tium nullæ ſint, non immerito quæritur. Et ego ſane in negantem ſententiam proclivior ſum, cum *A. Cont.* 1. *lect.* 4. *& Weſembec. hic.* nam perſonæ patris & filii omnino diſtractæ ſunt, nec adeo actus filii; qui alias omnes contractus recte celebrat *l. filiusfam.* 39. *de obl. & act.* ob defectum aſſenſus paterni poteſt videri nullus jure gentium. Et ratio juris civilis pendet à ſumma illa poteſtate, quam patrib. in liberos dedit Lex Romuli; poteſtas a. patria ex jure gentium talis non eſt, ut diximus *ad tit. præced.* Ceteroquin ſi jus gētium requireret de eſſentia conſenſum parentum, vix à peccato excularetur jus civile, quod emancipatis, qui ſane natura liberi manent, conceſſit arbitrium nuptias ex voluntate ſua contrahere. Neque obſtat quod ex Decalogo affertur, honorandos eſſe parentes; hinc enim efficietur, matrimonium nullum eſſe, niſi & conſenſus matris accedat. Enimvero dubio procul liberi graviter peccant, qui ſine conſenſu parentum nuptias faciunt, ſed non propterea ſequitur actum ipſum eſſe nullum. Non movet etiam quod de agnatione ſui hæredis per nuptias filii objicitur; quoniam utcunque interſit patris, non tamen ſequitur, actum eſſe nullum, cum etiam poteſt pater uti jure ſuo, & filium exhæredare, vel utique legitimam tātum dare; ſed & jure prætorio in effectu, per nuptias emancipati agnaſcebatur hæres avo dum nepoti prætor per bonorum poſſeſſionem ſuccurrit, nec tamen hic opus eſt conſenſu patris. Et hinc etiam removetur; quod hic dicitur de ratione naturali, quæ ſcilicet ſuadet ut hoc fiat, & factum contra procul dubio damnat, ſed non ob id actum annullat; nec neceſſum eſt, ut ita hic locus accipiatur,

tur,

tur quaſi æqualiter ratio naturalis & civilis exigere conſenſum; & hæc nimirum non tantum ſuadet, ſed etiam diſponit, actum eſſe nullum: Ceteroquin ſi aliter accipias, hac in re auctoritatem Juſtiniani non admitto; nec ex textibus Romani juris hæc quæſtio decidi poteſt; hoc enim excedit poteſtatem Legislatoris. Quæ ſi ita ſunt, tanto rectius ſe habebit jus Canon. quod conſenſum parentum de neceſſitate requiri negat, idque etiam Concilio noviſſimo Tridentino confirmatum eſt. Illud denique addo, conſenſum parentum etiam requiri, ubi poſt divortium factum, de renovandis nuptiis tractatur inter eaſdem perſonas *l. nuptiæ 18. de ritu nupt.*

Ut juſſus parentis præcedere] Hæc eſt natura juſſus, ut præcedat veluti in juſſu de adeunda hæreditate *l. ſi quis 25 §. 4. de adquir. hæred.* notant *Interpp. in §. item vobis 3. infr. per quas perſ. adquir.* Apparet tamen humaniter receptum fuiſſe, ut pro juſſu haberetur ſilentium patris ſcientis contrahi nuptias & non contradicentis, qui expreſſum eſt, *in l. 5. Cod. de nupt. l. … §. 1. de ſponſal.* quomodo ſane non poteſt dici patrem juſſiſſe, ut omnino neceſſum ſit receſſum aliquo a priſco rigore, qui hoc §. exprimitur, quoniam ſi illud quod requiritur ut filius adeat hæreditatē, & quod ut hic dicitur præcedere debere in *d. l. 25 § 4.* omnino præcedere oportet, ut probat *l. ſervo 6 in pr. ad SCtum Trebell.* contra quā falſo ſcribit Hotom. hic confundens aditionem hæreditatis cum bonorū poſſeſſionis petitione, & acceptione hæreditatis ex fideicommiſſo, quæ in *d. l. 65.* expreſſe ſeparātur. Aut an dicimus hoc ita accipiendū, ut excludatur conſenſus ſequens, nō conſenſus juxta dd. textus, concurrens; Ita enim ea loca accipienda ſunt quod pater cognoverit nuptias contrahi, non autem quod demū poſt, nuptias contractas eſſe cognoverit, (ut omnino male id accepit Hotom. hic, qui nec putat eſſe omnino nullas nuptias ſine conſenſu patris, de quo dicemus inſuper aliquid *ad §. adverſ. 11. inf. h. t.*) Nam ſane illud juris non dubium, ſi poſt pater nuptias filii habeat ratas, quib. aut ante cōtradixit, aut quas contrahi ignoravit, retro nuptias non confirmari, ſed demum a tempore cōſenſus legitimas haberi, ut non obſcure probant textus *in l. ſi uxor. 13. §. ſi quis 6. inf. ad l. Jul. de adulter. l. dotis 68. de jur. dot.* Quod tamen hodie contra eſſe, & patris etiam qui ignoravit ſecutum conſenſum retro operari, ut liberi ante nati ſint legitimi, humaniter defendi poſſit, exemplo legitimationis, & quod ſecuto matrimonio liberi ante nati juſti ſunt & legitimi. Nam quāvis liberi nati ex fœmina quæ ſine conſenſu patris ducta eſt, poſſint videri ex ſtupro nati, humanius tamē talem fœminam habebimus pro concubina. Et ſane hodie poſt tali habenda erit, aut futura nulla, plane amplius erit legitimatio, quoniam concubinatus hodie prohibitus eſt, & proinde conſuetudo cū ſoluta, habenda pro ſtupro fuerit. Legitimatio porro JCtis olim fuit incognita, ut eos aliter reſpondiſſe non ſit mirandum.

TEXTUS.

1. Unde quæſitum eſt, an furioſi filia nubere, aut furioſi filius uxorem ducere poſſit. Cumq; ſuper filio variabatur: noſtra proceſſit deciſio, qua permiſſum eſt, ad exemplum filiæ furioſi, filiū quoq; furioſi poſſe & ſine patris interventu matrimonium ſibi copulare, ſecundum datum ex noſtra conſtitutione modum.

COMMENTARIUS.

FAlluntur, qui hinc tantum arceſſunt rationem, cur neceſſarius ſit conſenſus patrum quoniā patri agnaſcatur hæres, quoniam jure veteri per filiam avo materno non agnaſcebatur hæres, nec ei nepotes ex filia ſuccedebant, quippe qui nec ſui nec agnati erant, & demum tertio loco à prætore inter cognatos vocabantur *§. Item vetuſtas 15 inf. libr. 3. tit. 1.* & tamen non minus erat conſenſus patris neceſſarius, ſi filia nubere … Itaque adæquata ratio iſtius rei pendet, ut paulo ante diximus, ex jure poteſtatis. Quod quamvis ita ſit, tamen iſta ratio ab agnatione ſui hæredis ſpeciales quoſdam effectus habet. Hinc enim eſt, quod ubi nepos ex filio nubit, ſufficit conſenſus rei *l. Oratione 16 § 1. de ritu nupt.*

Itemque hinc eſt, quod facilius permiſſum fuit, ut filia furioſi nubere poſſet, quam filius furioſi, quippe quod per hunc agnaſcitur avo hæres, non autem agnaſcebatur per illam; idque eſt, quod Juſtin. hic dicit, variatum fuiſſe ſuper filio, cum id in filia facilius fuiſſet receptum. Plane non debuit nec potuit quaſi adimi filio jus ducendi uxorem, patris furore durante, cujus finem expectare vel ideo non debemus, quod non ſemper iiſdem cōditionibus uxor duci poteſt. Non habuit autem Juſtinian. cauſam, ob quam dubitaret filio hoc permittere, aut debuiſſet etiam dubitare de filia;

3 ſtatur, an etiam † diverſitas religionis impediat matrimonium; velut Chriſtiani cum infideli Ethnico. Tribus verbis dico, hujuſmodi matrimonium habere quidem non pauca incommoda, ſed ipſo jure valere, ſi rationem ſequamur; neq; enim hoc ad ſubſtantiã matrimonii pertinet; & olim cũ & Chriſtiani, & Ethnici communis Reipubl. eſſent cives, validum oportuit fuiſſe matrimonium; quod & confirmatur ex *l. 5 §. pen. C. de ſponſal. l. ſi legib 16. in pr. C. de Epiſcop. aud.* quamvis facile concedam Lege civili induci ejuſmodi prohibitionẽ poſſe; quomodo matrimonio cũ Judæis vetantur *l. 5. C. de Judæis.* quamvis & Judæorum ſit ſpecialis & propria ratio. Porro definitio *in l. 1 de ritu nupt.* accõmodata eſt à JCto ad tempus veterẽ Romanam, cum eſſent privata ſacra familiarũ, quorum particeps erat uxor.

Quæ parentum liberorumve locum obtinent.] Intelligitur utiq; eos qui ſunt in linea recta. Ceteroquin 4 † etiam patrui & avunculi, materteræ & amitæ parentum loco eſſe dicuntur *h. t. infr. §. Item amitam.* Retulimus ſupra, *tit. 2.* prohibitionem iſtam inter parentes & liberos eſſe à jure naturali, non obſtante, quod aliquibus gentibus eæ nuptiæ probatæ, ut plurimus ſcribunt *Hottom. de nupt. cap. 5. Alber. Gent. de nupt. libr. 5. cap 7.* Idque de Perſis teſtatur *Agath. lib. 2.* Apud Perſas jus eſt miſceri cũ matribus, inquit, *Octavius apud Minutium: & Euſeb. lib. 6 præpar. Evang.* παρὰ Πέρσαις νόμος ἦν γαμεῖν τὰς θυγατέρας καὶ τὰς μητέρας. *Tertull. in Apolog.* Perſas enim matribus miſceri Cteſias refert, & Arnobius l. 5. de Jove ſcribit, quod & matri & filiæ Proſerpinæ ſeſe cõmiſcuerit. Hæc non faciunt, quo minus hæ nuptiæ & hi concubitus recte dicantur eſſe contra jus naturæ. Itaq; inepte *Harmenop. lib. 1. tit 1. §. 16.* Jus gentium apud Perſas ait eſſe miſceri matribus.

Uſq; in infinitum.] Hæc ita de jure, nam humanæ vitæ brevitas, inanem facit quæſtionem; & fruſtra hic eſt Accurſ. qui hic infert ſi Adam reſurgeret, eum non poſſe ducere uxorem. Illud hic annotandum, verbum parentum, hic videri laxius ſumi, ita ut omnes etiam ſupra tritavum comprehendat, quos alias majores appellari Paulus autor eſt *in l. JCtos 16 § parentes 7 de gradib. & affin.* quamvis nec illam ſignificationem eſſe impropriam oſtendat *l. 4. §. 2. de in jus voc.*

5 *Nefarias nuptias.*] Quaſi † nefandas, & non nominandas, quod in maledicto eſt, aut quaſi nefaſtas, quod eodem redit, quoniam dies nefaſti erant, per quos non licebat prætori fari ſolemnia verba, ut *Varro ſcribit libr. 5. de Ling. lat.* quamvis *Aſcon. Pædian. comm. in 3. Verr. quæ eſt de prætura urbana, poſt princip.* diſtinguat nefandum & nefarium. Nefandum, inquit, eſt non fandum; nefarium, quod ſacra polluit, farre pio ſolita celebrari, ergo nefarii ſacrilegi; adeoque per metaphoram ita hæ nuptiæ dictæ fuerint; cui conſentit *Nonius Marcellus*, qui *cap. 1.* ex Varrone refert, nefarium dictum à farre, quo Romani utebantur in ſacris, quo ſcelerati uti non debeant, & addit, eos nefarios dictos; qui indigni ſint, qui vivant.

Inceſtas nuptias.] Adeo Juſtinian. hic nefarium & inceſtum † pro iiſdem accepit: Ceteroquin etiam nuptiæ cum ſororibus inceſtæ dicuntur *l. ſororis 39 junct. l. 8.* Imo & cum ſororis filia *l. etiam 56. de ritu nupt.* & pro regula traditur *in d. l. 39.* inceſtum toties committi, quoties matrimonium non lege civili prohibetur, ſed moribus id eſt, jure gentium. Et Paulus tamen in *l. ult. de ritu nupt.* nuptias in linea aſcendenti tantum inceſtas appellare videtur, ita ut neget etiam eas inceſtas eſſe, ſi quis cognatam ex latere ducat; aut an dicimus non idem eſſe jure gentium prohibitas nuptias, & eo jure inceſtum committi, ut hoc aliquid amplius ſit, quomodo non quæ nuptiæ jure civili prohibitæ, protinus jure civili inceſtæ ſunt. 6

Duplex eſt notatio hujus nominis. Altera apud *Iſidorum libr. 5. cap. 26.* Inceſti, inquit, judicium in virgines ſacratas, ſive in propinquas ſanguine conſtitutum eſt, qui enim talibus miſcentur, inceſti, id eſt, incaſti habentur.

Verum apud Feſtum à Græco hoc verbum deducitur, inceſtus, inquit à Græco trahitur, nam illi facinus dicunt ἀνίκεστον; quod *Suides Heſych. & autor Etymologici magni*, interpretantur ἀνίατον ἀθεράπευτον, a verbo ἀκεῖν: & erit itaq; facinus ἀνίκεστον ſcelus non expiabile & ita graviſſimum ſcelus. Et conſequenter errat Weſembec. hic, qui inceſtum deducit à verbo κεστὸς, quaſi a ſit particula privativa. Eſſet id alias aptum ad rem noſtram nam ut modo citati autores ſcribunt κεστὸς, ſignificat ἱμάντα Ἀφροδίτης καὶ ζωστῆρα cingulum Veneris, poſt & de aliis fœminis uſurpatum: poſſit ita huc transferri, quod ut *Anton. Hottom. de vet. ritu nupt.* & alii ex Feſto tradunt, nova nupta apud Romanos olim cingulo procingebatur laneo., quod vir in lecto ſolvebat. Unde λῦσε ζώνην apud Muſæum de Leandro, pro concubitu. Secundum hoc nuptiæ inceſtæ erunt, à quibus abeſt cingulum & pudor, &c. Sed ut dixi, eſt iſta tantum alluſio, imo abuſio, & ita futura eſſet vox inceſti Hybrida, ex Græco & Latino

compoſita, & aliunde id nomen originem traxit: ſive Feſto credimus, ſive Iſidoro, haud enim puto ceſtum à ceſto illo deduci.

Quamvis per adoptionem.] Sequitur de cognatio-
7 ne † mere civili, quod hoc prohibitionem quoq; inducat in linea aſcendenti. Hic autem ante omnia præmittendum, quænam & inter quos ſit linea iſta cognationis mere civilis. Cognationis verbum uſurpatur dupliciter, & in ſpecie pro conjunctione inter eos qui per fœminas junguntur, citra alium familiæ nexum §. 1. *infr. de legit. agn. tut.* & in genere, ut etiam comprehendat agnationem, quæ eſt inter eos, qui ſunt ejuſdem nominis & familiæ, & junguntur adeo per virilis ſexus perſonam *d.* §. 1. *&* §. 1. *inf de leg. agnat. ſucceſſ.* Illa cognatio in ſpecie dicta & quæ ex ſanguine æſtimatur, per adoptionē non quæritur, ſed hæc quæ eſt à familiæ & nominis communione, & ſolet civilis appellari cognatio: quoniam videlicet Legiſlator civilis, ſpectat dignitatem & conſervationem familiarum, & maxime Romanus, qui & ſolos ex familia ad ſucceſſionem olim admiſit: ceteroquin, quatenus iſta agnatio ex matrimonio deſcendit, & ipſa recte naturalis dicitur. Sed enim quoniam in hac non tam naturalem illam rationem, quam jura familiæ conſiderant leges noſtræ, hinc fit, ut per adoptionem hæc quoque cognatio quæratur, quia per adoptionem quis familiæ adoptantis inſeritur, & tum agnaſcitur patri & avo paterno perinde ac ſi ex legitima uxore natus eſſet, tum conſequenter ſit agnatus omnibus qui ſunt agnati patri adoptivo & in ejus familia, & porro hic non quidem fit naturaliter jure cognatus, (hoc enim adoptio tribuere non poteſt) ſed tamen jus cognatorum ſeu cognationis in bonis & ad bona illorum cōſequitur, quæ habent alii agnati, qui ſimul jure naturali cognati ſūt: veluti, quod ex tertio ordine, unde cognati, jure prætorio ſuccedere poteſt *l. 1. §. cognationem 4. unde cognati:* idq; eſt quod dicitur *in l. qui in 23. de adopt.* adoptatū his quib. adnaſcitur, & agnatū fieri, id eſt jura cognationis conſequi: & in *l. ſi qua §. ult. de rit. nupt.* cognationes contrahi in adoptionibus quę legitimæ eſſent, & agnatorum jus haberent. Et igitur ceteris qui patri adoptivo non ſunt agnati, filius adoptivus eſt extraneus, quia deficit vinculum iſtud connexionis, nimirum familiæ. Hinc eſt quod quoniam mater filio agnata non eſt, filio quoq; adoptivo patris adoptivi mater aut avia non ſint ullo modo conjunctæ *d. l. 23. de adoption.* Quod autem ibidem nuptiæ interdicuntur, non fit propter ullam cognationis aut agnationis neceſſitudinem, ſed propter honeſtatem & reverentiam, quam propter patrem hujus quoq; matri filius adoptivus debet: & fœdum fuerit, eum qui filius eſt, fieri vitricum patris ſui adoptivi. Hinc etiam eſt, quod reſpondetur in *l. 14. §. ult.* avunculum aut materteram, non fieri per adoptionem: quoniam ſcilicet mater non fit per adoptionem, & uxor, quæ viri non eſt agnata, nec agnata eſt aut cognata ei, quem maritus adoptavit. Patruus autem & amita fiunt per adoptionem, quoniam fratres & ſorores invicem ſoli ſunt agnati: Sed porro amitæ filia, agnata non eſt adoptivo filio, quoniam illa nec patri adoptivo, quippe ſororis filia, agnata eſt. Ut igitur ſummatim dicam, in linea adoptiva ſunt tātum agnati, ubi quæritur de jure ſucceſſionis, & nuptiis contrahendis, excepto quod ut diximus cum matre aut avia patris adoptivi ſunt prohibitæ nuptiæ propter honeſtatem & reverentiam.

In tantum ut etiam diſſoluto.] Poſſit videri obſtare, quod emancipatio omne illud tollit, quod colligavit adoptio: & cum igitur ante adoptionem nullum fuerit vinculum nec prohibitio matrimonii, conſequenter per emancipationem quę rem in priſtinum ſtatum reduxit, videtur ſublata prohibitio, quæ durante vinculo erat. Sed nimirum ita eſſet, ſi conſideraremus ſolum vinculum agnationis: ſed jam diximus, & id alias occurrit quoque, aliquando reverentiæ cujuſdam & honeſtatis reſpectum impedimento eſſe nuptiis: quod & hoc caſu contingit: tanta enim eſt nominis paterni reverentia, ut ad impediendas nuptias, ſufficiat aliquando patrem & filium fuiſſe. Et hac de cauſa in *l. in omn. 13. de adopt.* JCtus addidit particulam FERE, quia iſtud veſtigium remanet, quod hoc §. proponitur, & in *l. quin etiam 55. de ritu nupt.* Neque obſtat, quod in *d. l. 55. §.*
1. permittitur † filio jam emancipato ducere ma- 8
trem ejus qui pater adoptivus fuit: quoniam in ejus familia numquam fuit, & ut prædiximus, avia non fit per adoptionem: ſed hanc durante adoptione prohibetur ducere, *l. 23. in f. de adopt.* propter reverentiam quam debet patri ſuo adhuc patri, cui quoniam poſt emancipationem extraneus eſt, ceſſat ratio prohibitionis: quæ non ceſſat inter ipſum patrem qui fuit adoptivus, & eam quæ fuit filia adoptiva. Et inſuper quod eſt in *d. l. 55. §. 1. de ritu nupt.* procedit in ſola matre patris adoptivi quondam, nam eam quæ fuit uxor ejus, & filii quaſi noverca, ducere nec emancipatus poteſt, *l. adoptivus 14. in pr. de ritu nupt.*

* * *

TEXTUS.

TEXTUS.

3. Inter eas quoque perſonas, quæ ex tranſverſo gradu cognationis junguntur, eſt quædam ſimilis obſervatio, ſed non tanta; ſane enim inter fratrē ſororemq; prohibitæ nuptiæ ſunt, ſive ab eodę patre eademque matre nati fuerint, ſive ab altero eorum. Sed ſi qua per adoptionem ſoror tibi eſſe ceperit, quandiu quidem conſtat adoptio, ſane inter te & eam nuptiæ conſiſtere non poſſunt: cum vero per emancipationē diſſoluta ſit adoptio, poteris eam uxorem ducere. Sed & ſi tu emancipatus fueris, nihil eſt impedimento nuptiis. Et ideo conſtat, ſi quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam ſuā emancipare, & ſi quis nurum velit adoptare, debere eum ante filium ſuum emancipare.

COMMENTARIUS.

1 *Fœditas conjugii in linea recta.*
2 *De nuptiis fratrum & ſororum.*
3 *Sara an ſoror Abraham.*

Linea cognationis alia eſt recta, in qua parentes & liberi, de quibus dictum; alia tranſverſa: & hæc duplex, inæqualis & æqualis, in qua ſcilicet qui ſunt paribus numero gradibus & æqualiter à capite invicem diſtant: cujuſmodi primo ſunt fratres & ſorores, de quibus hoc §. agitur, & de quorum & ſequentium etiam diſtantia & gradu, & quæ hac in re inter Jus Civile & Canonicum ſit differentia, dicemus *infr. lib. 3. de gradib. cognat.*

Gradu cognationis.] Verbum cognationis hic latius ſumitur & in genere; ut etiam agnationem comprehendat.

Sed non tanta.] Id ex ſeqq. gradibus magis apparet. Sed & inter fratres & ſorores non eſt tanta: quoniam diſſoluta quoque adoptione in linea recta prohibitæ ſunt nuptiæ: at non inter fratres & ſorores, qui per emancipationem tales eſſe deſierunt: nam quod ad fratres & ſorores attinet ex nuptiis natos, nec ſi emancipatus alteruter vel uterq; ſit, nuptiæ inter eos locum habent, quia vinculum naturale ſanguinis durat.

Inter fratrum ſororemque.] Hoc gradu etiam Jure divino nuptiæ prohibentur: ſed non convenit inter Theologos, an omnes illæ prohibitiones ſint juris naturalis: quod negant Pontificii, qui Papæ Romano in quibuſdam ibi prohibitis jus diſpenſandi concedunt: de quo ex profeſſo diſputat *Bellarm. de matrim. cap. 27.* Nos hanc diſputationem non ingrediemur. Illud plane certū eſſe debet, non eſſe eandem † rationem prohibitionis inter pa- 1
rentes & liberos, & inter fratrem & ſororem. Illas nuptias natura ipſa averſatur, ut ſupra oſtendimus tit. 2. & quam illæ deteſtandæ deſcribit *Oedip. apud Senec. in Thebaid. Scen. 1.*

Avi gener patriſq; rivalis ſui
Frater ſuorum liberûm, & fratrum parens
Avo avia partu liberos peperit viro
Sibi nepotes, monſtra quis tanta explicet.

Et mox,

——— *nullum crimen hoc majus poteſt*
Natura ferre. ———

Et apud eund. in Agamemn. Scen. 1. Thyeſtes loquitur:

——— *Verſa natura eſt retro*
Avo parentum, proh nefas, patri virum
Natu nepotes miſcui. noctem diem.

Quæ fœditas & quaſi horror, non eſt in concubitu fratrum † & ſororum. Non dicam, quod pau- 2
lo ſuperius citato loco *lib. 6. præpar. Evang* fas eſſe ait Euſeb. Perſis conjungi cum ſororibus: (nam & de parentibus idem teſtatur) non adeo etiā, quod *Lucian tom. 3. de ſacrific.* jocans de conjugio Jovis cum ſorore, ait eum id feciſſe, κατὰ τοὺς Περσῶν καὶ Ἀσσυρίων νόμους. Et de Ægyptiis argumentum præbet, quod ſcribit *Dion. Caſſ. l. 42.* Cæſarem (ſcil. tamquam id ſolemne & legitimum eſſet) Cleopatram junxiſſe fratri ſuo. Itemq; hoc apud Cares licitū fuiſſe apparet ex *Diod. Sic. lib. 16.* ubi ſcribit Artemiſiam Mauſoli, itemq; Adram Hedrici regum uxores & ſorores fuiſſe. Quinimo Athenienſibus connubia fratrum & ſororum LL. permiſſa, ſi fides *Octavio apud Minucium* Ægyptiis, inquit, & Athenis cum ſororibus legitima connubia: ſed id ſc. accipiēdum eſt de ſororibus non eadem matre, ſed eodem tantum patre natis, quas Romanæ LL. vocant conſanguineas. Ita enim vetus *Scholiaſtes Ariſtoph. in Nebulis Act. 5. ſce. 2.* παρὰ Ἀθηναίοις ἔξεστι γαμεῖν τὰς ὁμοπατρίους ἀδελφάς Apud Athenienſes licet ducere ſorores ex patre: & autor omni exceptione major Demoſth. *in orat. quæ dicitur appellatio adv. Eubuliden.* ubi Reus ita loquitur, ἀδελφὴν ὁ πάππος ὁ ἐμὸς ἔγημεν, οὐχ ὁμομητρίαν.

 Soro-

Digitized by Google

Sororem avus meus duxit non uterinam. Itaq; He-
rodianus qui ſcribit *lib.*1. Ptolomeum duxiſſe ſoro-
tem ſuam παρὰ τοὺς Μακεδόνων καὶ Ἑλλήνων νόμους, præ-
te: ſive contra Macedonum & Græcorum LL. aut
errat, aut Ptolomei illa ſoror germana vel uterina
fuit. Sed enim forte quis hic judicium Legislato-
ris Athenienſis deſideret: quod ſive ex ſententia
Ariſtotelis vir ſolus ſemen ad generationem, ſi-
ve etiam juxta Galeni & medicorum ſententiam
aliquid confert uxor, aut non minus, aut imo ma-
gis conjuncta eſt fratri ſoror, quæ communem
ſaltem habet patrem: & poterit ita etiam cum ſo-
rore conſanguinea, imo etiam cum germana con-
nubium permitti. Sed potius fateamur hic offen-
diſſe & lapſum Athenienſium Legislatorem: (ne-
que enim puto eo reſpexiſſe, quod mater certa, pa-
ter vero incertus habeatur) & omnino rectius Le-
gibus Romanis, & juxta hunc §. prohiberi nu-
ptias cum ſorore, ſive utrunq; ſive alterutrum tan-
tum parentum habeant communem, & ſive pater
ſive mater ſit communis, quod etiam convenit legi
Divinæ, quæ ſimpliciter nuptias cum ſorore ve-
tat. Neque obſtat, quod de Thamar & Ammo-
ne adfertur ex *cap.*13.*libr* 2. *Samuelis*: nam quod pu-
ella trepida & ut præſentem in potum fratris effu-
geret, dicit, in argumentum adduci non poteſt.
Magis videtur urgere, quod *Geneſ.* 12 *&* 20. Abra-
5 ham ipſe profitetur Saram † uxorem eſſe revera
ſororem ſuam. Refert *Beza Tractat. de divort*: quo-
rundam opinionem, quod Sara tantum fuerit pri-
vigna Thare: ſed rectè improbat, quoniam Abra-
ham ait eam eſſe patris non matris ſuæ filiam: ut
appareat eam non fuiſſe uterinam ſed conſangui-
neam, ex quo ut obiter dicam, confirmatur, fa-
cilius & tolerabilius eſſe, ut uxor ſit ſoror con-
ſanguinea non uterina. Beza admittit fuiſſe ve-
re ſororem, quam duxerit Abraham ante Le-
gem Moſis, nec dum vocatus, more aliorum O-
rientalium populorum: quæ ſententia fuit olim
Hieronymi, in quaeſtione ſuper Geneſin ad c. 20: ubi etiã
ex hoc factum excuſat, quod illæ nuptiæ contra-
ctæ fuerint ante legem: quamvis ex iis quæ *eod.*
tract. ad cap 11. ſcribit, colligatur eum exiſtimare
quod Sara fuerit fratris prædefuncti filia, quæ ob
id, quod ſucceſſit quaſi in locum patris præmor-
tui, non ineptè ſoror appellatur: & inſuper in vetu-
ſtioribus (nam in recentiori Antuerp. Mariani Vi-
ctorini eſt iterum [illegible] relatus) editionibus ille tra-
ctatus in vol. 4. inter opera notha rejectus eſt. Et
ſane idem *Hieron adverſus Helvid.* diſerte ſtatuit c. 8.
fuiſſe Saram fratris defuncti filiam, quod & *Auguſt.*
cenſet 16. *de Civ. Dei* 12 *&* 19: ubi hanc explicationẽ
inde confirmat, quod Loth appellatur etiam frater
Abrahæ, quem tamen fratris filium fuiſſe con-
ſtat. Sed de hoc nimis forte multa, quæ eo perti-
nent, ut intelligamus, tum quid variæ gentes hic
obſervarint: tum, non eandem hic parentum & li-
berorũ inter ſe, & fratrũ ſororumq; eſſe rationem.

Sed ſi qua per adoptionem.] Hoc §. ſicut & præced.
poſtquam egit de cognatione naturali, ſubjicit de
civili, quæ eſt ex adoptione. Docet autem tribus
verbis, vel in ſumma, durante adhuc vinculo
nuptias fratris & ſororis eſſe prohibitas, ſed eo ſo-
luto licitas: ſive ipſe adoptatus, ſive naturalis filius
ſit emancipatus. Vinculum enim & ratio ſola agna-
tionis impedit has nuptias. Itaq; fruſtra tamquam
dubium proponit Hottoman. an liceat filio ado-
ptivo ducere ſororem uterinam: quoniam omni-
no pro confeſſo & certo habendum eſt, licere: ſiqui-
dem omnino iſta nec ſoror eſt, nec magis quam
matertera aut avunculus, cõſtitui poteſt ſoror ute-
rina per adoptionem: cum nec patris adoptivi
ſoror uterina habeatur pro amita, ſed itidem & i-
pſa licet durante adhuc adoptione duci poſſit *l. ſi*
qua 12. *in f. de ritu nupt.* & ceſſant hic rationes, reve-
rentiæ & honeſtatis, quæ adoptivi patris matrem
ducere vetant, contra autem locum habet ratio §.
ſeq. in f. nam & iſta ſoror nec ratione civili, nec na-
turali conjuncta eſt. Ergo hanc ſororem quæ dici-
tur uterina, omnimodo ducere poſſum, quia imo
ſoror non eſt: ſed eam quæ agnata mihi eſſe cepit,
ſoluta rurſus agnatione duco, *h. §* *&* *l. per adopt.* 17. *de*
ritu nupt. junct. l 5. *de grad.* *&* *adfin.* quæ iſtos fratres
eſſe negat.

Et ideo conſtat.] Quoniam nuptiæ inter fratrem
& ſororem quorũ vel alter vel uterq; adoptivus eti-
am eſt, non conſiſtunt, efficitur inde, quod filii cui
adhuc in poteſtate eſt uxor, vel filiæ in poteſtate,
maritus, non poſſint adoptari: Ita n. frater & ſoror
futuri eſſent conjuges. Ex quo ſuadetur, ut eſt in *l.*
per adopt. 17. *h. t.* ut ſi quis velit nurum aut generum
adoptare, prius emancipet filium vel filiam: id-
que eum debere facere hoc loco ait Juſtinian. Sed
quid ſi non fecerit, & non emancipato prius filio,
adoptaverit nurum? Quæſtio in eo eſt, an ſolva-
tur matrimonium, quod in eum ſtatum deductum
eſt, à quo incipere non poteſt; an vero potius nul-
la ſit adoptio, ut nuptiæ maneant: quoniam utrum-
que valeat & conſiſtat ratio iuris non patitur. Et
Theophil. probat nuptias diſſolvi, quod & Hotto-
man.

man. ſequitur & Weſemb. Sed haud ſcio an non humaniter poſſit potius reſponderi poſterius, quod adoptio ſit nulla: quandoquidem ipſo puncto quo fit adoptio, nuptiæ conſiſtunt adhuc, quod impedire videtur, ne alterutet coniugum poſſit effici frater. Porro notat hic Accurſ. iſtud ſive conſilium ſive præceptum in *h.* §. & in *l.* 17. *h. tit.* de emancipando prius filio, hodie non valere, quoniam emancipatus quoque ſuccedat hodie jure civili. *N.* 118. quam gloſſ. Interpp. communiter reprehendunt, nec propter ius ſucceſſionis reliquos emancipationis effectus ſublatos eſſe putant. Res ex eo dependet an emancipatio hodieque ſit capitis diminutio & tollat agnationem, de quo dicemus *infr. tit.* 12. §. *præterea* 6. Alium ſcrupulum hic movet mutatio alia juris novi: quæ eſt in §. *ſed hodie tit. ſeq.* an quoniam adoptione facta ab extraneo non tranſit filius adoptatus in poteſtatem & familiam, hodie etiam non ſecuta emancipatione poſſint inter fratres & ſorores adoptivos conſiſtere nuptiæ, cujus rei deciſio ex ijs dependet, quæ non ita multo poſt ad *d.* §. *ſed hodie infr. tit. ſeq.* dicemus.

TEXTUS.

4. Fratris vero vel ſororis filiam uxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris, vel ſororis quis ducere poteſt quamvis quarto gradu ſint: cujus enim filiam uxorem ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus vero mulieris quam pater tuus adoptavit, filiam, non videris impediri uxorem ducere, quia neque naturali, neque civili tibi jure conjungitur.

COMMENTARIUS.

Nuptiæ cum fratris filia vel ſororis.

Hic de linea cognationis tranſverſa inæquali. Fratrum vel ſororum liberos ducere non licet, nec porro eorum neptes, quamvis quarto gradu ſint *h.* §. Ita ex adverſo nec materteram aut amitam magnam ducere licebit, nec licet; quæ & ipſæ quarto gradu ſunt: qua itidem ratione utitur ICtus in *l. per adopt.* 17. §. *ult. h. t.* ut intelligamus alias in quarto gradu licitas nuptias, & videlic. ut ad §. ſeq. dicemus in linea tranſverſa æquali: quo minus autem in linea iſta inæquali idem admiſſum fuit, facit ratio, quam mox ſubjicit Juſtinianus, quod cujus filiam ducere non licet, ejus liceat nec neptem: nimirum (ita enim ratio iuvanda eſt *ex* §. *item* 3. *h. t.*) ubi filiam alicujus ideo ducere non poſſum, quod ei parentis quodammodo loco ſum, hac enim ratione utitur Juſtin. in *d.* §. 8. quæ facit ut porro nec ex quinto gradu proneptem fratris ducere poſſim *l. ſororis* 39. *h. t.* ceteroquin in linea æquali fallit iſta regula: ſiquidem avi mei filiam ducere non poſſum, quæ eſt patris mei ſoror & tertio gradu conjuncta, ſed avi neptem poſſum, quæ mihi eſt conſobrina; in qua reſpectus ille parentis ceſſat. Ait autem in *d.* §. 5. Juſtin. eſſe parentis loco patruos aut amitas ſive materteras: proinde ut dixerat in §. 1. vetitas eſſe nuptias inter eos, qui parentum & liberorum locum obtinent. Et illa comparatio procedit hodierno jure noſtro; quo pariter nuptiæ † iſtæ prohibitæ ſunt: id eſt, & prohibetur quis filiæ ſuæ & nepti, & fratris filiæ & nepti conjungi: at ſi contra fiat, minime eadem utrobique pœna eſt. Et ubi res abſolute & in ſe conſideratur, longe aliud eſt, parentem eſſe, & eſſe loco parentis, quo ſenſu hoc loco patruus vel amita loco parentum eſſe perhibentur: etiam materia extra Romani juris rationem conſiderata: Equidem lege Moſis etiam hic gradus prohibitus videtur, dum utiq; prohibentur nuptiæ cum amita, quæ tertio & ipſa gradu eſt: quamvis quidam propriam rationem eſſe putent cur amita prohibeatur nubere fratris filio, quæ ceſſat in patruo ducente fratris filiam, quoniam amita loco matris eſt, & proinde non recte nubet fratris filio, cui poſtea tamquam uxorem ſubjectam eſſe oportet: & idem ſenſiſſe videtur *Ambroſ. Epiſt* 66. ad Paternum, ubi admittit nuptias cum ſororis filia lege Dei expreſſim prohibitas non eſſe: & autem procul dubio inter fratris & ſororis filiam differentiam non agnoſcit. Sed quidquid ſit, ratio ipſa loquitur, non ita fœdam eſſe conjunctionem cum fratris filia, ac cum filia vera: nam & ut paulo ſuperius diximus, Abraham fratris filiam habuit uxorem, & ejuſmodi quoque conjunctione natus eſt Moyſes, ut ea non videatur lege naturæ interdicta, Nec moror quod hic de confuſione nominum adducit: quæ ratio ſi nimis extendatur, nec permittendum erit, ut pater & filius duas ſorores, vel matrem & filiam ducant: quod tamen permiſſum eſſe conſtat. Apud Athenienſes ſororis filiam licite ductam oſtendit *oratio Demoſthenis* (ſive ea alterius eſt) *in Neæram*, in cuius initio profitetur Theomneſtus ſe ſororis filiam in vxorem duxiſſe: quo permiſſo non video cur prohibitæ

(margin note beside the line with †: 1)

eſſe potuerint nuptiæ cum fratris filia: cum præſertim ſororem conſanguineam ducere liceret, ut ante demonſtravimus: Apud Romanos olim eas illicitas habitas apparet ex his, quæ de Claudii & facto & edicto, (quod & ipſe fratris filiam duxit, & aliis idem facere permiſit) ſcribunt *Sueton.* & *Tacit. 12. annal.* poſt id temporis ab aliis uſurpatum non dubitatur, & ipſe Titus optimus princeps; Domitiano fratri filiam ſuam uxorem dedit: *teſte Suet.* & de Antonino idem teſtatur *Capitolin.* Nec alio referri poteſt, quod eſt apud *Vlp. tit. 5. de his qui in pot. ſunt.* ad quartum uſque gradum olim contrahi matrimonia non potuiſſe: nunc autem licere etiam ex tertio gradu uxorem ducere: ſi tamen fratris filia, non etiam filia ſororis, aut amita vel matertera ſit: quamvis eodem gradu iſtæ perſonæ omnes ſint. Et nimirum ſignificat Vlpianus, edictū illud Cluadii, quia rationi non videbatur ſatis cōvenire, fuiſſe ſtricte acceptum, ut tantū locū haberet in fratris filia, nō porrigeretur ad alios caſ⁹, utcunq; eadem eſſet in illis ratio: nam quo minus ſororis filiam ducere liceat, ubi cum filia fratris nuptiæ permiſſæ ſunt, vix ſufficiens ratio dari poteſt: nam quod amitam & materteram attinet, illa prohibitionis ſpecialis ratio occurrit, quod cum maritus caput ſit familiæ, cui uxor obſequium & reverentiam debet, minus convenit, mihi eam eſſe uxorem quæ mihi loco parentis eſt, juxta § *Item 5. h. t.* Hinc eſſe videtur, quod in reſponſis ICtorum fere tantum ſororis filiæ fit mentio *l. miles 11. §. 1. l ſi adult. 38. § 1. de adulter l. ſororis 39. § . 1. l. etiam 56. de ritu nupt. l. ult de condict. ſine cauſa*. ubi proponitur avūculus, præterquam in *l. quin etiam 15. §. 1. eo tit.* ubi vetatur adoptiv⁹ filius ducere nepté patris adoptivi ex filio: Neq; enim ferri poteſt quod *Hott.* reſpōdit *de nupt c. 5.* ita ſtricte acceptum fuiſſe edictū Claudii, ut nec fratris adoptivi filiam ducere liceret. Nimis utique ridiculum eſſet permittere nuptias cū fratris naturalis filia, & negare cum filia fratris adoptivi: quod præſertim edictum Claudii ſimpliciter ſine alia determinatione de fratris filia locutum eſt: cum alias ratio ſuaderet, facilius permitti nuptias cum ſororis filia, propter agnationem illic cum ſanguine concurrentem. Et ita ſane ſenſit Paternus ille, qui conſuluit Ambroſium (ut refertur *Epiſt. 66. libr. 8*) ſuper nuptiis cum ſororis filia quas facilius admittendas putabat, quam cum filia fratris. Quod ſi ita eſt, ut tempore Vlpiani etiamnum licitæ fuerint nuptiæ cum fratris filia, oportet ut lex Nervæ quam teſte Xiphilino tulit μὴ ἀδελφιδῆν γαμεῖν, non habuerit vires: & probabile eſt, cū imperio eius, quod breve fuit, & ipſam illam legem finiiſſe.

Eius vero mulieris.] Servat inſtitutum Tribonianus, ut primo de cognatione naturali, mox de civili tractet. Docuit fratris aut ſororis filiam non poſſe duci uxorem. Ita enim omnino obtinuit tempore Juſtin. & diu ante; Licet enim edictū Claudii etiamnum temporibus Juriſconſultorum noſtrorum obtinuerit, tamen poſt abrogatum, & imo nuptiæ iſtæ pro inceſtis habitæ *l. nemini 17. C. de nupt. l. ult. C. de inceſt. nupt.* Ita in fratre & ſorore naturalibus. Sed & adoptivi fratris filiam ducere non licet *l. 55. §. 1. de ritu nupt.* quia agnata eſt; attamen putarim talem congreſſum pro inceſto non habendum, cum non violetur jus ſanguinis: quin cum hodie adoptio nec jus agnationis tribuat, non videntur iſtæ nuptiæ amplius prohibitæ, quod attingemus in *§. ſed hodie infr. de adopt.* ſororis autem adoptivæ filiam ducere licet h. §. & eadem ratione, adoptatus ſororis filiam jure ducet: quoniam nec civili nec ratione naturali hæc perſona, ſc. adoptivæ ſororis filia eſt conjuncta: non naturali, quia adoptio non tribuit jus ſanguinis: non civili, quia licet ſoror ipſa agnata ſit, tamen filia ejus cum ipſi matri non ſit agnata, nec mihi agnata eſſe poteſt: quoniam ſicut jus cognationis conſequitur adoptatus tantum cum iis quibus agnaſcitur, ita & qui ipſi agnati non ſunt, non poſſunt pertinere ad familiam patris adoptantis.

TEXTUS.

5. Duorum autem fratrum vel ſororum liberi, vel fratris & ſororis conjungi poſſunt.

COMMENTARIUS.

1 *Nuptiæ conſobrinorum.*
2 *Locus Theophili.*

HIc §. debet conjungi cum §. *Inter eas*, nam itidem tractat de linea tranſverſa æquali, in illo §. de fratribus & ſororibus, hic de † his, qui porro ab illis hinc inde deſcendunt de quorum appellatione agitur *infr. libr 3 de gradib. cognat.* non dubium eſt recte ſe habere hujus §. lectionem affirmativam ſiquidem pluribus aliis locis juris noſtri, quod Juſtin. colligi fecit, nuptiarum harum permiſſarum non veſtigia, ſed expreſſa exſtant teſtimonia, in *l. 3. de ritu nupt. l. celebrandis 19. C. eod.* & caſus eſt in *l. Lucius 78.*

Digitized by Google

tim 78.5 filiam 8 ad SC. Trebell. l. uter. 23. cum l. ſeq. de condit. inſt. l. 2. C. de inſtit. & ſubſtit. Itaque quod à Caio contra ſcriptum eſt *libr. 1. inſtit. tit. 4. de matrimon.* vel interpolatum eſt ab Amano, qui notas & ſummas ſcripſit ad Codic. Theod. Cancellarius Theodorici Gothorum Regis: aut non iſte vetus, ſed novus & recentior Caius eſt, ut ſupra quoque notatum. Eadem reſponſio eſt ad Theophilum, apud quem legitur negative, *ὁ δὲ ὑιοθετηθεὶς πρὸς γάμον ...*: non enim iſtum Theophilum fuiſſe ſocium Triboniani in componendo iure noſtro, ſed alium quendam recentiorem, cuius temporibus jam iſtæ nuptiæ vetitæ fuerint, putant, *Curt. 2. ... Baro ad tit. inſ. quib. mod. ius pat. pot. ſolu. Alberi. Gentil. 5. de nupt.* 11. quamvis cum iſte paraphraſtes, quicunque tantum ſit, perpetuo veſtigia & pene verba Iuſtiniani preſſerit & ſecutus ſit, vix ſit probabile, eum hic mutaſſe ſententiam textus noſtri. Obiter hic noto fœde corruptum eſſe locũ iſtius Theophili † in §. præc. vbi de fratris & ſororis liberis tractatur. Cũ dixiſſet Theoph. fratris quoq; neptem non licere ducere, quamuis quarto gradu ſint, ſubiicit hęc verba, vti quidem in editione Curtii de anno 80. & Gothofredi de anno 680. habẽtur. *Κἂν ...* *οἷον τὴν θυγατέρα τοῦ θείου ἢ τῆς θείας.* Quæ verba vel leviter Græce doctus intelligit hoc ſignificare, ex quo gradu nõ poſſum ducere uxorẽ veluti adoptivam filiã patrui, aut amitæ, ubi quidem cogor mirari oſcitãtiam editorũ & interpretum iſtorũ, qui omiſſa particula negativa *οὐ* particula *θετὴν*, & de ſuo adjecta particula *tamen* cõtrariam effecerunt ſententiam: quod ex quarto gradu liceat ducere patrui & amitę filiam: nec inſuper animadverterunt hoc pugnare, quod ſtatim ſequitur apud Theophilum, duorum fratrum vel ſororum liberos conjungi non poſſe: nam patrui mei & amitæ aut materteræ meæ liberi mihi ſunt patrueles & conſobrini: & inſuper affirmativa lectio iſtorum egregiorum Interpretum, qui tamen negationem in Græco reliquerunt, pugnat cum eo, quod mox Theoph. eam regulam ſubjicit, quod cujus filia duci nõ poteſt, ejus nec liceat ducere neptem: Ceterum non videtur ullo modo mens Theophili in §. iſto tractare voluiſſe de conſobrinis qui æquali gradu ſunt, de quibus demum agitur in §. ſeq. tum illud perſpicue falſum eſt, quod amitæ filiam adoptivam non liceat uxorem ducere: & inſuper inepte dicitur, quod fœmina habeat liberos adoptivos, niſi in caſu ſingulari, de quo in §. 10. *tit. ſeq.* Nec mihi ulla ratio ſanandi illius loci occurrit, niſi ut verba iſta, *οἷον τὴν θετὴν θυγατέρα τοῦ θείου ἢ τῆς θείας*, protſus expungamus. Hęc ꝑ illis qui Theophilũ iſtũ legunt. autorẽ ſane non contemnendum. Jam aliquid adhuc de conſobrinis addamus. Lege Dei iſte gradus prohibitus non eſt, licet contra ſcribat *Ambroſ. Epiſt. 66. ad Paternum*: non quod expreſſe vetitum putet ſed per conſequentiam: nam & ibid. nuptias cum ſororis filia omnino damnat, tamquam Legi naturæ & Dei contrarias; quas tamen expreſſe non putat prohibitas & tamen diverſa ratio eſt: nam cum connubium cum amita prohibitum ſit, quæ eſt tertio gradu, eadem ratione cum ſororis vel fratris filia prohibitum exiſtimatur. Atquin conſobrini quarto gradu ſunt, nec ullo modo invicem parentum & liberorum locum obtinent. Rectius *Auguſtin. 15. de civit. Dei cap.* 16. jure divino permiſſas eſſe agnoſcit, ſed raro uſurpatas. Raro inquit, per mores fiebat, quod fieri per leges licebat: quia id nec divina prohibuit, & nec dum prohibuerat lex humana: quam intelligo Theodoſii, de quo Aurel. Vict. quod conſobrinarum nuptias vetuerit, tanquam ſororum quod idem ſimpliciter atteſtatur *Ambroſ. lib. 8. Epiſt. 66. ad Paternum*, & utiq; vetuiſſe oportet, quas non niſi ex ſpecialibus cauſis petitas, reſcripto indulſit, ut docet *l. un. C. Theod. ſi nupt. ex reſcr. pet.* juxta formulam quæ eſt apud *Caſſiod. libr. 7. var* ex qua apparet etiam ſub regno Gothorum in Italia id obſervatum fuiſſe. Sed poſt reditum ad jus vetus, & ipſi Theodoſii liberi ſanctionem patris ſui antiquarũt, ſi vera eſt inſcriptio *l. celebs. 19. C. de nuptiis*, (quoniam Arcadius & Honorius Theodoſii liberi fuerunt) quod negat *Cont. 1. ſucciſiu. lect. 9. (iunct. 2. lect. 1)* ubi putat injuriam iis factam à Tribon. per *d. l. un. C. Th. ſi nupt. ex reſcr. l. 3. C. Th. de inceſt. nupt.* ubi iidẽ Impp. nuptias cum conſobrina inter inceſtas referunt. Aut dicendũ erit, eos poſtea ſententiã mutaſſe; quod rationi temporum congruit: ſiquidem cõſtitutio *d. l. 3. C. Theo. de inceſt. nupt.* ſubſcriptos habet conſules, Arcadium 4. & Honorium 3. qui conſulatus incidit in annum Chriſti 400. atquin *d. l. 19. C. de nupt.* ſubſcriptionem habet anni 405. Cuique hic liberum judicium eſto. Autoritas plane Ambroſij (qui ut modo dixi ſimpliciter provocat ad conſtitutionem Theodoſij) & Auguſtini pro Contio facit, qui circa illa tempora & poſt annum Chriſti 400. floruit: & quod ipſe teſtatur *libr. 2. Retract.* libris de civitate Dei ſcribendis occaſionem dedit blaſphemia Ethnicorum, qui religioni Chriſtianæ imputabant cladem quam Roma capta ab Alarico Go-

co Gothorum rege paſſa eſt, quæ incidit in annum Chriſti 414. ut proinde, ſi quæ fuit talis Lex Arcadi & Honorii qualis refertur in *l. 19. C de nupt.* de anno 405. eam communi conſenſu damnatam & numquam receptam fuiſſe oporteat: ſed probatam uſu Legem Theodoſii quæ vetuit nuptias conſobrinorum; & ita *Auguſtinus d. lib. 15. de civit. Dei cap 16.* Quis dubitet honeſtius hoc tempore prohibita conſobrinarum eſſe conjugia: quoniam, ut paulo ante ibid. ſcribit, quod fiebat cum conſobrina, pene eum ſorore fieri videbatur. Et ſeqq. porro temporibus iſta conjunctio illegitima habita: quin & neſcio quæ reverentia ſanguinis & pene ſuperſtitio vlterius rem provexit, ita ut *Nicetas Chon in Manuele lib. 3.* appellet συνοικίαν ἀθέμιτον conjunctionem Andronici cum patruelis filia Eudocia, quæ tamen quinto gradu eſt: & imo Pontifices veteres Romani vſque ad ſeptimam generationem, (in qua utrimque qui ſunt de quorum nuptiis quæritur, juri civili 14. gradu coniuncti ſunt) & quouſque parentela cognoſci poteſt, nuptias interdixerunt *cap. pr geniem 16. & can. ſeq. 35. quæſt. 3.* quos tamen Can. autoritate Conſilij ſuſtulit *Innocent. c. non debeo 8. de conſanguin.* & prohibitionem intra quartum gradum & generationem incluſive limitavit: ita ut qui in linea tranſverſa æquali invicē ex cō putatione Can. quarto, ex civili octavo gradu ſunt, conjungi non poſſint. Et ſane jam olim in Oriente nuptias vetitas non tantum conſobrinorū, ſed etiam qui porro ex his nati ſunt, ſexto gradu & διςεξάδελφοι appellantur, apparet ex *Harmenop.* qui *lib. 4. tit. 6. §. 11.* ſcribit. τρισεξαδέλφους demum poſſe copulari qui ſunt gradu octavo: idque evidentius apparet ex eiuſdem *lib 6. tt. 4. §. 2.*

TEXTUS.

6. Item amitam licet adoptivam uxorem ducere non licet: item materteram: quia parentum loco habentur. Qua ratione verum eſt, magnam quoque amitam & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

COMMENTARIUS.

L. 55. §. 1. de ritu nupt.

An quis avunculus per adoptionem.

Quæ ad explicationem hujus loci pertinent jam dicta ſunt ad *§. fratris vero 3. ſup. h. t.* Illud ſaltem. Primo notandum, verba, *licet adoptivam*, recte adjecta ad verbum *Amita*, & ſtudio omiſſa de matertera; quoniam amita quæ fratri ſuo agnata eſt, eadem quoque agnata eſt ei quem frater adoptat. Matertera autem nulla fit per adoptionem, quia nec mater fit; nec quis prohibetur ducere ſororem eius quæ patris adoptivi uxor eſt. Secūdo verba eadem *licet adoptivam* repetēda quoque eſſe in *verſ. qua ratione.* ad amitam magnam, quoniam & hæc agnata eſt, idque expreſſum eſt in *l. per adoption 17. in fin. de ritu nu; t. durante* ſcilicet adoptione; ea enim ſoluta utique licitæ erunt nuptiæ, quæ tum etiam cum ea quæ ſoror fuit, licitę ſunt; *§. Inter. ſupra h. t.*

Ei autem, quod diximus, nullam eſſe materteram adoptivam, nec vetitas eſſe nuptias cū ſorore vxoris patris adoptivi quantumvis durante adoptione, non obſtat, quod ſcriptū eſt in † *l. quinetiam 55 §. 1. de ritu nupt.* non licet ducere uxorem, eam quæ patris adoptivi matertera eſt. 1

Etenim ſupra diximus, duplicem eſſe rationem quæ hic inhibet nuptias, alteram ab agnatione quam inducit adoptio; alteram à reverentia, quæ facit ut nec poſt emancipationem liceat eam ducere quæ adoptiva filia aut neptis fuit; eademque facit, ut durante adoptione non liceat ducere patris adoptivi matrem, licet nulla avia fiat per adoptionem; quia turpe ſit, quem ducta matre ei fieri loco patris cui filius eſt.

Eadem ratio & conſideratio facit, ne liceat filio adoptivo ducere materteram patris adoptivi, quoniam hæc patri adoptivo loco matris eſt, h. §. quod non animadverſum errorem & tenebras objecit Hottom. hoc loco, ubi in *d. l. 55.* pro *materteram* cenſet reponendum *amitam*.

Dixi materteram non fieri per † adoptionem; 2 eadem enim prorſus ratio eſt materteræ & avunculi; quem Juriſconſultus negat fieri per adoptionem *l ſi qua 12. §. ult. de ritu nupt.* Atquin, ſi avus meus maternus adoptet aliquem in filium vel filiam; hi eum matri meæ fiant ſoror & frater, an non mihi erunt matertera & avunculus? Utique nomine tenus eſſe videntur; Sed re ipſa & effectu non ſunt; quoniam eum nec mater nec avus maternus mihi agnati ſint; nec tales perſonæ ab uno materno adoptatæ mihi agnatæ erunt, & per conſequens nec cognatæ, ex ratione *l. 23. de adopt.* & inter me, & iſtas perſonas, nulla ſucceſſio nec ulla prohibitio eſt nuptiarum. Fruſtra autem objiciunt Accurſ. & veteres

teres Interpp. textum in *l. per adopt. 17. §. ult. in fin. de ritu nupt.*

Quod enim in vetuſtioribus vulgatis exemplaribus ita legitur: *Utique autem materteram & amitam magnam prohibentur uxorē ducere, etſi per adoptionem nobis conjunctæ ſint*, Vitium eſt lectionis, quod jam olim emendavit Haloander, & pro *materteram* repoſuit *amitam*, & conveniunt exemplaria Florentina. Fruſtra enim in matertera magna hoc admoneret ICtus, quod multo magis in amita haberet locum, de *qua in pr. §. ult. egerat*. ſed enim cum in pr. eo indiſtincte egiſſet de matertera & amita, declarationis loco inf. ſubjecit, prohibitionem habere locum in amita, licet ſit adoptiva; ut innueret, quod in princ. dixerat de matertera ad adoptivam non pertinere. Itaque fruſtra laborant Accurſ. Port. & prolixe Angel. & alij in cauſa ſingulari inveſtigando materteræ adoptivæ, cum qua nuptiæ ſint interdictæ.

TEXTUS.

7\. Adfinitatis quoque veneratione à quarundam nuptiis abſtinere neceſſe eſt: ut ecce privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utræque filiæ loco ſunt. Quod ita ſcilic. accipi debet, ſi fuit nurus, aut privigna tua: nam ſi adhuc nurus tua eſt, id eſt, ſi adhuc nupta eſt filio tuo, alia ratione uxorem ducere nó poteris, quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc privigna tua eſt, id eſt, ſi mater ejus tibi nupta eſt, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

COMMENTARIUS.

1 *Quid adſinitas.*
2 *Species adſinium.*
3 *Eorundem gradus.*
5 *Et porro genera.*
4 *Polygamia.*

Diximus *ſupr. ad §. 2. h. t.* conjunctionem perſonarum, quæ prohibet eas copulari matrimonio, eſſe vel cognationem vel adfinitatem; haſtenus de cognatione; ſequitur de adfinitate. Ubi initio conſtituendum eſt, quid adfinitas, † & qui veri ſint adfines. Ut quam breviſſime dicam, naſcitur affinitas ex unione viri & uxoris. Uxor quam arctiſſime viro, & hic viciſſim illi jungitur & quaſi unitur. Ex quo fit, ut v. c. uxor, ad hunc modum unita viro, neceſſario incipiat eſſe aliquo modo juncta iis, qui viro conjuncti ſunt, & ſcilicet agnati vel cognati; quæ eadem ratio vice verſa eſt in viro. Hæc conjunctio quæ per hanc unionem eſt inter uxorem & quæ viro conjuncti ſunt, & vice verſa; dicitur adfinitas. Ex quo efficitur veriorem eſſe ſententiam eorum, quæ & communis eſt, qui putant affinitatem contrahi inter uxorem & viri cognatos, & viciſſim, inter virum & uxoris cognatos; non autem invicem adfines eſſe cognatos uxoris & mariti; quæ communiſſima gl. & Interpp. Ioh. de Plat. Ang. Fabri & Port. in *h. §.* ſententia eſt; quamvis contra ſed male putet *Duar. cap. 3. de nupt.* Qui communem hodiernum uſum ſecutus videtur. Et illa opinio confirmatur ex enumeratione affinium in *l. 4. §. 3. de gradib.* Porro cum cognati mariti fiant affines uxori, & vero minime omnes æqualiter & eodem gradu ei cognati ſint, ſequitur neceſſario, quod nec omnes æqualiter ſint affines uxori. Obſervandum autem hic agi de prohibitione nuptiarum, itaque tantum eos affines recenſeri, cum † quib. vetitæ ſunt nuptiæ, 2 qui omnino duorum ſunt generum; alij enim ſunt loco parentum & liberorum, veluti; Socer ſocrus, nurus, gener, alij loco fratrum, quos hoc tit. Iuſtin. omiſit; Sed utique affinis uxori eſt viri frater, & viro uxoris ſoror, cum quibus ſolutis nuptiis interdictum eſt matrimonium, non ob aliam cauſam quam quia fratrum & ſororum loco invicem eſſe ceperunt, quod velim additum eſſe *in d. l. 4. §. hos itaq. 7. de gradib. & adf.* nam ex præcedd. in quibus etiam iam dd. perſonę referuntur, apparet, non tantū ob reſpectum parentum & liberorum ex cauſa adfinitatis, nuptias prohibitas eſſe. Hæ nimirum perſonæ tantum in hac materia referuntur; quoniam ultra eas adfinitas non habet prohibitionem. Ceteroquin etiam alias perſonas in remotiori gradu junctas marito quominus affines dicantur uxoris, quid obſtare poſſit non video; nec adeo porro, quo minus gradus † etiam in affinitate ad- 3 mittamus, non quidem eo ſenſu, quo in cognatione per generationem gradus conſtituuntur, quo reſpectu negantur gradus adfinitatis. *l. 4. §. gradus 5. de gradibus.* Sed in relatione ad conſanguinitatem, ut quo gradu quis eſt cognatus marito, eodem gradu dicatur eſſe adfinis uxori; quomodo *Covarr.* ſcribit *de matrim. part. 2. cap. 6, §. 7. n. 6.* gradus

Digitized by Google

peculiares adfinitatem non habere, præter eos qui conſanguinitate conſiderantur. Quæ conſideratio tractantibus hanc rem ex iure Canonico, neceſſaria eſt, quo ſicut in terminis cognationis, ita & adfinitatis prohibitio nuptiarum longius porrecta eſt, ut nimirum, quam perſonam ex linea cognationis maritus ducere non poteſt, eam defuncto marito uxor propter affinitatem ducere non poſſit, & talem perſonam ex cognatione uxoris ea defuncta ducere non poſſit, cuiuſmodi prohibitionem iure noſtro adfinitas non habet; & diſcimus ex *Cicer libr. 1. de divin.* (ubi de Cæcilia) defuncta uxore fas fuiſſe marito ducere ſororis defunctæ uxoris filiam, quod à diſpoſitione iuris Canon. longe abhorret. Ita de gradibus adfinitatis. Statuunt & veteres canones adfinitatis † genera, qui ſicut longiſſime porrexerunt prohibitionem propter cognationem, & uſque ad ſeptimam generationem; ita & introduxerunt tria genera affinitatis, in quibus nuptias vetuerunt. Primum genus eſt verorum adfinium, de quibus hoc loco. Secundum genus dicitur, cum vere adfini & ſcil. in primo genere, alia perſona per nuptias coniungitur, Verbi cauſa uxoris ſoror mihi eſt in primo genere adfinitatis iuncta, & cum uxoris cognatis illicitæ nuptiæ; ſi ſoror iſta nubat, eius maritus mihi eſt in ſecundo genere adfinitatis, & adeo cum huius quoque cognatis mihi interdictæ erant nuptiæ; & ita porro in tertio genere, vel ut iſta explicant *Covarr. d. part. 2. c. 6. §. 7. numer. 6. Canoniſtæ & præſertim gl. in c. non debet 8. de conſanguin. & adfin.* Sed hanc prohibitionem in ſecundo & tertio genere adfinitatis, nimis late ſe fundentem recte in *d. c. non debet.* ſuſtulit Innocentius. Videtur tamen exemplum, & ſpecies ſecundi generis adfinitatis ex iure noſtro dari poſſe, nimirum vidua privigni. Nam iuxta deſcriptionem iam propoſitam, uxoris ex alio marito filius marito eſt primo genere adfinitatis coniunctus, & adeo ſi privignus ducat uxorem, hoc erit vitrico adfinis in ſecundo genere; neque alia quam adfinitatis ratio videtur prohibere, quo minus liceat vitrico ducere viduam defuncti privigni *l. uxorem 15. de ritu nupt.* Sed enim ſicut non ſemel diximus, reſpectum & reverentiam perſonarum & honeſtatem, citra vinculum agnationis impedire matrimoniū, id hic quoque locum invenit, & facit, ut ejus qui ſemel filius fuit, propter matrem quæ uxor fuit uxorem, in matrimonio habere non liceat.

Ex his nullo negotio textus propoſitus intelligitur; nimirum unde deſcendat adfinitatis veneratio, & quod hæc in ſpecie veneratio dicatur, quæ eſt in perſonis hic & § ſeq. relatis, quæ habent inter ſe reſpectum parentum & liberorum.

Si fuit nurus.] Ergo diſſoluta demum adfinitate locus eſt prohibitioni, ex cauſa adfinitatis; quod & expreſſius dicitur *in § ſeq. ver. quod ipſi.* Et an igitur ſimile eſt, ei quod dicitur in § 1 *ſup. h. t.* diſſoluta quoque adoptione eſſe prohibitionem nuptiarum inter eos qui fuerunt parentes & liberi? Non puto, nam vinculum illud quod fuit inter filium & uxorē, & unio illa corporum & confuſio ſanguinis, longe magis operantur in prohibitione nuptiarum, quam civile cōmentum adoptionis; tum etiā nurus non eſt vera filia, ſed filię loco; atqui cū patruus quoq; ſit patētis loco, attamen nō dubito quin hic filiā fratris adoptivam ubi emancipata eſt, ducere, & amita fratris filio adoptivo emancipato nubere poſſit. Nimirum per nuptias contrahitur adfinitas, itaque & nuptiis ſolutis videtur diſſolvi; ſed ſane omnimodo diſſolvi dici non poteſt, cum cauſa affinitatis ex unione illa & confuſione ſanguinis nō tollatur. Itaq; hactenus ſuo modo quodam durare videtur adhuc; licet alibi ſecus, ut in *l. 3. § 1 de poſt.* Et huc pertinet, quod ait *Pontif. in c 1. cauſ 35. qu. 1.* uno defuncto in ſuperſtite affinitatem non deleri.

Eadem duobus nupta eſſe non poteſt.] Dixi ſupra ad § *1. tit. præc.* nullam umquam gentem probaſſe, ut una fœmina duobus nupta ſit; quamvis ſane (quod non longe abit, fuiſſe dicantur gentes, apud quas in communi uſu mulieres; quale quid de populis Arabię Felicis narrat *Strabo l. 16.* de Maſſagetis *Herodot. lib. 1. in fin.* de Scythis γαλακτοφάγοις *Nicol. Stob. ſerm 5.* de Gatamantibus *P. in 5 hiſt. nat. cap. 8.* Quin *Plato l. 5.* in ea quam ſibi finxit Repub. uxores quodammodo facit communes. Fabulam eſſe puto quam ex *Gellio 1. noct. 23.* refert *Macrob. 1. Saturn. 6.* mulieres Romanas publice petiiſſe, ut una fœmina eſſet potius nupta duobus, quam duæ uni.

Duas uxores eodem † tempore habere non licet.] Notavimus id quoque ſupra *ad § 1. tit. præc* ex numero ſingulari, quo ibi utitur Juſtin. *Viri & mulieris.* 5
Diſputatur tamen an hæc prohibitio ſit juris gentium. Et cum jus gentium æſtimetur ex uſu gentium, ut ſæpe ſup. Juſtin. jus gentium deſcripſit, deprehendere ſane licet, pleriſque gentibus polygamiam receptam fuiſſe; ſtrictim id oſtendemus, allegatis ſaltem autoribus (neque enim eſt hujus loci) qui de polygamia plurimarum gentium atteſtantur. De Ægyptiis *Diod. Sicul. lib. 1 & 2.* Na-

ſamoni-

Samonib. *libr.* 4. *Herodotus.* Parthis *Euſeb. lib. 6. præpar. Evangel.* Juſtin. *libr.* 14. Perſis *Amm. Marcell. libr.* 23. Numidis, *Salluſt. bell. Jugurth.* Mauruſiis *Procop. libr. 4. de bell. Vand.* Gerbianis in Africa *Thuan. lib. 18. hiſt.* & hodie Turcis, *Busbeq. Epiſt. 3. de reb. Turc.* Nec omnino abſtinuiſſe Germanos, intelligat ex *Cæſare libr. 1. de bell. Gall. Cornel. Tac. de moribus Germ.*

Et ne tantum barbaras gentes quis advocari dicat, ipſe Deus populo ſuo polygamiam permiſit, & exſtant Patriarcharum, Regum aliorumque ſanctorum virorum exempla; & ſpeciem quandam polygamiæ Lycurgum LL. ſuis Spartæ probaſſe & ſanxiſſe *Xenophon* teſtatur *in repub. Lacedæmon.* & Athenis quoque id licitum oſtendit exemplum Socratis, qui duas ſimul habuit uxores. Quin apud *Nicetam, lib. 3. de Imperio Alexij.* legimus de Chriſtiano principe, duas uxores habente, & jam ante Valentinianus ſenior Imp. Orthodoxus, uxori viventi ſuperduxit alteram, lata etiam publice Lege, ut id cuivis liceret, ut refertur *tripart. hiſt. lib. 8. cap.* 11. Idque exſtat apud *Socrat. libr. 4. Eccleſ. hiſt. c.* 31. Quamvis eam hiſtoriam falſitatis & erroris arguere conetur Cæſar Baronius in annalibus tom. 4. anno Chriſti 370. n. 124. & ſeqq. Iſta ὡς ἐν παρέργῳ.

TEXTUS.

8. Socrum quoque & novercam prohibitum eſt uxorem ducere, quia matris loco ſunt. Quod & ipſum demum diſſoluta adfinitate procedit: alioquin ſi adhuc noverca eſt, id eſt, ſi adhuc patri tuo nupta eſt, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc ſocrus eſt, id eſt, ſi adhuc filia ejus tibi nupta eſt, ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.

COMMENTARIUS.

NIhil hic novi, & prorſus eadem hujus loci ſententia quæ §. prioris. Diximus ibi principalem cauſam prohibitionis ex affinitate naſcentem, eſſe eam, quæ efficiat, ut ſint invicem loco liberorum & parentum; diximus etiam quomodo accipiendum, quod nuptiis ſolutis affinitas diſſolui dicatur.

TEXTUS.

9. Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem ſororemve ex matrimonio poſtea contracto natos.

COMMENTARIUS.

HI ſunt qui dicuntur comprivigni, quod neutrũ parentem communem habent, Germ. Zwey zugebrachte Kinder. Ex quo, & quia iſti recte contrahunt matrimonium, argumentum colligi ſolet pro opinione quam probavimus ad. §. *adfinitatis*, non eſſe affines viri & uxoris utrimque cognatos: Licet enim non omnis affinitas ſit impedimento nuptiis, attamen ſi iſti affines eſſent, fratrum & ſororum loco invicem eſſent, quæ conſideratio regulariter facit, ut nuptiæ ſint illicitæ. Fit hoc modo idem vitricus & ſocer, eadem noverca & ſocrus; ut vel hinc non ſemper à confuſione nominum liceat inferre ſemper à confuſione nominum liceat inferre impedimentum matrimonii, extra quam ubi ſimul eſt confuſio rerum ipſarum & ſanguinis. Et non dubito licitum eſſe ut pater & filius, ducant duas fœminas matrem & filiam; ut nec obſtare videatur quidquam, quo minus filius eam quæ mater eſt, & pater filiam ducat, quomodo ſaue nomina non leviter confunduntur. Sed hæc extra rem, quibus dicendis cauſam præbuit Hottom. hic quamvis ſane non diſſimili ratione licitæ ſint nuptiæ duorum fratrum cum duabus ſororibus, & patris filiique cum matre & filia, quod & hic notat Weſenb. Adhunc §. ſcrupulum movet, quod iſta conjunctio comprivignorum improbata videtur jure divino & Lege Moyſis; quem ſcrupulum movit Anth. Matthæus, ita quidem ut hoc quod ſtatuitur hoc §. *ex l. generali 34. §. 2. de ritu nupt. l. Titia 134. in pr. de verb. oblig.* ut contrarium juri divino inter nævos Juris Civilis referre non dubitaverit. Locus quem citat Matthæus eſt *Levit.* 18. *v.* 11. Ego qui de veritate Hebraica judicium ferre nõ poſſum, Interpretationes varias & ipſiſſima verba interpretum variorum ſubjiciam, ut inde de ſententia & judicio Matthæi judicium ferre omnes poſſint. Accepi à peritis Hebrææ linguæ, Chaldæum Paraphraſten ita eum locum reddidiſſe, Turpitudinem filiæ patris tui, quæ nata ex patre tuo eſt ne retegito. Vulgata verſio habet; Turpitudinem filiæ uxoris patris

tris tui, quam peperit patri tuo. Sanctes Pagninus ita; Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, prolis patris tui, quomodo & Vatablus edidit. Græca Interpretatio, ſive ea LXXII. interpretum ſive alia eſt ita; ἀσχημοσύνην θυγατρὸς, γυναικὸς πατρός σου, οὐκ ἀποκαλύψεις, ὁμοπατρία ἀδελφή σου ἐστίν. Et ita quoq; Interpretatio Germanica Lutheri, itemque Italica Diodati & Gallica habent. Quæ interpretationes omnes oſtendunt, videri temerarie feciſſe Ant. Matthæum, qui eum locum acceperit de comprivignis, de quibus nullus jam dd. Interpretum eum explicavit. Idque ſolum ſufficere debet & poteſt ad eum refutandum. Neque illum excuſare poteſt, quod unus Iunius explicavit illum textum de fœmina & filia quæ ex patre nata non eſſet; maxime cum ipſe Iunius in analytica explicatione ad eum locum ſententiam mutaverit: & utique in editione Londinenſi anno 93. & editione Hanovienſi anni 96. ita reddidit: *Nuditatem filiæ natæ ex noverca tua, cognatæ patris tui*: & nota quam ibi adjicit ad illius ſententiæ explicationem penitus deſtruit opinionem Matthæi, qui rectius feciſſet, ſi in hoc & alijs capp. ab iuris noſtri reprehenſione abſtinuiſſet. Videtur quidem ita repeti idem *in verſ.* 11. quod ante propoſitum erat *in verſ.* 9. ſiquidem *d. verſ.* 11. intelligitur de ſorore, quæ communem patrem habet. Verum & quæ ad iſtud removendum dici poſſunt & ſolent, attuli ad *Tr. de nupt. th.* 2. *lit.* B. & conſenſus tot interpretum ad refutationem novæ & temerariæ explicationis ſufficere debet.

Licet habeant.] Ratio hæc dubia eſt in hoc caſu, quod per fratrem communem ex eodem matrimonio genitum videatur conjunctio inter comprivignos quodammodo arctior fieri.

TEXTUS.

10. Si uxor tua poſt divortium ex alio filiam procreaverit, hæc enim eſt quidem privigna tua: ſed Julianus ab hujuſmodi nuptiis abſtineri debere ait. Nam conſtat, nec ſponſam filii nurum eſſe, ne patris ſponſam, novercam eſſe, rectius tamen & jure facturos eos, qui ab hujuſmodi nuptiis abſtinuerint.

COMMENTARIUS.

1 *Affinitas perfecta & imperfecta.*

2 *An adfinitas ex coitu illicito.*

PRivignum inde dictum ait Feſtus, quod prius genitus quam uxor ſecundo nuberet, cui convenienter Græcis (ita n. Theoph. habet) πρόγονος dicitur. Hinc putat Hottom. hoc loco Iuſtinianum argumentari, non eſſe privignam, quæ ſit poſt genita, prorſus quomodo Theoph. Φησὶ μὴ εἶναι αὐτὴν [illegible] ... τῶν ἡμῶν [illegible] γάμων. Sed tamen ego non puto ad iſtam notationem reſpexiſſe aut Iuſtinianum aut ICtum in *l. ſi qua* 12. *§.* 3. *de ritu nupt.* ſed magis (cum & alias ab Etymologia infirma plane ducantur argumenta, præſertim ubi ea non ſatis certa eſt) ipſam rem. Nimirum privigna eſt loco filiæ, ut eſt in *præced. §§.* Hæc autem quæ nata eſt poſtquam à me divertit uxor, mihi filiæ loco eſſe non poteſt, quoniam tantum mihi loco filiæ ob hanc cauſam eſt, quia mater ejus uxor mea eſt, & utique tum filiæ loco fuit. Nam ut hoc obiter addam ad affinitatem veram & perfectam † requiritur, ut interveniat unio corporum quæ faciat confuſionem ſanguinis; 3 tum ut illa unio ſit legitima & ſell. matrimonialis, & denique ut perſonæ quæ debent affines fieri, ipſo illo unionis tempore, ſint alterutri conjugum conjunctæ. Hoc poſterius requiſitum deficit hoc caſu, quo iſta de qua quæritur poſt divortium nata eſt. Et tamen quoniam ille de cujus conjunctione quæritur, per copulam unum corpus cum matre factus eſt, merito à nuptiis filiæ quodcunq; natæ abſtinere debet, & poteſt illa appellari ſpecies imperfectæ affinitatis, quæ inducit honeſtatis prohibitionem. Eadem aut non abſimilis ratio militat in eo quod ſequitur in verbis.

Nam conſtat nec ſponſam.] Nam hic deficit requiſitum primum iſtud amoris corporalis, ob cujus defectum non poteſt induci plena & perfecta affinitas, ſed imperfecta, quoniam ſponſalia inducunt tantum ſpem nuptiarum. Magis accedit illud ad veram affinitatem, ſi ſecuta fuerit deductio in domum; & ſicut hodie dicimus, ſi interceſſerint ſponſalia de præſenti; & maxime deductio in Eccleſiam; quod Jure Canonico & moribus noſtris habetur pro vero matrimonio. Ubi tamen copula ſecuta nec dum eſt, non poteſt eſſe plena affinitas. Hottom. ait eſſe argumentum in his verbis, à minori. Si non licet ducere filiam filij; multo minus licebit ducere filiam ejus quæ fuit uxor. Et ſane in terminis ſponſalium verorum, quæ appellantur de futuro, bona iſta conſequentia eſt; ſed haud ſcio an eo reſpexerit Juſtinianus. Ma-

nus. Magis puto illi propoſitum fuiſſe, illuſtrare caſum propoſitum de quaſi privigna, cum duobus caſibus, quaſi nurus & quaſi novercæ, de quibus egerat *in §. 6. & 7.* Sunt igitur iſtæ duæ imperfectæ affinitatis ſpecies, inter quaſi privignam quæ poſt divortium nata eſt: & inter eam quæ tantum ſponſa fuit. Eſt & tertia ſpecies † propter qualitatem copulæ & unionis corporalis, ſi ſit non matrimonialis. Et tamen ſicut unio & mixtio corporum principalis cauſa eſt prohibitionis inter perſonas conjunctas, ita hæc affinitatis quāvis imperfectæ ſpecies potentior eſt ad impediendas nuptias. Hinc enim nullo modo licebit ducere concubinæ ſororem, vel ex alio genitam filiam; non etiam licebit patris ſui concubinam *l. liberi 4. C. h. t.* & nimis abſurdi ſunt, qui hanc prohibitionem putant eſſe meræ honeſtatis. Et quod iſta pene ſit perfecta affinitatis ſpecies, utiq; quoad effectum impediendi nuptias, inde apparet, quod etiam ſervorum (inter quos juſtum connubium non eſt,) affinitates dicuntur *l. adoptivus 14. §. Illud 3. de ritu nupt.* & impudenter fecit *A. Fab.* qui in juriſprud. (quam eadem modeſtia inſcripſit Papinianeam) *ad hunc tit. princ. 6. illat. 1.* præciſe negat affinitatem ſervilem, & *dictum §. 3.* à Triboniano corruptum eſſe ſtatuit. Ita enim ne quidem ex concubinatu, aut alio coitu extra matrimonium poſſet naſci affinitas; quod perſpicue falſum eſt, & contradicit *d. l. 4. C. de nupt. junct. l. 1. §. 3. de concubin.* neque enim alia quam affinitatis ratione inter iſtas perſonas & quarum mentio eſt in *d. l. 14. §. 3.* nuptiæ prohibitæ ſunt; cum etiam inter ſervos ratione formæ eſſentialis ſit matrimonium. Nec obſtat *l. 4. §. pen. de gradib.* quæ de omni ac perfecta adfinitate loquitur, cæteroquin dicendum eſſet, ex conjunctione extra matrimonium nec ullam naſci cognationem, quod aperte falſum eſt.

Nec ſponſam filii nurum eſſe.] Sponſalia dicuntur *mentio & repromiſſio*, ſive ut alii volunt, *mutua repromiſſio* futurarum nuptiarum, *l. 1. de ſponſalib.* fiebant enim apud veteres mutuæ ſponſiones: & v. c. ducturus alicujus filiam ſtipulabatur à patre, daturum in uxorem: ſocer futurus viciſſim ſtipulabatur, filiam ductum iri, ut ex locis Comicorum & inprimis *Gellio 4. noct. Att. 4.* apparet, & *l. 2. de ſponſalib.* poſtea receptum, ut nudo conſenſu & inter abſentes etiam conſtituerentur ſponſalia *l. 4. & ult. eod. tit.* Et igitur cum tantum ſpes eſſet nuptiarum, *l. ſi uxor 13. §. divi 3. de adulter.* non poterat vera affinitas eſſe ex ſponſalibus, nec proinde nurus erat, quam adhuc ſaltem ſpes erat uxorem filii futuram: quæ etiam in ſponſa patris ratio eſt; itemque viceverſa in ſocero aut genero vel ſocru. At obſtat quod generi & nurus appellatione ſponſus quoque & ſponſa contineri dicuntur *leg. 6. de gradibus.* & hæ appellationes etiam ex ſponſalibus adquiri *l. 8. eod. tit.* quod firmatur ex *l. 3. & 4. ad L. Pomp. de parric.* Reſpondeo dupliciter 1. ut paulo ante dixi, affinitatem aliam perfectam eſſe aliam imperfectam, propter quam hæc nomina iſtis quoque perſonis accommodantur. 2. Intereſſe an abrupta ſit ſpes nuptiarum, an adhuc duret, propediem futuris nuptiis. Ad hunc caſum pertinent *d. l. 6. & 8. de grad. & d. l. 4. de parric. id.* itemque quod eſt in *d. l. ſi uxor. 13. §. divi 3. ad L. Iul. de adult.* cum ſponſa videri committi adulterium, & eam poſſe accuſari iure viri. Ad illum videtur pertinere, quod hoc §. dicitur; nam nimis improbum ſit dubitare; an pater ſuperſtite adhuc filio & durantibus ſponſalibus, filio ſuo deſponſam ducere poſſit, ſed quæritur iſtud, ubi per mortem filii, aut repudio ſponſalia ſunt diſſoluta.

TEXTUS.

XI. Illud certum eſt, ſerviles quoque cognationes impedimento nuptiis eſſe ſi forte pater & filia, aut frater & ſoror manumiſſi fuerint.

COMMENTARIUS.

Diximus ſupra etiam ex illegitimo concubitu naſci cognationem quæ eſt impedimento nuptiis *l. nupt. 53. cum l. ſeq. de ritu nupt.* Ergo etiam ex conjunctione ſervorum naſcetur talis cognatio, *h. §. & l. 14. §. 2. h. t.* nam cum natura omnes homines æquales ſint *l. quod attinet 32. de Reg. Iur.* in contrahendis matrimoniis naturale Jus & pudor inſpiciendus eſt *l. adoptivus 14. §. 2. in fin. de ritu nupt.* Ex quo iudicium ferre licet, de eo quod mox hoc §. quaſi per limitationem ſubiicitur.

Si pater & filia &c.] Reſtringit prohibitionem ad manumiſſos, ut qui naturaliter ſibi coniuncti eſſe ceperunt, cum ſervi eſſent (cognatorum enim nominibus in ſervis quoque non parcimus *l. ult. §. non parcimus 5. de gradib.*) manumiſſi non poſſunt matrimonio iungi. Et an igitur dum adhuc ſervi ſunt, pater cum filia, cum matre filius, ſoror cū fratre recte conſueſcunt? Equidem Paulus *in d. l. ult. d. §. 5.* diſerte ſcribit ſerviles cognationes non pertinere ad Leges, & inter ſervos nuptiæ non ſunt,

 de

de quibus h. t. agitur. Sed ſane cum natura omnes æquales ſint, jus naturæ etiam ſervos tenebit, & quod recte monent Baro. & Hottom. impie & contra naturæ jus faciet ſervus, ſi ſe his perſonis miſceat; impie faciet dominus, ſi hanc conjunctionem jubeat aut permittat. Et utique eſſentia ſua matrimonium, quod juris naturæ eſt, inter ſervos quoque contrahitur, ſi adſit affectio maritalis, & ſervi quoque conjuges dicuntur *in l. pen. C. comm. utr. jud.* Adeo licet illa conjunctio jure noſtro civili, quo ſervi pro nullis habentur, contubernium dicatur, tamen eſſentialiter eſt matrimonium. Itaque utcunque aliud putent Hottom. & Baro, amplius ego putarim, ſervum ſi ſe miſceat matri, publice & criminaliter crimine inceſtus acuſari poſſe; quin dixerim forte poſſe quaſi adulterii accuſari, qui eam quæ in contubernio ſervi eſt, pro uxore, violaverit, licet forte mitius puniri debeat; & memini me legiſſe de Imp. quodam qui militem capitali ſupplicio affecit, eo quod ſervi uxorem ſtuprâſſet. Et Vopiſcus in Aureliano in fin. Ancillam ſuam, quæ adulterium cum ſervo ſuo fecerat, capite punivit. Et nec excuſabitur hic ſervus ſi juſſu domini tale quid fecerit, quod juris eſt in omnibus atrocioribus & quæ naturæ Lex damnavit, *l. ad ea 157. de Reg. Iur.* & dicemus *infr. ad §. illud 7. Mandati.* Et iſta expedite procedunt de Jure Canonico, quo etiam vera habentur & juſta conjugia ſervorum *ut ext. de conjug. ſervor.* Circa quod quæri poſſit, an per iſtam ſanctionem Juris Can. aliquid detrahatur juri dominorum. Et illud primo docet *cap. 2. & 4. eo tit.* conjugium eſſe nullum, ſi quis cum ſerva ignarus conditionis ejus contraxerit nuptias, niſi poſt cognitam conditionem cum ea conſenſerit; quæ eadem Capp. oſtendunt, eſſe conjugium, ſi quis ſciens ducat ancillam. In quibus terminis quæritur de jure domini. Et enim in *cap. 1. de conjug. ſerv.* ait Pontifex, nihilominus conſueta ſervitia eſſe dominis præſtanda. Et porro ſiquidem jus domini integrum manet, ſequetur liberos ex hoc conjugio natos, eſſe ſervos, ceteroquin iniqua conditio inferretur domino, qui ſi junxiſſet eam ſervo, ſervos ea peperiſſet. Et hoc ita eſſe tradit *Hoſtienſ. in ſumm. de conjug. ſerv. n. 3 & in ſum. tit. ſeq.* Atque adeo hic caſus ſingularis eſt, quo natus ex matrimonio legitimo ſequitur, conditionem matris non patris. Addo pro eo quod inter ſervos quoque quadantenus ſint nuptiæ, locum Plauti *in Prologo Caſinæ*

Sunt hic quos credo nunc inter ſe dicere:
Quæſo hercle quid iſthac eſt, ſerviles nuptiæ?
Servine uxorem ducent aut poſcent ſibi?
At ego ajo hoc fieri in Græcia & Carthagine.
Et hic in noſtra terra in Apulia.
Majoreque opera ibi ſerviles nuptiæ.
Quam liberales etiam curari ſolent.

Quamvis *Tiraq. ad Alex. ab Al. lib. 2. c. 5.* Scenica magis id licentia confictum, quam verum eſſe putet.

TEXTUS.

12. Sunt & aliæ perſonæ, quæ propter diverſas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digeſtorum ſeu Pandectarum ex jure vetere collectarum enumerare promiſimus.

COMMENTARIUS.

NImirum non hic propoſitum eſt Juſtin. tractare plene materiam nuptiarum, ſed præcipue, quatenus eſt cauſa patriæ poteſtatis; itaque remittit hic nos ad libros Pandectarum, ex quibus petantur aliæ prohibitionum cauſæ; & plane generales cauſas, ab ætate, ſtatu, cognatione, affinitate hoc tit. propoſitas eſſe ſufficere debet. Sunt plures & aliæ ſpeciales, & verbi cauſa ob dignitatem, ob quam Senator non poteſt ducere libertinam, de qua in *l. oratione 16. l. ſciendum 32. cum l. ſeq. l. ſemper 42. §. 1. cum LL. ſeqq. de ritu nupt.* quæ tamen hodie ſublata eſt. Alia eſt ob poteſtatem, ne præſes provinciæ ducat provincialem, *l. ſi quis 38. de ritu nupt. l. un. C. ſi quac. præd. pot.* Alia ob tutelam & curam *l. tutor 36. cum l. ſeq. l. ſi quis 60. l. non eſt 66. de ritu nupt. l. 1. & 2. C. de interdict. matrim.* de quibus plenius agere hic nec libet nec licet, cum ipſe Imp. nos ad Pandectas remittat.

TEXTUS.

13. Si adverſus ea quæ diximus, aliqui coierint, nec vir nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu naſcũtur, in poteſtate patris non ſunt, ſed tales ſunt, quantum ad patriam poteſtatem pertinet, quales ſunt ii quos mater vulgo concepit, nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum & iis pater incertus ſit: unde ſolent ſpurii appellari, vel à Græca voce quaſi σποράδην concepti, vel quaſi ſine patre filii. Sequitur

Digitized by Google

tur ergo ut diſſoluto tali coitu, nec dotis nec donationis exactioni locus ſit. Quia. prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ ſacris conſtitutionibus continentur.

COMMENTARIUS.

1 *Pœna injuſtarum nuptiarum.*
2 *Copula non ſuſtinet conjunctionem, ut juſta fiat.*
3 L. 1. §. ult. de exhib. lib.
4 *Spurii unde dicti.*
5 *An dos fiat caduca.*

NUptiarum quæ contra præcepta LL. contractæ ſunt, duplex eſt pœna, †verbo in genere ſumpto. Nimirum annullatio actus, & caſtigatio aliqua, modo gravior, modo levior perſonarum contrahentium. Neque enim, quod omnino notandum eſt, in diverſiſſimis prohibitionum cauſis, idem ubique delictum & eadem peccati qualitas aut quantitas eſſe poteſt. Et hactenus tamen recte in genere hoc affirmatur, quod actus ſit nullus, & quod aliqua ſit pœna: ſiquidem iſtud generale eſt, ut actus contra legem factus, & quidem contra Legem prohibentem ſit nullus; hoc enim in quavis Republ. Lex civilis poteſt, licet forte in alia Republ. aut etiam ſimplici jure gentium actus non ſit nullus: veluti nuptiæ tutoris cum pupilla, aut provincialis magiſtratus cum ſubdita, ex ratione juris gentium non ſunt nullæ, quia nec Jure Canon. quod magis obſervandum putat *Angel. ad §. illud ſup. h. t. n. 2.* Et ex ſupradd. apparet longe gravius peccari contra prohibitionem in linea recta quam tranſverſa: gravius rurſus ſi ducatur propinqua cognata, quam ſi affinis, nam & Patriarcha Jacob duas ſorores ſimul habuit, & Abrahamo filia fratris nupta fuit. Ex adverſo ſicut quædam prohibita jure noſtro, alio jure licita eſſe poſſunt; ita poſſunt eſſe illicita, quæ jus noſtrum permittit, quomodo nuptiæ conſobrinorum hodie & Jure Canonico habentur pro inceſtis.

Porro ad illud quod de nullitate matrimonii dicitur h. loco, inſignis limitatio eſt quam tradunt Interpp hic ex Jure Canonico, (quam Jure Civili ſecus eſſe docet *l 3. C ſolut. matrim.*) ſi uterq; contrahentium, imo etiam alteruter contrahentiũ vitium ignoraverit, & juxta ritus & mores Eccleſiæ convenirent, matrimonium valere, per *c. 2. & cap. ex tenore 14. Qui filii ſint legitim.* & tamen ut apparet ex textibus iſtis, non tam revera in ſe validum eſt, cum vitio interno laboret, ſed hactenus ex quo ad unicum iſtum effectum pro valido habetur, ut filii nati propter juſtum illum errorem cenſeantur legitimi, & parentibus etiam iſtis ſuccedant; cujuſmodi quid extat in N. 12. cap. 3. ut liberi etiam ex inceſtuoſis parentibus, ante conſtitutionem illam editi, illis ſuccedant; cum tamẽ matrimonium revera ſit nullum & omnino diſſolvendum, quod procul dubio & Juri Canonico convenit; & eſt textus ſingularis in *l. qui in 57. §. 1 de rit. nupt.*

Illud hic tractandum, quod huc remiſimus cum ad pr. hujus tit. de conſenſu parentum tractaremus. Requiritur ibi omnino conſenſus † patris, & iſtud 2
vel maxime ad præcepta LL. & quaſi formam matrimonii pertinet. Itaque dubitari non poteſt, quin nuptiæ ſine conſenſu patris contractę, hoc quoq; §. & verbis ejus primis, *ſi adverſus ea* comprehendãtur & damnentur; idque aperte confirmat *l. Paulus 11. de ſtat. hom.* liberos ex tali conjunctione, ubi nuptiis filiæ non acceſſit cõſenſus patris, natos injuſtos eſſe, licet ſint nati poſt mortẽ avi materni: ut non poſſim non mirari judicium illorum, qui licet non acceſſerit conſenſus patrũ, tamen ſi ſecuta ſit copula, matrimonium ſuſtineri ajunt. Ecquid enim liberi naſcentur ſine copula? At liberi nati juxta *d. l. 11.* injuſti ſunt; ergo non poteſt copula facere, ut ſubſiſtat matrimonium; & qui fieri poſſit, ut cum conſenſus conjugalis ſine conſenſu patris ſit nullus, ille legitimetur & fiat validus per copulam; & ſupra ad pr. tit. probavimus, ſi conſenſus patris qui initio defuit poſt accedat, ex eo tempore demum nuptias legitimas haberi; quod falſum eſſet ſi copula ſuſtineret matrimonium. Et quam ridiculum eſt effectum iſtum poteſtatis patrię & jura tam expreſſa quæ omnino neceſſarium faciunt conſenſum parentum, per actum facillimum eludi, imo per actum illegitimum, neque enim dubium eſt, cum conſenſus iſte liberorum ſolorum ſine patre ſit illegitimus, talem etiam & illegitimum & magis eſſe actum copulæ & concubitum; & hac ratione daretur evaſio peccandi liberis, ſi ſcirent non poſſe retractari imo pro nullo haberi coniugium ob copulam ſecutam; & in copula eſt conſummatio matrimonii, neque quod ipſo iure nullum eſt, iure conſummari poteſt. Et rideo eos, qui ad tam abſurdam ſententiam confirmandam adducunt *l. 1. §. ult.* † *de lib. exhib.* & magis rideo Hottoman. qui ad 3
§. ult. tit. prae. & ad *§. pr. hujus tit.* ſcribit doctiſſimis viris obiectũ eſſe errorẽ per *d. l. 1. §. ult.* quod non animadverterint Ulp. eo loco locutum de nuptiis ſine conſenſu parentum contractis qua explicatione Hot-

ne Hottoman. & aliorum nihil abſurdius eſt: nec enim iſtud matrimonium cō cordans & liberis ſubnixum appellarit Ulpian. quod contra LL. contractum eſſe liquidiſſimum eſt; & liberos inde natos injuſtos eſſe docet *d. l. 11. de ſtat. hom.* Enimvero animadvertere debebat Hottoman. hoc fuiſſe ſummum jus poteſtatis patriæ, ut nuptiæ licet conſenſu ejus contractæ eſſent, tamen pater offenſus forte à genero filiam rurſus abducere poſſet, quo jure eam abuti non debere ibidem Ulpian. monet. Et hoc jus poteſtatis fuiſſe in his ipſis terminis quos tractamus, (ne adducam hic autoritatem Plauti in Sticho, ubi pater vult abducere filias, quia mariti paulo diutius domo aberant) confirmatur ex *l. filiæ 4. C. de repud.* ubi cum negetur filiæ divortium eſſe in poteſtate matris, tacite innuitur, eſſe in poteſtate patris genero repudium mittere, utcumque nuptiæ initio rite ſint contractæ, & aperte *l. 5. C. eod. tit* ubi initio diſerte proponitur pater conſenſiſſe, & hoc tribuitur reſcripto Marci, ut pater ſolus nuptias diſſolvere non poſſit, ſi alias matrimonium ſit concordans; quod *in l. cum hic 32. §. ſi ſocer. de don. int. vir. & uxor.* tribuitur Severo & Antonino; cui plane genuinum eſt, quod in *d. l. 1. §. ult. de lib. exhib.* Ulpianus ſcribit: ut inde perſpicuum ſit jus poteſtatis patriæ hactenus ab Impp. temperatum & moderatum fuiſſe, ut ne bene concordantia matrimonia patres turbarent & temere abrumperent; totum autem jus hoc ipſis ademptum non eſt; ut tantum deſinant nugari & ſapere diſcant qui hactenus *d. l. 1. §. ult.* de nuptiis ſine conſenſu patris contractis abſurde explicarunt: ſiquidem hoc caſu jus abducendæ filiæ tum per ſupradicta, tum per *d. l. 5. Cod. de repud.* omnino patri integrum eſt. Contra jus adeo certum nihil poteſt locus ex Paulo citatus *2. ſent. 19.* quos libros nō uno in loco interpolatos, multi notarunt; & notat in hac quæſtione *Cons. 2. ſubſec. lect. 4.* ubi etiam meminit aliquorū; qui Paulum ibi accipiunt de patre qui initio conſenſit, ſed non perſeveravit. Plane autoritas Pauli in Pandectas relati in *d. l. 11.* pluris eſſe debet quam ex *2. ſent. 19.* nec ille ſecum ipſe pugnavit.

Nec nuptiæ, nec matrimonium.] Simplicius forte ſit, ut hæc pro ſynonymis accipiamus. Hottom. per nuptias putat ſignificari feſtivitatem nuptiarum. quæ fiebant & perficiebantur non uno die. Scio notari ab ejus rei peritis *Ant. Hottom. de vet. ritu nupt.* tres olim apud veteres Rom. fuiſſe ſolemnes dies nuptiarum, προαύλια, αὔλια, ἐπαύλια. Verum hac in re cujuſq; gentis aut etiam civitatis mores variant.

In poteſtate patris non ſunt.] Hujus effectus nominatim meminit, quoniam ut ſupra monuimus, hoc libro & loco de nuptiis tractat, quatenus ſunt cauſa patriæ poteſtatis.

Tales ſunt quantum ad patriam poteſtatem.] Rurſus eadem de cauſa meminit patriæ poteſtatis, ſed & alias iſta limitatio neceſſaria eſt; quod alias mala iſta eſſet comparatio liberorum natorum ex illegitimo licet conjugio, matre tamen ea quæ cum uno conſuevit, cum iis qui ſunt nati ex ſcorto, & ea muliere quæ corpus vulgat, & quoſvis admittit: qui demum revera dicuntur habere patrem incertum, & populum patrem, ut poſt *gloſſ. notat Ioh. de Plat.* quo pertinet illud Ariſtippi, qui ſcorto dicenti ſe ex ipſo gravidam, reſpondit, non magis eam hoc affirmare poſſe, quam poſſet ſi per ſenticetum tranſiviſſet, deſignare certam ſpinam quæ ipſam pupugiſſet; itemque facetum illud Diogenis Cynici, quendam qui ex ſcorto natus dicebatur, cum in circumſtantes lapidem mittere vellet, monentis, videret, ne forte patrem feriret. Verum quid eſt, quod ſubjicit Juſtinian. nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum & iis pater incertus ſit. Videtur licet aliter id explicet Theophyl. non obſcure ſignificare hos ipſos de quibus hoc §. agit, eos vid. qui ex illicita conjunctione nati ſunt, licet ex certa fœmina, quæ cum una tantum rem habuit. Atquin hi utique ob hoc ipſum non poſſunt videri & dici habere patrem incertum: Angelus id obſervavit hoc loco, & ait rei veritate habere quidem patrem certum, ſed juris diſpoſitione eum pro incerto haberi: etenim eſt pro non patre, nec ſe ex eo progenitum affirmare audet filius, nec quidquam juris in bonis ejus ſibi arrogare: idque confirmat Hottoman. ex *l. vulgo 23. de ſtat. homin.* ubi videntur duæ ſpecies conſtitui eorum qui vulgo quæſiti dicuntur, qui patrem demonſtrare non poſſunt, & qui eum demonſtrare poſſunt quem habere non licet, & adeo effectu juris aliquo perinde habentur, ac ſi patrem demonſtrare non poſſent; quamvis ego eum locum explicari malim in ſecunda parte, de eo qui quidem natus eſt ex ſcorto, ſed quod forte aliquamdiu ſaltem cum uno conſuevit, ut poſſit conſtare de patre, quod videtur firmari *ex l. adoptivus 14. §. 2. verſ. unde de ritu nupt.* ubi hoc ſenſu videtur dici pater naturalis, & prohiberi ducere filiam vulgo quæſitam; cum abſurdum videatur, in ſervitute ſuſceptam ex ea, quæ corpus non vulgavit, dici vulgo quæſitam; Et tamen liberos hujuſmodi qui extra matrimonium

nati

nati ſunt ex ea quæ tantum cum uno rem habuit, ſpurios & ex incerto patre natos dici, oſtendi *l.3. C. ſolut. matrimon.* Et plane hic locus probat, etiam eos qui non ex meretrice, ſed alias ex interdicta conjunctione nati ſunt, haberi pro vulgo quæſitis, ſed nimirum ſecundum quid, & præcipue quo ad patriam poteſtatem, ut ipſe limitat Juſtin. Eſt enim conjuncta oratio, & quod ait eos non intelligi habere patrem, & eſſe iis incertum patrem ſicut natis ex ſcorto, itidem intelligendum eſt, quo ad patriam poteſtatem.

4 *Unde ſolent ſpurii † appellari.*] Modeſtin. *in l. vulgo 23. de ſtat. hom.* ait dici *παρὰ τὴν σποράν.* At enim liberi nulli gignuntur *ἄνευ σπορᾶς.* An forte *σπορὰ* proprie magis dicitur de ſeminatione vel cõſitione agrorum, in quæ ſemina multa ſparſim jactantur. Id magis exprimit, quod Juſtin. ait hoc loco, ita eos dici quaſi conceptos *σποράδην*, quod ſignificat ſparſim & paſſim. Plutarchus in quæſt. Roman. quæſt. 103. duas notationes refert: alteram appellat *ἀπάτορας*, ita per contumeliam dici ſpurios, à parte ea qua mulieres ſunt mulieres, quæ Sabinis dicatur *Σπόριον.* Alteram affert, quod Spurius prænomen familiæ Romanorum duabus prioribus literis SP. itemque vulgo concepti itidem duabus his literis S P. interjecto puncto, tanquam *Sine Patre* deſignarentur; inde ex notarum errore factum, ut qui ſine patre appellabantur, ſpurii dicerentur: & eo intelligendus eſt alluſiſſe quaſi Tribonianus, hoc loco, dum ait, ſpurios appellatos, quaſi ſine patre filios; ceteroquin iſtud *ſine patre* nullam affinitatem cum nomine *ſpurii* habet: idque fecit, ut Hottoman. quem & Weſembec. ſequitur, ſuppleverit textum, & ita legerit, *vel quaſi S. P. id eſt ſine patre filii.* Ait ſe ita locum emendaſſe duorum librorum adjumento; at enim *Contius 2. ſubſec. lect. XI.* qui alteram lectionem, quam expreſſimus, tuetur, ad manuſcriptos codices provocat; & iſta corrigendi vel depravandi temeritas vitanda eſt. Tribuitur Tito Probo fragmentum, in quo ſcribitur, *Spurii patre incerto geniti quaſi Epoptæ:* quod quale ſit ego non capio; non extricat *Contius 2. lect. 21.* quaſi, inquit, intelligantur, omnium ſpectaculo conceptos. Nimis iſtud pinguiter dicitur: & nullam tamen id verbi *Epoptæ* cum verbo *ſpurius* habet cognationem: & *ἐπόπτης* ſignificat ſpectatorem; & apud veteres Chriſtianos, qui jam initiati ad myſteria admiſſi erant, Epoptæ dicebantur. Iſidor. *lib. 20. cap. 3.* Spurium vinum dici ait, quod offerre non licet, aut cui aqua admixta, velut ſputeum, hoc eſt immundum. Ita & ſpurii liberi erunt quaſi immundi, ac non puri: Adſcribam locum ex eodem *Iſidoro libro nono, capite quinto.* Nothus, inquit, dicitur, qui de patre nobili & matre ignobili gignitur, ſicut ex concubina. Huic contrarius eſt ſpurius, qui de matre nobili & patre ignobili naſcitur, (oportet autem hanc ſignificationem propriam illius ſeculi fuiſſe, nulla enim autoritate firmatur.) Item ſpurius, patre incerto matre vidua (neſcio cur appellet viduam, niſi intelligat omnem non nuptam) genitus, velut tantum *ſpurii* filius, quia muliebrem naturam veteres ſpurium vocabant. Eoſdem & Favonios appellabant, quia quædam animalia Favonia hauſto ſpiritu concipere exiſtimantur. Latine autem ſpurii quaſi extra puritatem (hodierno Italico Idiomate litera S. ſæpe eſt privativa) id eſt quaſi immundi. Hactenus Iſidorus. Pergamus.

Diſſoluto tali coitu.] Quamvis non ſit matrimonium, tamen recte dicitur ſolvi & diſſolvi coitus; quoniam abrumpi debet conſuetudo illa, quæ inter eos fuit & corporum ſimul & animorum quodammodo, quia affectu quodam & affectione mutua invicem ſibi juncti fuerunt.

Nec dotis nec donationis.] Neſcio qua ratione motus expungat Hottoman. verba *nec donationis.* Nec mihi ſufficit, quod ea apud Theophilum non extant: & ipſa particula Nec efficit, ut de duobus videatur locutus Juſtinianus. Et cum perpetuo Juſtinian. alibi iſta conjungat dotem & donationem propter nuptias, quam conſtituit vir, adeo ut *N. 97.* iſta æqualia eſſe velit, æqualia quoq; utrimque pacta, probabile prorſus eſt à Juſtin. hoc quoq; loco & dotis, & donationis propter nuptias factam eſſe mentionem. Et ubi matrimonium legitimum fuit, eo propriis modis diſtracto utique non tantum de dote repetenda, retinenda, aut lucranda tractari poteſt, & vero ſæpiſſime tractatur, ſed etiam de donatione propter nuptias. Et cum certiſſimum ſit in caſu nuptiarum interdictarum intervenire dotem, vel pecuniam pro dote, (vera enim dos non eſt) utique etiam poterit conſtitui donatio propter nuptias; & imo juxta N. 97. conſtituenda eſt: ponimus enim invicem tamquam conjuges aliquos conveniſſe licet contra LL. Et poterit itaque etiam quæri de donatione propter nuptias, ubi hic coitus fuit diſſolutus: Ceteroquin nec de dote quæri poſſet; Ut proinde iſta mutatio & temeratio Hottom. omni ratione deſtituatur.

Dotis retentioni non † ſit locus.] An igitur retine- 5

bit eam putativus maritus? Minime, ſed vendicabit fiſcus juxta *l. 4. C. de inceſt. nupt. arg. l. cum hic 32. §. ult. de donat. inter vir. & uxor.* Sed hoc tamen limitatione & cautione opus habet. Et in ſumma aut quæritur de perſona nocente, quæ ſe ſciens prudens contra LL. contraxit, & quidquid hæc dedit, id totum fiſco vindicatur; aut de perſona innocente; qualis ut plurimum præſumitur eſſe fœmina, in qua etiam error juris (ſcilicet non naturalis) toleratur & excuſatur. Huic equidem lucrum non conceditur, ex quo ſi quid ei donatum fuerit à viro, fiſco vindicatur, ſed à damno liberatur; & conſequenter dotem quam dedit, ipſa repetet; itaq; in his terminis fallit, quod hic dicitur, non eſſe locum exactioni dotis ſeu pecuniæ ejus quæ pro dote data fuit. Idque probatur diſerte ex *d. l. 4. C. de inceſt. nupt.* ubi quæ utrinque data ſunt vendicantur fiſco exceptis & fœminis & qui error cæcerrimo (quod propter viros præcipue dicitur) non affectato, neque ex levi cauſa decepti ſunt, aut ætatis lubrico lapſi. Atque ita accipienda eſt *l. 1. Cod. de condict. ob cauſ.* ubi quod pro dote datum eſt condicitur; & in *l. ult. de condict. ſine cauſa*, ubi mulier repetit dotem, quam avunculo nuptura, ſcilicet errore juris, in dotem dederat, & huc pertinet *l. ſi voluntate 7. Cod. de donat. inter vir. & uxor.* quæ uxori, ſcilicet innocenti & quæ excuſatur, datur etiam condictio ejus quod marito putativo donavit; quod alias & ipſum fiſco vindicatur, ubi quis donavit ſciens matrimonium eſſe illegitimum; de quo caſu ſcientiæ præter hunc locum etiam accipiendi ſunt textus in *l. inquit, 38. §. 1. & l. dote 61. de ritu nupt.* Quibus locis dos dicitur fieri caduca, id eſt, juxta perpetuum uſum juris, fiſco vindicari. Ceteroquin ubi prætertim prohibitio eſt mere juris poſitivi, & fœmina in errorem inducta & perſuaſa fuit, tantum abeſt, ut dos fiat caduca *l. un. Cod. de interdict. matrimon.* ut etiam quod à maritis putativis hujuſmodi uxoribus relictum eſt, ipſis non auferatur, ſed imo illæ jure id petere poſſint, ut docent *l. præfectus 63. in fin. de ritu nupt. l. 2. §. 1. de his quæ ut ind.* Itaque aut ſecus erit in hæreditate quam in legato, aut *l. un. in pr. unde vir & uxor.* itidem ut alii textus ad caſum ſcientis mulieris erit referenda. Hinc repetit dotē quæ nupſit ſervo quem liberum putabat *l. 3. C. ſol. mat. matrim.* Sed ſane facilius, quoniam iſte eſt error facti, ſicut & in *l. cum qui 18. C. de adult.* verum omnino hactenus ut ne amittat dotem mulier, idem eſt in errore juris poſitivi, & ejuſmodi qui non directo eſt contra naturam & rationem, nam ignorantia facti hic procul dubio ſemper excuſabit & maſculum & fœminam. Veluti ſi quis cognatam ſuam & affinem eſſe ignoret; modo ſit aliqua cauſa juſta ignorantiæ, & ut eſt in *d. l. 4. C. de inceſt. nupt.* non ſit ignorantia affectata & diſſimulata; Ceteroquin procedet quod eſt in *l. inceſto 32. h. t.*

Et alias pœnas patiuntur] In magna diverſitate delicti, ut notavimus ad pr. hujus §. oportet & diverſas eſſe pœnas. Et diverſitas una pendet à qualitate juris prohibentis, an ſit naturæ vel gentium; an mere poſitivum; veluti inter tutorem & pupillam, vel illius filium; inter præſidem provinciæ & ſubditam; Alia, an res perfecta & matrimonium conſummatum ſit nec ne; Alia diverſitas eſt à ſcientia vel ignorantia; & hæc curſus juris vel facti; unde naſcitur diverſitas inter marem & fœminam; interque inter majorem & minorem de quibus (neq; enim iſta prolixius explicare hujus eſt loci) videantur textus in *l. qui contra 4. & 6. C. de inceſt. nupt. cum auth. ſeq. N. 12. l. un. in pr. C. ſi quac. præd. pot.* ubi irrogatur mulcta pecuniaria *l. pen. C. de interd. matrim.* ubi eſt pœna infamiæ *l. cum qui 18. C. de adult.* ubi eſt infamiæ & inſuper ſtupri pœna *l. ſi adulterium 38. in pr. §. 1. cum ſeqq. D. eod. & ibi Bart. & alii Dd. Item gl. & Interpp. præcipue Ang. hic n. 3.*

TEXTUS.

14. Aliquando autem evenit, ut liberi, qui ſtatim ut nati ſunt, in poteſtate parentum non ſunt, poſtea redigantur in poteſtatem patris: qualis eſt is, qui dum naturalis fuerat, poſtea curiæ datus, poteſtati patris ſubjicitur, nec non is, qui à muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime interdictum legibus fuerat, ſed ad quā pater habuerat conſuetudinem, poſtea ex noſtra conſtitutione, inſtrumentis dotalibus cōpoſitis in poteſtate patris efficitur. Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio poſtea fuerint procreati, ſimiliter noſtra conſtitutio præbuit.

COMMENTARIUS.

1. *Naturales liberi qui ſint.*
2. *Turpes errores Fabri.*
3. *An naturales ſint cives.*
4. *Oblatio curiæ.*

5 Decurionis.
6 De fictione retrotractionis.
7 An dotalia instrumenta necessaria.
8 Insubtilis Tribonianus.
9 Legitimatio per adoptionem.

HActenus primus modus patriæ poteſtatis; Nuptiæ. Sequitur alter qui dicitur Legitimatio, quæ facit ubi liberi eo tempore quo naſcuntur, illegitimi, poſt efficiantur legitimi, & in poteſtatem patris redigantur, quod Juſtin. tertium hoc loco repetit; quoniam ut non ſemel monuimus, agit hic de cauſis patriæ poteſtatis.

11 *Qui dum naturalis fuerat.*] Quoniam liberi † naturales non ſunt proprium objectum legitimationis, ante omnia videndum eſt, quinam in hac materia dicantur Naturales. Ut quo non ſumitur hic eo ſenſu id verbum, quo in pr. tit. ſeq. Ubi naturales opponuntur adoptivis & ſignificant ex juſto matrimonio natos. Exiſtimo naturales liberos (dum intelligimus extra nuptias natos) appellari & conſiderari & ratione patris & ratione matris; hac conſideratione omnes etiam ex ſcorto, etiam ex inceſtu nati ſunt naturales liberi, quandoquidem etiam vulgo quæſiti liberi matri ſuccedũt, de quo dicemus *inf. l. 3.* Intuitu patris puto naturales dici duorum generum liberos alteros qui ſunt ſuſcepti in ſervitute, alteros qui nati ſunt ex concubina. Illi ut recte ita dicantur, hæc ratio facit, quoniam per ſervos non ſtat, ſed per ipſorum ſtatum, quominus legitimum cõtrahant matrimonium; & de his ſunt textus in *l. Lucius 88. §. Dama 12. de legat. 2. l. ex facto 27. §. ſi quis 4. ad SC. Treb. l. omnis 17. §. 1. quæ in fraud. cred. l. 4. C. de interd. matrim.* Hos quoq; & ex concubina ſc. ſuſceptos recte naturales patri liberos dici, iſta ſolida ratio facit, quod concubinatus conjunctio fuit LL. permiſſa, & quę per LL. nomen aſſumpſit uteri: JCtus in *l. 3. §. 1. de concub.* & cum in *d. l. 7. §. 4. ad Trebell.* JCtus dicat, voluntatis eſſe quæſtionem de qualibus liberis naturalibus ſenſerit teſtator, efficitur, plures eſſe ſpecies liberorum naturalium relatorum ad patrem, quod enim *Fab. in Juriſprudent. ſua ad hunc tit. de nupt. princ. 2. Illat. 1.* ea verba Triboniano adſcribit, ſolens ſuo more, id eſt inepte, & impudenter facit. Has ego duas ſpecies facio liberorum qui patri naturales dicuntur; nam ceteri qui ex illegitimo coitu, ſtupro vel etiam ſub velamento matrimonii, ſed legibus interdicti nati ſunt, ex propria ratione patri naturales liberi non dicuntur, quoniam lex improbat talem cõjunctionem: itaq; hactenus habentur illis ſimiles, qui ex ſcorto nati ſunt, & patrem non habent, ut notavimus paulo ante *ad §. praced.* Id ita ex diſpoſitione juris & intuitu effectuum, de quibus ante diximus. Ceteroquin dum rei veritatem conſideramus, quod utiq; ex iſto patre nati ſunt, non inepte aut abſurde dici poteſt ille pater naturalis, quomodo etiam dicitur in *l. adoptivus 14. §. 2. in fin. de ritu nuptiar.* quem locum rurſus *A. Fab. jam d. tract.* impudenter imperito interpreti adſcribit. Hos autem liberos qui matri tantum naturales ſunt, conſtat, non eſſe objectum legitimationis. Conſtat & hoc eos eſſe objectum legitimationis, qui ſunt nati ex concubina non autem qui ex ſcorto; ut male Theoph. hic, quia contra *Dd. in l. pen. de concub. poſt gl. ibid.* quam refert & probat *Chriſtoph. in princ. inf. de adopt.* requirunt, ut fœmina ſit habita in domo in figura matrimonii; Ceteroquin ſi quis ex fœmina extra domum, vel etiam in domo ex famula ſuſceperit liberos, negant legitimationi eſſe locum; cujus tamen contrarium obſervat uſus. Sed an etiam objectum legitimationis ſunt ſuſcepti in ſervitute? Nuſquam horum mentionem fieri videas omnibus illis locis, qui tractant de legitimatione, ut *t. t. Cod. de natur. liber. Nov. 12. Novell. 74. & Novell. 89.* Et ſi modo affectus conjugis fuerit in ſervis, melior eorum conditio videtur fuiſſe quam natorum ex concubina, cum iis Juſtinian. etiam jus ſuccedendi, & quidem cum legitimis liberis concedat, *infr. libr. 3. de Servil. cognat.* Ubi dicemus, Cautum autem conſtitutionibus novis (nam in jure Digeſt. nihil de legitimatione legimus) de legitimandis liberis ex cõcubina natis illud dedit, quod & concubinatus LL. permiſſus, & conſequenter pater certus erat. Qua in re & rideo & miror ſtolidũ judicium Fabri, † qui omnium liberorum ex raro conjugium natorum eandem fecit conditionem; & eo inſaniæ provehitur *ad hunc tit. in Juriſprud. ſua, princ. 2. illat. 1.* ut ſcribat liberos etiam ex concubina natos eſſe ſine patre, & proinde monſtra & vix homines, & (quod iucundum reperit) qui jure pro hominibus non habeantur. Facetus homo; quaſi non certo quodam reſpectu dicantur eſſe ſine patre, qua ratione ipſe ſtolide utitur, & quid ſc. homines eſſe non poſſent, qui carent patre, nimirum forte ex vento quodam concepti, ut de equarum quodam genere fabulatores tradunt. Et n. falſiſſimum eſt inſuper, quod ex concubina nati jure noſtro unquam dicantur eſſe ſine patre. Et porro ſtolide negat † eos eſſe cives, abuſus verbis Juſtinian. in *N 89.* 3

in pr. quib. intelligit ante Conſtantinum nihl depoſitú fuiſſe de his liberis, circa jus capiendi eliquid ex bonis patris. Et cum toties Faber arguat & accuſet imperitiam & errores Triboniani, hic ipſe tantum tribuit verbis obiter prolatis, ut ea ſcribat, quæ omnem ſuperant ſtultitiam, quibus fatuitatib. non confutandis, ſed exſibilandis proprium deſtinavi locum Jam conſtituto objecto legitimationis pergamus in textu noſtro.

Poſtea curiæ datus.] Hic eſt primus modus legiti-
4 mationis. Oblatio † & datio curiæ. Lapſus eſt Accurſus, qui ignoratione veteris Reipubl. & antiquitatum, intelligit aulam principis. Decuriones in coloniis & municipiis erant conſilium publicum & ſenatus. Inde ita dictos refert *Sigon. lib. 2. de antiq. jur. Ital. cap. 4.* quod ex iis qui in coloniam
5 deducebantur, † decima pars in conſilium publicũ allegebetur. Is ordo equidẽ onerosus, ſed nihilominus & honorificus erat, & eum *Cicero in orat. pro Cælio* videtur appellare ampliſſimum, ſcil. non ex ſe & abſolute, ſed in municipio vel in colonia: quãvis non ſupremus fuerit honor, nec in illis civitatibus quidẽ, quippe cum priores eſſent duumviri, qui quaſi conſules repræſentabant. Ne longius hinc abeamus; Cauſam hujusmodi legitimandi recte Hottom. notat fuiſſe inopiam Decurionum, &, quod principale eſt onera ſatis gravia quæ incumbebant decurionibus; qua gratia illi omnibus modis liberari ea functione ſatagebant, ſed contra machinationes illorum plurimæ conſtitutiones Impp. factæ ſunt & in C. *Juſtin. l.* 10. & plures adhuc *in Cod. Th. lib.* 12. *tit.* ut vid. & ipſi, & liberi eorũ (niſi certis modis eximantur) conditione iſti maneant obnoxii & ad eandẽ ſi eam defugere tentaverint, omnibus modis retrahantur. Hac de cauſa conſtitutum fuit, ut filius naturalis legitimus eſſet, ſi à patre curiæ offerretur, & ita muneribus municipalibus manciparetur, quæ nimirum gravia ſatis ordini decurionum incumbebant *l. 3. Cod. de nat. lib. & l. 4 eod.* ubi verba, *municipalibus muneribus aggregare velit*, ſignificant, velle filium facere decurionem; idque apertiſſimum eſt ex eo quod mox *dona-ns patria principalem*; decuriones enim hoc nomine denotantur; quod non intellexit Faber, & ſæpe jam citato loco indocte inde concludit, naturales liberos ex concubina nec in municipiis eſſe cives; quaſi *muneribus municipalibus aggregare* ſignificaret, *facere municipem*: de quo modo legitimandi latius agit Juſtin. *Nov. 89. cap. 2. & ſeqq.* Illud adnotandum in filiabus quoq; naturalibus eſſe locum huic legitimationi, ſi eæ curiali elocentur juxta *d. Nov. 89. & d l. 3 in f. C. de natur. lib.*

Nec non is qui à muliere libera procreatur.] Hic eſt ſecũdus & optimus legitimationis modus per ſubſequens matrimonium cum concubina, ex quo ipſo neceſſario efficitur, quod hic requirit Juſtinian. ut concubina ſit talis perſona, cujus matrimonium legibus non ſit interdictum; Cæteroquin non poſſet illa in uxorem duci, nec adeo iſti legitimationis modo eſſet locus. Id hodie ſublatis prohibitionibus ob dignitatem liquido procedit; nam olim proculdubio poterat libertina eſſe in cõcubinatu ſenatoris, quæ tamen ei nupta eſſe nõ poterat. Addendum & hoc; ſatis eſſe ut fœmina poſſit eſſe uxor, licet propter aliquod temporale impedimentum non poſſit, quo tamen etiam durante poſſit eſſe in concubinatu, veluti fœmina provincialis, juxta *l. ult. de concubinis.* Videri poſſit hanc ſpeciẽ legitimationis & hanc cauſam patriæ poteſtatis eſſe eandem cum prima, quæ per Nuptias conſtituitur. Sed nimirum hic effectus nuptiis accedit extrinſecus, nec hoc nuptiæ ex ſe habent, ut efficiãt legitimos qui ante nati ſunt, ſed habent beneficio Legis, quæ hoc dedit nũptiis. Alii liberi ſunt legitimi & in poteſtate, qui ex nuptiis nati ſunt; hi per nuptias legitimi facti ſunt. Et quod aliqui afferunt, hunc eſſe effectum † legitimationis, ut liberi 6
ante nati ita ſint legitimi, ac ſi nunquam fuiſſent illegitimi, ſed cenſeantur eſſe legitime nati, ita nimirum ut tempus nuptiarum retrohatur ad tempus quo nati fuerunt. quod inquam, ita affertur, non eſt veritatis, ſed fictionis, & inſuper non eſt fictio jure recepta & proditi, ſed fictio cerebri illorũ eſt; & verius, ſola poteſtate Legis cenſeri legitimos illos liberos, & hoc vel ex argumento, quod juxta *N. 89. c. 11.* legitimatio tantum operatur volentibus & cõſentientibus liberis; quod omnino repugnat fictioni retrotractionis, qua admiſſa, perinde ac ſi liberi eo matrimonio nati eſſent, fieri non poſſet, ut non omnimodo liberi eſſent in poteſtate.

Dotalibus inſtrumentis compoſitis.] De jure Canonico conſtat iſtud ad eſſentiam † legitimationis 7
neceſſarium non eſſe. De jure civili requiri neceſſario communior eſt opinio, à qua pauci receſſerunt, quos ego ad *Treutl part. 1. diſp. 2.* incaute & imprudenter ſecutus ſum, quã meam ſententiam retracto, & improbo. Cum aliis, uſus ſum duobus argumentis, quibus videtur confirmari dotalia inſtrumenta neceſſaria non eſſe. 1. Quia utique matrimonium perfectum ſit ſolo conſenſu, citra dotem & citra

Digitized by Google

citra inſtrumenta; poſito autem matrimonio, quod eſt legitimationis cauſa, difficile videtur, negare effectu.2. Quod alias ſequeretur natos ex concubina paupere quę dotem dare non poteſt, hoc modo non poſſe legitimari. Illud prius argumentum ſane ſpecioſum eſt, &c. Habet colorem; ſed poſterioris me pœnitet pudetque, & ut ab hoc incipiam, eſt id planiſſime ineptum; ſiquidem dotalia ſolent dici inſtrumenta, quoniam frequentiſſimum eſt, in nuptiis contrahendis intervenire & dari dotem; itaque hac appellatione uſus eſt Juſtin. qui caſum aliquem ſingularem concubinæ extreme pauperis, quæ nec à ſe nec aliunde dotem conficere poſſit, non cogitavit. Ceteroquin in genere dicentur inſtrumenta nuptialia; quomodo etiam confuſim Juſtin. nuptialia & dotalia inſtrumenta appellat, in *l. cum quis* 10. *Cod. de natur. lib.* Et tantum nuptialia *in* §. 2. *inſtr. de hered. ab int. N.* 74. *in pr.* Et nimirum Juſtinian. voluit intervenire inſtrumenta; Idque (ut hinc refutem prius argumentum) pluribus in locis, quam ut id bona fide negari, aut citra cavillationem argumentum iſtud removeri poſſit; nimirum & hoc §. (in quo & ceteris locis fere utitur duobus abſolutis ablativis, qui inducunt neceſſitatem) & pariter requiruntur inſtrumenta dotalia, ſive nuptialia in §. *ſui autem* 2. *verſ. nec non eo inſtr. de hered. ab int. in Nov.* 12. *cap. ult. Nov.* 18. *cap. ult. Nov.* 74. *in prin. N.* 89. *cap.* 8. *l. cum quis* 10. & 11. *Cod. de natur. liber.* Et quod ſolidum argumentum præbet, nullo loco de hac legitimatione tractat Juſtin. ut non meminerit inſtrumentorum dotalium; Et proinde vitioſe reſpondetur, non requiri inſtrumenta dotalia de neceſſitate, ſed ſaltem ſi quis tutius contrahere velit, tanto magis de matrimonio conſtare poſſit. Quæ reſponſio & alio ſolido argumento convellitur. Quod quæ ratio eſt aliorum caſuum, quibus dotalia inſtrumenta requirit Juſtinianus, eadem eſt ratio huius caſus quem tractamus. Atqui aliis quibuſdam caſibus ita requiruntur Inſtrumenta, ut omnino ſint de neceſſitate. Ergo, &c. propoſitio maior hinc cõfirmatur, quod nulla poteſt dari diverſitatis ratio inter iſtos caſus, cum ubique pariter & eodem modo inſtrumenta dotalia requirantur. Minor confirmatur ex *l. Imperialis* 23. §. 1. *in fin. C. de nupt.* ubi in nuptiis cũ ſcenica requirit Juſtin. ut omnimodo dotalia inſtrumenta conficiantur, id eſt, ut modo explicatum, nuptialia; neque enim paupertas eiuſmodi fœminæ, quæ dotem dare nequeat, impedimento eſt nuptiis. Et in §. 5. *d. l.* 23. *in f.* de filiabus mulieris ſcenicæ, *ut tamen omnimodo dotalia inſtrumenta conficiantur.* Et in *auth. maximis C. eod. tit.* de nuptiis illuſtrium, qui non niſi cum dotalibus inſtrumentis conficiant nuptias ex *N.* 117. *c.* 4. & *eadem N. c.* 6. diſerte opponuntur hi duo modi, contrahere nuptias cum talibus inſtrumentis, & ſolo conſenſu & affectu ſine inſtrumentis. Nec movere poteſt, quod dotalia ſive nuptialia inſtrumenta tantum pertinere ad probationem videntur, ut docet *d. l.* 23. §. 3. *C. de nupt.* & proinde non videantur eſſe de ſubſtantia actus: Etenim tum negatur, quod ad ſolam probationem exigatur, tum & hoc reſpondetur, quod quædam quæ natura ſua tantum ad probandum directa ſunt, poſſint per legem fieri eſſentialia actus: veluti cum placuit ut in ſcriptis contrahatur *l. contractus* 17. *C. de fid. inſtrum* nec poteſt negari, quin teſtes quinque in codicillis, imo & in teſtamentis ſeptem teſtes, utcunque etiam ſint ſolennitatis, pertineant ad probationem; nec enim alia cauſa tot teſtes requiruntur, quam ut omnis ſuſpicio fraudis & doli excludatur, & de voluntate defuncti liquido conſtare poſſit: Et tamen ille numerus teſtium eſt de eſſentia ultimæ diſpoſitionis. Et hæc eſt poteſtas legis ut aliquid addere poſſit actui, quod ad eius eſſentiam alias non pertinet. Et hic non agitur de ſimplici matrimonio contrahendo, ſed effectu ſpeciali legitimationis, quem matrimoniũ non ex ſe ſed autoritate legis operatur, quæ hanc ſolemnitatem inſtrumẽtorũ voluit accedere. Addo denique hanc cauſam, ob quã requirantur inſtrumenta, quoniam niſi ex iis ſatis certo & liquido & perpetuo conſtare vix poteſt, an & qui liberi ſint legitimati, ſiquidem per *N.* 89. *c.* 11. ſoli qui volunt legitimantur: id quod inſtrumento omnino inſeri oportet: Et per hæc puto ſatis confirmatam communem opinionem, quæ ſtatuit, iure civili ad legitimationem requiri dotalia inſtrumenta.

Quod & aliis liberis.] Ait, conſtitutione ſua præbitum hoc quoque eſſe ut legitimi ſint, qui ex eodem matrimonio poſt fuerunt procreati. Quid 8
quid etiam hic defendere velit iſtam lectionem & ſententiam *Alber Gent. dial.* 6. *de Interpp. Iuris*, attamen nimis quam craſſa fuerit hæc dubitatio, an liberi poſt nuptias tam ſolemniter contractas, & haud dubie iuſtas nati, ſint legitimi, cum utique ex iuſto matrimonio ſint nati. Neque enim reperitũr hoc ulla conſtitutione ad quam hic provocat Iuſtin. propoſitum aut definitum: cuiuſmodi etiam ſanctio ſupervacua & inepta eſſet, ſi quæ diſponeret, ut liberi ex legitimo & iuſto matrimonio nati

ſint juſti & legitimi. Itaque ſane non ineptum eſt, quod Hottomannus ita cenſet legendum, *Quod ſi nulli alii liberi ex eo matrimonio nati fuerint &c.* De hoc dubitatum nimirũ fuit, an legitimatio obtineret effectum ſuum, ſi ex nuptiis contractis poſt nulli naſcerentur liberi initio legitimi, vel nati morerentur: ut expreſſe ſcribit Juſtinianus, & hanc controverſiam decidit in *l. nuper* 11. *C. de natur. liber.* quod nihilominus liberi naturales ſint legitimi, & maneãt. Ex quo obiter noto confutari opinionẽ, earum cujus paulo ſuperius meminimus, quod legitimatio hæc fiat per fictionem retrotractionis, ita ut liberi naturales ab initio ſemper liberi & tamquã ex legitimis nuptiis nati reputentur. Hac enim fictione nuſquam iſti dubitationi fieri potuiſſet locus: nec Juſtinianus in *d. l.* 11. in hac fictione deciſionẽ fundat, ſed ſimpliciter diſponit, hoc addito colore, quod liberi naturales cauſam dederint nuptiis; ut poſteriore e iam legitimi fierent. *inuct. l* 11 ubi ita diſputat, quaſi potiorem faciat liberorum legimatorum conditionem, quam eorum qui poſt nuptias nati ſunt: ex quo forte vulgata lectio capere poſſet colorem, ſed non excuſari ab inſulſitate, quia ipſa in *d. l.* 10. Juſtiniani diſputatio laborat: & iſtam lectionem vulgatam diſerte etiam expreſſit Theoph. hic. Eſt autem retenta lectione vulgatiſſima, alia quoque explicatio hujus loci, admiſſa leviſſima mutatione. Nimirum *Muretus lib. ſing. obſ. iur. c.* 11. pro, *quod & alios liberos* putat legeñdum, *quod Et alios liberos* ut per Græcismum (qui modus loquendi frequentiſſimus eſt Triboniano peritiori linguæ Græcæ quam Latinæ) hoc dicere voluerit Juſtinianus, quod liberi ante nati, per ſequens matrimonium ita fiant legitimi, ut iis qui ex juſto matrimonio ſuſcepti ſunt. Ei ſimiliter aliis, Græci, *ὡς καὶ τοῖς ἄλλοις*. Iſta ad hunc §.

† Breviter annoto eſſe & tertium modum legitimandi per reſcriptum principis, ſed illum ſubſidiarium tantum, ubi ex certis cauſis & impedimentis legitimari per ſubſequens matrimonium liberi nõ poſſunt, de quo late *Juſtinianus in N.* 74. *c.* 2. *& N.* 89. *c.* 9. *&* 10. de quo pluribus agere non libet, quod hujusmodi nulla ſit in § noſtro mentio: hoc ſaltem addo, legitimationes quæ dicũtur liberorũ hodiernas, quæ etiam mortuis parentibus naturalibus impetrantur, & ſæpe etiam veris ſpuriis indulgentur, non tam legitimationes proprie dictas, ſi hæc res ad rationem juris noſtri exigatur, quam diſpenſationes & conceſſiones pure gratioſas eſſe.

Denique & illud attingendum, quod olim legitimatio † contingebat per adoptionem, ut apparet ex *l. legem* 7. *C. de natur. lib.* ubi Juſt. Imperat. eum modum tollit; cujus conſtitutionem etiam probat *Juſtin. in N.* 74. *cap.* 3. *& N.* 89. *cap.* 11. *§.* 2. Cur autem eum modum caſtitati adverſari dicat, ego non intelligo; cum ipſe & per ſubſequens matrimonium & per reſcriptum principis legitimari permiſerit. Nam Juſtin. ideo hunc modum ſuſtulit, ut ſubditos omnes ab illicitis conjunctionib. abſtraheret: Ita enim ait, In poſterum ſciant omnes, legitimis matrimoniis legitimam ſibi poſteritatẽ quærendã: quibus verbis omnem quaſi ſpem legitimationis præcidit. At vero, ut jam diximus, Juſtin. facultatẽ legitimandi ampliavit; nec proinde erat, cur tantopere modum illum legitimandi per adoptionem improbaret.

Ut unum ex altero occurrit, putat Cujacius in *N.* 117 alium per *d. N. cap.* 2. à Juſtin. introductũ eſſe legitimandi modum: ſi quis aliquem ex concubina natum in Inſtrumento appellaverit filium ſuum. Sed non obſcure fallitur Cujacius: quoniam ille locus pertinet ad caſum, quo non conſtat, eſſe concubinam: cum illo tempore pleraque matrimonia privatim ſolo affectu contraherentur. In dubio itaque ex iſtjuſmodi nominatione præſumimus matrimonium fuiſſe contractum, cum pro hoc præſumendum eſſe in dubio, ratio ſuadeat: idque ex eo evidens eſt, quod juxta *d. N.* 116. *cap.* 2. ſi quis ita unicum tantum filium nominaverit, cum plures ex ea conjunctione haberet, omnes legitimi habeantur, ſcil. tamquam ex matrimonio nato.

AD TITULUM XI.

LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE ADOPTIONIBUS.

TEXTUS.

1. Non ſolum autem naturales liberi ſecundum ea quæ diximus, in poteſtate ſunt poteſtate, verum etiam ii quos adoptamus.

Commen-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

1 *Adrogationis modus & n. 3.*
2 *Unde dicta.*
3 *Adoptionis modus.*
4 *Lege agere quid ſit.*
5 *An apud magiſtratus municipales.*
6 *An apud delegatum.*
7 *Objectum adoptionis.*
8 *Effectus.*

POteſtas patria duplicem habet cauſam, naturam & legem. Lex ſola operatur, non nuda ſui poteſtate, (ut alias dicimus ipſo jure quid fieri) ſed per certos modos, veluti per adoptionem, in ſpecie dictam & arrogationem. Poteſt autē homonyme dici; Legem ſolam operari, & non uno modo. Nam legitimatio per reſcriptum, & curiæ oblationem etiam ſunt ſolius legis, ſed eatenus concurrit natura, quod hæc tantum habeat locum, in liberis quos quis ex concubina ſuſcepit: ceterum adoptio eſt eorum qui nullo modo nobis liberi ſunt. Sed ſane quid illi liberi ſunt, non propterea facit ut in poteſtate ſint patris, de qua hic agitur: itaque hic effectus totus eſt à poteſtate legis. At vero cum matrimoniū juris gentiū ſit, & ipſa poteſtas patria, recte hactenus dicimus liberos ex uxore natos quodammodo natura eſſe in noſtra poteſtate: licet aliter forte dicendum ſit juxta §. 2. *ſup. de pat. pot.* & attenta illa poteſtatis Romanæ conditione, quæ mere eſt à jure civili. Ita & hic poteſtas patria fuerit à lege, ſed mediante actu qui utiq; in ſe juris gentium eſt, & nimirum, matrimonio. Sed hæc levia ſunt: Dicimus porro adoptionē ex lege eſſe: non ut propterea Romanis omnino proprium faciamus adoptionem. Nam & Moyſen à fil. a Pharaonis adoptatum traditur *arg. cap. 2. Exod.* & Theſeum ab Ægeo (cujus tamen naturalis filius erat) adoptatum ſcribit Plut. *παῖδα αὐτὸν θέμενον τοῦ Αἰγέως.*

Naturales liberi.] Ad finem *tit. præced.* monuimus, intelligi hic natos ex matrimonio: *l. 2. § liberi C. ad SC. Tertyl.* quomodo & legitimi naturaq; parentes dicuntur dū opponuntur adoptivis *l. adoptivum D. de in jus voc. §. admonendi 13. cum §. ſeq. infr. de hered. ab int.*

TEXTUS.

2. Adoptio autē duobus modis fit: aut principali reſcripto, aut imperio magiſtratus. Imperatoris autoritate quis adoptare poteſt[a], qui quæve ſui juris ſunt: quæ ſpecies adoptionis dicitur adrogatio; Imperio magiſtrat. adoptamus eos eaſve qui quæve in poteſtate parentum ſunt: ſive obtineant primum gradum liberorum, qualis eſt filius, filia: ſive inferiorem: qualis eſt nepos neptis, pronepos proneptis.

COMMENTARIUS.

PRæmittenda erat definitio adoptionis, quæ nihil aliud eſt, quam legitima alicujus in filium adſumptio. Valde abuſive & improprie deſcribit *Caius 1. Inſt. 5.* eſſe ſimilitudinem naturæ ut aliquis filium habere poſſit, quem non generavit. Rectius Theophilus *πρᾶξιν νόμιμον μιμουμένην τὴν φύσιν, πρὸς παίδων παραμυθίαν ἐπινενοημένην.* Quibus verbis poſterioribus elegãter innuitur cauſa finalis adoptionis, ut per legem habere poſſint liberos, quibus cauſa quæ liberos invidit: veluti ſi uxor ſterilis, liberi morte, i degeneres. Hoc §. proponitur diviſio. Iſtud vulgatum eſt, plures eſſe res, quam nomina rerū *l. natura 4. de praſcr. verb.* itaque ſæpe unum itemque verbum plures res ſignificare: quod cum variis modis, tum hoc etiam accidit, ut unum verbū fungatur vice generis & ſpeciei: quale nomen eſt culpæ, quod in genere acceptum etiam comprehendit dolum, à quo alias tamquã diverſa ſpecies diſtinguitur: tale nomen eſt cognatio, ut dicemus *infr. hoc lib. tit. 15.* Ita notant Dd. nomē pacti modo in genere, ut comprehendat omnē conventionem; modo in ſpecie, ut tantum nudum pactū uſurpari. Idem notant de verbo iuriſdictionis, quæ cum in ſpecie ad civiles cauſas pertineat, in genere tamen ſumpta, & imperium merum contineat. Tale nomen eſt adoptio, quod dividitur in adrogationē, quæ & hic & plurimis locis adoptio dicitur, & in adoptionem in ſpecie dictam: Et de utriuſque ſpeciei natura diſtincte agendum eſt: quæ explicatur hic, expoſitis iis, in quibus utraque aut convenit aut diſcrepat.

Prima differentia eſt à cauſa efficiente juxta hunc §. ubi primo omnium notandum cauſam veterem adrogandi mutatam eſſe, quod olim autoritate populi, poſt principis adrogatio facta eſt, ut mox pluribus. Adoptio in ſpecie ut olim, ita hodie fit imperio & autoritate magiſtratus ſcilic. inferioris: ceteroquin & princeps magiſtratus eſt: ſed quia in principe ſunt iura maieſtatis, & magiſtratus fere iuris dicundi cauſa apud Romanos cõſtitutus fuit, fit, ut princeps recte magiſtratui opponatur.

Cetero-

Cæteroquin licet adoptio hodie hacten⁹. habeat eãdem cauſam efficientẽ: tamẽ ratione formę, & modi hodie lõge differt adoptio à veteri, ut mox dicem⁹.: Et primum dicamus de adrogatione. Cur in ea non ſuffecerit autoritas nec olim nec hodie ſimplicis magiſtratus, hæc ratio eſt, quia homo ſui juris ſe dabant in poteſtatem alienam, & quaſi in ſervitutem, ſi cõſideramus veterem in liberos poteſtatem: nec videbatur jus eſſe civi ſui juris, ſtatuendi de capite quaſi ſuo injuſſu populi, adoptio autem fiebat jure poteſtatis patris, qui ſuo jure filium ſuũ interveniente autoritate v. c. prætoris in poteſtatem alterius transferebat. Et quod ad veterem adrogationem, illa olim fiebat rogatione ad populum & quidem curiatis comitiis. Creatio magiſtratuum fere omnium juxta inſtitutum Servii Regis fiebat comitiis centuriatis: pleræque LL. ferebantur ad populum comitiis tributis, pauciſſima erant quæ fiebant comitiis curiatis, quæ Romulus populo in Curias diviſo inſtituerat. Inter ea erat delatio militaris Imperii: & ſcil. Conſules & alii magiſtratus in provincias & omnino ad bellum exituri legem de Imperio ſuo ad populum ferebant, curiatis comitiis, quod innumeris locis Livii probatur: ſuper adrogatione quoque lex curiata ferebatur: Cur iſta fere tantum relicta fuerint comitiis curiatis mihi non liquet. Id ita ſe in adrogatione habuiſſe probatur ex *Gellio 5. cap. 19.* & perſpicue ex *Cicer. in orat. pro domo*, ubi exagitat adrogationem Claudii: Sueton. in Auguſto c. 65. Nepotem, inquit, Agrippam & privignum Tiberium adoptavit in foro lege Curiata. Et illis locis nominatim extat formula rogationis ad populum, *Velitis, jubeatis, Quirites, ita eum eſſe filium, ac ſi ex ipſo* (ſc. adrogatore) *& matrefam. ejus natus eſſet:* & nominatim hoc adjectũ, ut in eum ſc. arrogatum eſſet jus vitæ & necis, iam d. oratio Ciceronis oſtendit. Et quoniam ita homo ſui juris in poteſtatem alienam tranſibat, neceſſum erat, ubi ipſe adrogatus in hanc rem auctor fieret, ut rurſus Cicero ſcribit, & *Gell. d. loco*, qui hinc eſſe teſtatur, quod impubes quem inveſtem dicebant, non poſſet arrogari, ſed tantũ veſticeps, pubes: quoniam ille eum ſub tutoribus eſſet, autor in hanc rẽ propter ætatem fieri non poterat, nec hoc jus erat tutoribus, ut caput liberum (ita appellat Gellius) in alienam traderent poteſtatem. Itaq; neceſſum erat adrogandum publicæ in comitiis interrogatũ, autorem fieri & annuere: nec minus & eum qui filium ſibi arrogaturus erat, oportebat publice hoc conteſtari: idq; eſt quod ſcribit *Gaius in l. 2. §. 1. h. t.* & eum qui adoptat rogari, ad velit eum ſibi filiũ eſſe, & eum, qui adoptatus, ad hoc fieri patiatur: ubi etiam ſcribit, ex hoc adrogationem appellatã eſſe: quod & ſive idem, ſive alter Cajus ſcribit *d. l. 2. §. 1.* Eamq; notationẽ ita explicat Hottom. hic, dictam fuiſſe adrogationem, quod præter rogationem ad populum latã, inſuper pater & filius futuri rogabantur: quomodo verbum adrogare, pet adjicere uſurpari videtur in *l. 4. de pœn.* Verum id † mihi non ſatis convenire videtur, quod poſt rogationem ad populum latam demum adoptaturus & adoptandus fuerint rogati: ita enim futurum erat, ut populi approbatio ſecundum rogationem ſecuta, inutilis eſſet, ſi hi quorum conſenſus omnino neceſſarius eſt, poſt non fierent autores: itaq; veriſimile eſt horum rogationem & reſponſionem præceſſiſſe: inde rogationem ad populum latam fuiſſe. Hæc omnino pro Etymologia hujus verbi conjungenda: nec audiendus *Alciat. 9 parerg. 5.* dum improbat notationem *Caii in d. l. 2.* & eam omnino dictam vult, à rogatione ad populum lata: Hoc enim ſenſu omnes leges ad populum latæ adrogationes dicendæ fuerint, ut recte hic notat Hottom. Atq; in hũc † modum fiebat adrogatio olim per populũ, cujus jure translato in principem, hic adeundus & ejus reſcriptum deſuper impetrandum erat. Ab hoc factũ eſt, ut fœminæ quoq; poſſent arrogari per reſcriptũ *Linam & 21. h. t.* quæ ante non poterant, ut eſt apud *Vlpian. tit. 8. de adopt. §. 4.* quia jus comitiorum non habebant. Hoc autem, ut per reſcriptum fieret adrogatio fœminarum antiquum eſſe docet exemplum, quod mox ſubjicio ex *Plin. 8. Epiſt. 18.* Hottom. tamen, ut adrogatio per reſcriptum fieret, primum ſub Diocletiano cœptum putat, ſed leviſſimo argumento ex *l. 2. de adopt.* neque enim tum primum hoc jus principis factum ullo modo inde colligi poteſt: & prorſus improbabile eſt, quod 300. annis quibus Rom. Reſp ſub Impp. fuit, populus illud jus retinuerit: cum imo conſtet Tiberiũ ſuffragia populo ademiſſe: Niſi quis exiſtimet relictum hoc populo, in quo nulla pars adminiſtrandæ reipub. conſiſtebat, & ſane *Vlpianus in fragm. tit. Inſt. 8 de adopt.* ſæpius repetit, arrogationem fieri per populum, & Romæ tantum: & ſimpliciter arrogari apud populum ſolitum ſcribit *Gell. 5. cap. 19.* qui poſt diu occupatam à Cæſaribus Rempub. vixit. Sed contradicit, quod *Plin. 8. Epiſt. 18.* meminit puellę ſui juris adoptatæ, id eſt, adrogatæ. Et hoc factum reſcripſit princeps, quia ut jam diximus, in comitiis nõ poterat. Itẽ contradicit, quod *Gaius in l. 2. §. 1 h. t.*

§.1.*h.t.* pariter adrogationē fieri dicit principis autoritate. An Ulpianus loquitur juxta veterem morem? An præcedebat principis autoritas, ſequebatur populi rogatio? An utroque modo per principē & per populum fieri poterat? aut an ſive Ulpiani locus, ſive *Caii in l. 2. h. t.* corruptus vel interpolatus eſt? Ego in medium relinquo. At numquid etiam adrogatio teſtamento fieri potuit? *Sueto. in Caſ. c. 83.* (ubi de teſtamento Cæſaris) Caium Octavium in familiam nomenque adoptavit: & jam ante *Cicer. in Bruto, ſive de clariſſ. orat.* Quid Craſſum, inquam, illum cenſes, iſtius Liciniæ filium Craſſi teſtamento qui fuit adoptatus? Apparet intelligi adrogationem eorum qui erant ſui juris: at enim in mortuo nullus amplius effectus poteſtatis patriæ. Sed tamen effectus fuit nominis & familiæ: ſed ut puto, ut iſta eſſet magis deſignatio, & quæ lege curiata comitiis eſſet confirmanda. Ita enim *Dio.* cum *lib. 44* ſcripſiſſet, teſtamento Cæſaris adoptatum Octavium: & *li. 45.* quod nomen Cæſaris aſſumpſerit, demum *libr. 46.* ſcribit in hæc verba: ἐς τὸ τοῦ Καίσαρος γένος κατὰ τὰ πάτρια ἐσεποιήθη, καὶ διὰ τοῦτο καὶ τὴν ἐπίκλησιν μετέθετο: Et addit eum quidē & ante uſurpaſſe nomen Cæſaris, ſed non conſtanter, nec utique ἀκριβῶς καὶ ἐν τοῖς πατρίοις τότε ἐβεβαιώσατο. Intelligit procul dubio Lege Curiata confirmatam adoptionem: Ita & *Appian 3. bell. civ.* de Octavio: εἰσποιοῦντο τῷ πατρὶ κατὰ νόμον Κουρίατον, malim Κουριάτιον, quia ſignificat Legem Curiatam.

Videamus jam de adoptione in ſpecie dicta. Ea fiebat autoritate patris qui in poteſtate habebat, itaq; cujuſq; ætatis, etiam infans poterat adoptari *l. etiam 42. h. t.* Sufficit enim non expreſſe contradici *l. 5. eod.* & pater autor fiebat. Hinc nec olim lege curiata, nec poſt adito principe opus, ſed ſufficiebat autoritas magiſtratus infra principem. De hac ita ſcribit *Gellius d. cap. 19. lib. 5.* Adoptantur, inquit, cum à parente in cujus poteſtate ſunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atq; ab eo qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio eſt, vindicantur. Quæ verba ſunt explicanda. Diximus *ſup. ad tit. 9. §. 2.* ex Lege Romuli patrem jus habuiſſe, ter vendendi filium, ita ut filius etiam ſemel iterumque vēditus, in poteſtatem patris rediret, & demum tertia venditione ex ejus poteſtate exiret: quod poſtea in imaginarias venditiones mutatum, & ob id in emancipatione filii tres venditiones & totidem manumiſſiones neceſſariæ fuerunt, ut dicemus *ad tit. ſeq. §. præterea.* In adoptionibus autem non agebatur hoc ut filius ſui juris fieret, ſed ut ex poteſtate patris exiret in alienam. Itaq; ut illud fieret, opus erat tribus venditionibus & emancipationibus, ceteroquin in poteſtatem patris naturalis filius reverſus fuiſſet: ſed non interveniebant tres manumiſſiones: ceteroquin filius emancipatus prorſus & ſui juris fuiſſet. Et igitur interveniebant tres mancipationes & duæ manumiſſiones, quod & diſerte ſcriptum eſt in *Inſt. C. de adoption.* Et ubi de emancipando filio agebatur, filius tertio venditus, tertio quoque manumittebatur. Sed ubi adoptandus dabatur filius, tertium ita vendebatur & mancipabatur filius ei qui illum adoptabat, ut ipſi in jure cederetur, & hic filium tamquam ſuum ſibi aſſereret & vindicaret, ut eſt apud Gellium *d. loco*, jure enim Quiritum jus vindicandi filium pater habebat *l. 1. §. 2. de rei vindic.* ad inſtar quodammodo ſervi, ſiquidem per venditionem ut dixi, filius ita in adoptivum patrem transferebatur: Facit ad illuſtandum, quod *Sueton.* ſcribit *in Auguſt. cap. 64.* Cajum & Livium adoptavit (Auguſtus) domi per aſſem & libram, emptos à patre Agrippa. Domi, non in foro ut paulo ante retulimus, ex eodem Sueton. *cap. 65.* factum circa Tiberium, quia illi erant in poteſtate patris: domi quoque apud ſe, cum ipſe eſſet ſupremus magiſtratus, nec opus haberet adito prætore: ſiquidem hujuſmodi actus voluntariæ juriſdictionis & alius magiſtratus apud ſe expedire poteſt *l. 3. h. t. l.* & *2. de offic. præt. l. un. de offic. conſul.* Et iſte erat ex jure Quiritium modus optimo jure adquirendi per ceſſionem in jure, ut docet *Vlpian. titul. 19. de dominiis §. 1.* & *§. in jure 8.* & *§. ſeq.* ubi (quod omnino ad illuſtrandum Gellii locum facit,) In jure, inquit, cedit dominus, vindicat is, cui ceditur, addicit prætor: ex quo ut dubitet dictum, firmatur quod *ſup. d. titul. 9. §. 2.* diximus, jus poteſtatis patriæ in filium, perquam juri dominico ſimile fuiſſe. Cum itaque omnis ceſſio in jure fieret apud magiſtratum, & mancipatio tertia in jure fieret, ſequitur etiamde, apud magiſtratum faciendam quoque fuiſſe adoptionem ſub id tempus, quo effectum, liberato filio à prioris patris poteſtate ſumebat. At dixerit quis, cum ipſa mancipatio eſſet modus transferendi rem Quiritium jure, ut *d. titul. 19.* ſcribit Vlpianus, cui bono tandem, & cur fuerit neceſſe, inſuper accedere alium dominii transferendi modum ceſſionem in jure, cum ſufficere poſſet mancipatio tertia, quæ alias ſola ſufficit ad transferendum dominium jure Quiritium. Fortaſſis ob inſignes effectus patriæ poteſtatis, & jura quæ in familia nova conſeque-

ſequebatur adoptatus viſum fuit accedere debere autoritatem magiſtratus, ut apud eum finaliter res tranſigeretur: aut fortaſſe poſtrema & tertia mancipatio facta fuit citra nexum, ita ut eam ſtatim ceſſio in jure & ab altera parte vindicatio conſequeretur.

Additur apud Gellium ceſſionem in jure factam
4 † eſſe apud magiſtratum, apud quem eſt legis actio. Hoc quoque eget explicatione. Exſtat in *l. 2. §. deinde 6. de orig. iur.* compoſitas fuiſſe legis actiones, nimirum certas quaſdam & ſolemnes formulas, quibus ſuper quaque re cives apud magiſtratum experirentur, & neceſſaria quæque peragerent. Hinc dicimus apud magiſtratum lege agi, & apud magiſtratum eſſe legis actionem, ut apud *Gell. d. loco l. 4. h. l. 3 de offic proconſ* eodemque ſenſu dicitur data eſſe alicui legis actio *l. 1 de offic iurid.* quod vid. hoc ei conceſſum ſit, ut apud eum ſolemniter & ex lege agi poſſit: & ſimul hoc ut poſſit iubere lege agere: ſiquidem non tantum partes litigantes ſed etiam lictores & exſecutores, adeo ipſe carnifex lege agere dicebatur: ut in notiſſimo illo apud Livium: Lictor viro forti adde virgas, & in eum primum lege age: adeo latius patet lege agere, quam uſurpatur in *d. l. 2. §. 6. de orig. iur.* ubi legis actiones dicuntur, quibus populus inter ſe diſceptaret. Et amplius ibi præcipue videntur intelligi actiones legis, quæ pertinent ad Iuriſdictionem contentioſam, id eſt, quæ exercetur in inuitum, cum Reus citatus, & comparere cogitur, (aut in contumacem legitimis proceditur remediis) & damnatur: cuiuſmodi nihil accidit in actibus adoptionis, emancipationis, manumiſſionis, qui ob id dicuntur voluntariæ Iuriſdictionis, quia nulla intervenit hic contradictio, ſed ii inter quos res agitur, conſentiunt. Et reſpectu huius duplicis iuriſdictionis exiſtimo dici plenam legis actionem in *l. 1. C. h. t.* ubi dicitur, apud eum poſſe adoptari, apud quem eſt plena legis actio: niſi quis intelligere velit, cognitionem omnium cauſarum civilium, quam qui habeat, apud hunc conſequenter etiam adoptari, & alia quæ dicuntur voluntariæ juriſdictionis, expediri poſſe. Ex quo intelli-
5 gimus † errare Accurſium, qui in *l. 4. D. h. t.* ſcribit etiam apud magiſtratus municipales & defenſores civitatum protuiſſe fieri adoptionem: neque id ullo modo probatur ex *N. 15. cap 2. & cap. 6. §. 1.* neque ex *l. 2. C. de magiſtr. municip.* neque enim apud hoc magiſtratus erat plena legis actio. Animadverto Dd. hac ratione moveri, quod jure novo per *l. ult. Cod de adopt.* ſufficit apud magiſtratum actis intervenientibus hoc conteſtari: magiſtratus autẽ minores quoq; habent Acta *d. l. 2. C de magiſtr. munic.* ſed vitioſa conſequentia eſt: forma enim mutata tantum eſt, cetera manent in diſputatione juris veteris: & oportet adoptionem apud ejus magiſtratus acta feri, qualis jure veteri deſiderebatur. Alia quæ-
ſtio † eſt an iſtud poſſit delegari, ut apud mandata- 6
rium juriſdictionis fiat adoptio. Et video interpp. communiſſime: *gl. Ioh. Plat. Ang. Fabr. Porc. Mynſ.* in affirmantem ſententiam convenire, motos hac ratione, quod utique hodie non ſit amplius opus decreto poſt *d. l. ult. C. de adopt.* Sed primo, cum jure veteri decreto opus fuerit, hactenus in eo quod expreſſe mutatum non fuit, ſequemur jus vetus. Tum ſecundo nimis aperta ignoratione juris labũtur, dum putant nõ poſſe eamandari quæ per decretum expediuntur: ſiquidem per *l. quæcunq. 105 de R. I. iunct. l 9. §. 1. de offic. proc.* non mandatarius, ſed judex pedaneus excluditur, de quo alibi tractatur. Itaque ut maxime decretum hodieque neceſſarium eſſet, non ob id ſequeretur, mandari non poſſe. Et ego ſtatuo tamen in iſtis actibus voluntariæ juriſdictionis mandato non fuiſſe locum, ex ſpeciali cauſa quam expoſ am *titul ſeq ad §. præterea* adeo cum nihil hic mutatum ſit, idem jus hodie locum habebit. Adde tamen ad prius illud, apud quoſdam magiſtratus municipales potuiſſe exercere actus voluntariæ juriſdictionis: quod de emancipatione & manumiſſione diſerte ſcribit Paulus *2. ſent. 25.* ſi nimirum illis data eſſet legis actio (in ſpecie ita dicta.) Et ergo non omnes id habuerunt: *add. l. 1. C. de mancipat.* Ex his ſatis intelligimus quæ fuerit forma veteris adoptionis: eam tem mutavit Juſtinianus, & illas mancipationes, venditiones, manumiſſiones, & ceſſiones in jure ſuſtulit, & conſtituit, ut ſine iſtis ſolemnibus ſimplici conteſtatione adoptiones apud competẽtem magiſtratum peragerentur *d. l. ult. C. de adoptionib.* Et ſequetur tamen in terminis habilib. juxta ea quæ mox dicemus ad §. ſeq. effectus veteris ſolemnis adoptionis: & erit adoptio ſicut & adrogatio hodieque legitima extranei in filiumfam. aſſumptio. Extraneus hic ſignificat eum qui eſt extra familiam, ut *Hotoman. ad pr. huius titul.* explicat eum qui non eſt agnatus, licet cognatus, imo licet filius ſit, ſed emancipatus, hic enim rurſus hoc modo in poteſtatem redigi poteſt: *l. qui liberatus 12. h. t.* nec dubito etiam eum qui in adoptionem à patre datus fuit, rurſus ab adoptivo patre, in poteſtatem patrisna-

patris naturalis dari poſſe per adoptionem in ſpecie dictam. In eo autem errare puto Hottoman. quod ab objecto adoptionis ſive arrogationis omnino excludit agnatos: nihil enim obſtare puto, quo minus v. c. fratris filius arrogari poſſit. Licet enim hic iam ſit in familia, tamen non habet ius filii familias, quod conſequitur quis per adrogationem. Dicitur aſſumptio in filium fam. ut intelligamus v. c. in fratrem neminem adoptari poſſe *l. nec apud 7. Cod. de hæred. inſtit.* Adoptio enim naturam imitatur: & natura nobis liberos quærimus, non fratres. Cum autem adoptati conſequantur ius filii, perinde ac ſi ex iuſto matrimonio nati eſſent, ultro apparet, eos iura familiæ, hereditatis, & ſacrorum nanciſci. Illud autem ſingulare quod Hottomannus notat, adoptatos non ſolum nomen, quod erat gentis, nec etiam ſolum cognomen, quod erat familiæ (de quo alibi dicemus) adſumpſiſſe, ſed etiam prænomen, veluti ſi adoptans Caius, adoptatus Lucius ante appellatus fuiſſet, eum poſt adoptionem non amplius Lucium, ſed Caium appellatum fuiſſe: ideo ſingulare eſt quoniam nec filius naturalis idem prænomen cum patre neceſſario gerebat. Huc facit locus *Dion. lib. 46.* ubi de adrogatione Octavii *νενόμισται*, inquit, *ἄν τις ἐσποιηθῇ* (ſi quis adoptetur) *τὰ μὲν ἄλλα αὐτὸν τὰ τοῦ πεποιηκότος ὀνόματα* [illegible]) ab adoptante) *λαμβάνειν* [illegible] *τῶν ἀρχαίων ὀνομάτων σχηματισθὲν τηρεῖν* Unum ex prioribus nominibus, aliter paulo formatum retinere. Ita n. poſt dictus fuit Octavius, C. Iul. Cæſar Octavianus. Ita filius Æmilii adoptatus à Scipione, dictus Scipio Æmilianus. Hæc pro fundamento ad intelligendam totam materiam, præmittenda & dicenda fuerunt. Conſiſtunt in his duæ principales differentiæ adrogationis, & adoptionis in ſpecie appellatæ 1. ab objecto, quod adrogabatur pubes ſui iuris, qui ipſe fieri auctor poterat: adoptabatur qui erat ſubjectus poteſtati patris, hujus autoritate & etiam infans. 2. à cauſa efficiente ſive etiam à forma: quod olim adrogatio comitiis curiatis apud populum, ſed poſtea autoritate principis fiebat: adoptio autem in ſpecie dicta in iure apud magiſtratum inferiorem, per ceſſionem in iure, præcedentibus mancipationibus & manumiſſionibus: hodie ſimplicius per *l. ult. C. de adopt.*

TEXTUS.

Sed hodie ex noſtra cõſtitutione cum filius fam. à patre naturali extraneæ perſonæ in adoptionem datur, iura patris naturalis minime diſſolvuntur, nec quidquã ad patrem adoptivum tranſit, nec in poteſtate ejus eſt, licet ab inteſtato jura ſucceſſionis ei à nobis tributa ſint. Si vero pater naturalis non extraneo, ſed avo filii ſui materno, vel ſi ipſe pater naturalis emancipatus fuerit, etiam avo paterno vel proavo ſimili modo materno vel paterno filium ſuum dederit in adoptionem: in hoc caſu, quia concurrunt in unam perſonam & naturalia & adoptionis jura, manet ſtabile jus patris adoptivi, & naturali vinculo copulatum & legitimo adoptionis nodo conſtrictum, ut & in familia & in poteſtate hujuſmodi patris adoptivi ſit.

COMMENTARIUS.

1 *Extraneus hic quis dicatur.*
2 *Cauſa mutati juris veteris.*

ANte non minus per adoptionem in ſpecie dictam tranſibat jus poteſtatis plenum, quam per adrogationem. Id mutavit Juſtinianus, ut hodie adoptione facta ab extranea perſona non diſſolvantur jura patris naturalis, adeo non exeat ex ejus poteſtate & familia. Extranei verbum † cum raro uſurpetur & non uno modo pro ſubjecta materia, hic ſignificat omnem eum qui non eſt ex aſcendentibus, etiamſi & aliàs ſit de agnatione vel familia, veluti patruus. Et omnino hodie ſoli liberi ſecundi vel ulterioris gradus, nati ex filio vel filia ſunt objectum adoptionis veræ. Hi omnimodo, adoptandi ſcil. ab avo materno vel proavo illi, ſi prius antequam naſcerentur, quin & eſt. [illegible] iperentur, ipſi liberi, filius fuerit emancipatus, ut hoc § exponitur. Extra hunc caſum adoptio facta ab extraneo magis eſt nominalis quam realis, præterquam quod filius adoptatus ab inteſtato ſuccedit: qui tamen non poteſt dici effectus paternæ poteſtatis, cum multis aliis præter patrem ab inteſtato ſuccedatur: quamvis procul dubio tamen filius hic primo gradu ut filius ſuccedet, ita ut excludat agnatos aut cognatos, & cum aliis veris liberis concurrat, qui ſane effectus magni momenti eſt, de quo dicemus *infr. lib. 3 tit. 1. §. ſed ea* 14. Cur Juſtinian. hic jus vetus † mutaverit, hanc rationem reddit Hottoman. 2

quod ex iure veteri duo non lenia conſecuta fuerint incommoda: tum ſi adoptator fortunis everteretur, tū ſi emanciparet adoptatum; utroq; enim caſu factū, ut utriusq; patris fraudaretur patrimonio filius. Sed prius incommodum inepte adducitur, quoniam poſſet etiam & potius naturalis patris patrimonium everti, nec ob incertum iſtū eventum poteſt damnum aut incommodum allegari, poſterius incommodum citare ſolet Juſtin. ubi de hac mutatione agit, ut *in §. ſed ea omnia 14. verſ. invenimus infr. de hered. ab int. & l. pen. poſt princ. C. de adopt.* Et in *d. §. 14.* ait Juſtin. ſe inveniſſe nonnullos caſus, quibus adoptatus filius, & naturalis & patris adoptivi ſucceſſionē amittebat. Verum enim vero non apparet niſi unus caſus, quo filius poſt mortem patris naturalis emancipatus fuit, juxta *§. at hi 10. infr. de hered. ab int.* ceteroquin ante emancipati non minus jure prætorio ſuccedunt, quam ſi nunquam in aliena familia fuiſſent *d. §. 10.* Neque tanti erat, propter unicum illum caſum tantam plagam inferre juri veteri, maxime cum haberet filius quod ſibi imputaret, quoniam liberi inviti non emancipantur. *N. 89. cap. XI.* quod tamen an olim ita fuerit, dicemus *ad §. præterea tit. ſeq.* Sed ita placuit Juſtiniano vel Triboniano, hoc unum præcipue agenti, ut totum jus vetus conturbaret. Miror autem hic judicium, an ſtupiditatem eorum qui hodieque putant etiam poſt conſtitutionem Juſtiniani in *d. l. pen. C. de adopt.* adoptatum ab extraneo in ejus poteſtatem & familiam tranſire; in quam ſententiam abutuntur verbis Juſtiniani in *d. l. pen. in pr. & in d. §. 14. infr. de hered. ab int.* quibus ait integra ſervari jura filio perinde ac ſi in patris naturalis poteſtate permanſiſſet, *d. §. 14. & d. l. pen.* ita filium permanere ac ſi in alienam familiam non fuiſſet translatus. Nimirum potior eſt ratio habenda rerum quam verborum; & utique implicaret manifeſtam contradictionem, omnia perinde haberi ac ſi adoptio non fuiſſet ſubſecuta, & omnia jura manere filio integra quo ad patrem naturalem, & hujus jura minime diſſolui; & tamen filium tranſire in poteſtatem patris adoptantis Et recte ait Accurſius ad *§. ſed ea omnia 14.* Imp. ita loqui referendo ſe ad factum; quod ſcilicet tale factum intervenit, ex quo filius ea ratione juris in poteſtatem patris alterius tranſire debebat, quale ſc. per adoptionem olim transferebatur; ceteroquin verba hujus §. apertiſſima ſunt, quod in adoptantis extranei nec familiam nec poteſtatem tranſeat filius: idque amplius perſpicuum eſt ex oppoſitione caſus alterius, quo adoptio fit ab aſcendente, & quo jus vetus integrum manet, & ut eſt in *ſ. hujus §.* filius eſt in familia & poteſtate parentis iſtius naturalis ſimul & adoptioni. Neq; fieri poteſt, ut quis in duorum ſimul familia ſit & poteſtate. Et à negatis & poſitis effectibus, negatur aut ponitur cauſa; adeo cum filius adoptatus à patre adoptivo extraneo impune præteriri aut exheredari poſſit, nec contra tale teſtamentum ullum remedium filio concedatur; hæc autem omnia jura integra habebat in bonis & contra teſtamentum patris naturalis, ſequitur neceſſario filium in hujus omnino & familia & poteſtate manſiſſe, in illius autem non tranſiviſſe.

Hæc cum ita ſint, & ex hujuſmodi adoptione non conferatur jus familiæ, quæritur an ſit locus prohibitioni, quæ extat in *§ Inter eas 2. & § Item amitam. 5 tit præc.* ut videlicet non liceat ducere ſororem adoptivam, aut nubere fratri adoptivo. Item ut non liceat ducere patris adoptivi ſororem; vel, quod eandem habet rationem, fratris adoptivi filiam. Et cum iſtæ prohibitiones nullam aliam habent cauſam, quam agnationem & cognationem civilem, ut ad d. d. §§ diximus, nuptiæ iſtæ hodie licitæ erunt, cū nulla hic occurrat ratio reverentiæ, aut honeſtatis naturalis: quamvis hoc controverſum eſſe teſtetur *Ioh. Plat. in § Inter eas. tit praced. n. 14.* ubi ipſe tamen nihil concludit.

Licet ab inteſtato jura ſucceſſionis.] Hoc ſpeciali beneficio Juſtiniani; ſed an præferetur parentibus, juxta *N. 118. cap. 2.* an et concurrit cum fratribus utrinque conjunctis, an tantum cum iis qui ex uno latere ſunt? dicemus aliquid *inf. de hered. ad int. in §. ſed ea omnia 14.*

Avo filii ſui materno.] Hic avus non habet in poteſtate nepotes ex filia: itaque hi poſſunt ipſi à genero ſuo dari in plenā adoptionem. Et hic integra vetera jura conſervat Juſtin. Atquin an non hic idem eſt incōmodum, quod ante notavimus, ut hic adoptatus careat utriuſque patris ſucceſſione, ſi emancipetur poſt mortem patris naturalis. Reſpondent: cum nepotes ex filia natura ſint liberi, non præſumi avum maternum, natura nepoti, & jam Lege filio, male conſulturum. Sed nimirum Juſtinianus nepotibus quoque ex filia jam *in §. ult. infr. de hered. ab int.* jus ſuccedendi avo materno dedit; itaque hoc incommodum ceſſat.

Si pater naturalis fuerit emancipatus.] Nati ex filio in poteſtate ſunt in poteſtate avi paterni *§. ult. ſup. de pat. poteſt.* Itaque non poſſunt illi in adoptionem dari. Et oportet igitur, ut adoptioni nepotum ſit locus, ſi

Digitized by Google

cur, filium eſſe emancipatum. Amplius oportet eum emancipatum eſſe antequam nepotes nati, imo & concepti eſſent; ceteroquin quamvis emancipato filio, manent & naſcuntur in poteſtate avi, *§. admonendi 7. & §. Illud 9. tit ſeq.*

Etiam avo paterno.]. Ubi ſcil. ut iam dixi filius emancipatus fuit. Et hæc verba omnino ſunt hic inſerenda, poſt quæ ſequitur, *vel proavo, ſimili modo materno vel paterno.* Docet enim Juſtin. omnino avo materno recte dari in adoptionem nepotes ex filia, paterno tum demum ſi ſint nati ex filio iam emancipato: mox ſubiicit idem procedere ſimili modo in proavo materno vel paterno; in illo omnimodo, in hoc ſi emancipatio anteceſſerit. Etiam dicta verba, *etiam avo paterno*, præterquam quod ſumma ratio defendit, etiam diſerte habentur in *l. pen. Cod. de adopt.* unde hic locus deſcriptus eſt; agnoſcit ea etiam Theoph. & editio Pariſina; licet vitioſe abſint ab editionibus vulgatis & Gothofredi.

Concurrunt naturalia &c.] Hinc notant DD. duo vincula fortius ligare quam unum. Sed non inde petenda eſt ratio, ſed à ceſſante incommodo illo, quo motus fuit Juſtin. ut ius vetus emendaret, ut paulo ſuperius diximus, atque ita iſta ratio Juſtin. accipienda eſt, quod concurſus vinculi naturalis illud incommodum tollat.

TEXTUS.

3. Cum autem impubes per principale reſcriptum adrogatur, cauſa cognita adrogatio fieri permittitur; & exquiritur cauſa adrogationis, an honeſta ſit expeditaq; pupillo. Et cũ quibuſdam conditionibus adrogatio fit: id eſt, ut caveat adrogator perſonæ publicæ, ſi intra pubertatẽ pupillus deceſſerit, reſtituturum ſe bona illis, qui ſi adoptio facta non eſſet, ad ſucceſſionem ejus venturi eſſent.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa cognitio.*
2 *Requiſita in adrogatione impuberis.*
3 *Tabularii.*
4 *Fœdus error A. Fabri.*

Diximus ad princ. tit. in adrogatione neceſſum fuiſſe, ut ipſe adrogandus autor fieret; & ob id pupillum adrogari non potuiſſe, idq; etiam tradit *Vlp. tit. 8. de adopt. § 4.* pupillos ante non potuiſſe adrogari, & adjicit *nunc poſſe* ex conſtitutione Antonini: Antonini ſc. Pii, ad quem hoc refertur *in l. ult. ſi quid in fraud. patr.* unde quarta de qua *in § ſeq.* dicitur Quarta D. Pii *l. Papin. 8. §. ſi quis 15. de inoff. teſt.* de qua quarta §. ſeq. dicemus.

Cauſa cognita † permittitur.] Etiam ubi pubes olim 1 atrogabatur. cauſæ cognitio adhibebatur, & quidẽ ea tum erat apud Collegium Pontificũ, ut expreſſe ſcribit *Cic. in orat. pro domo ſua.* Sed ſe accuratior cauſę cognitio adhibita fuit in adrogatione impuberũ. Et tamen ſingula fere membra & capita cauſæ cognitionis, quę enumerat JCtus *in l. nec ei. 17. §. 1. & ſeq. h. t.* ubi de adrogatione impuberis tractatur, omnino credibile eſt etiã excuſſa fuiſſe à Pontificibus, ubi pubes adrogandus erat; populus n. curiatis comitiis non cognoſcebat cauſam, ſed Legẽ ſciſcebat. An forte in quantitate, ut ita dicã, cognitionis differentia fuit? & tamen credibile non eſt, Pontifices non ſatis plene cognoviſſe; maxime ubi de adrogando eo agebatur, qui necdũ major 25. annis, & forte 15. aut 16. annorum erat. Et *in d. l. 17.* proponitur excutiendũ, quę ſint facultates pupilli, quib. forte adoptaturus inhiet: Idem erit in pubere, nã & hujus omnia bona pariter adrogator adquirit. 2. quæ ſit vita adrogatoris futuri. *d. l. 17. §. 2.* ne videlicet vitioſis patris morib. corrũpatur; eoq; pertinet quod *in fi. pr. d. l. 17.* dicitur, ne forte turpis ſubſit cauſa, quo loco etiã id ut generale proponitur, & haud dubie in puberibus præſertim adhuc nõ longe pubertatẽ egreſſis locum habet. Et intelligit procul dubio JCtus verbis in *d. l. 17. in fin pr.* fœdum amorem erga adrogandum, quo infami *παιδεραστίας* crimine laboraſſe Romanos, vel Juvenalis & inprimis paſſim Lucianus, teſtes eſſe poſſunt, pleni ſunt libri alii, nec locis in hanc rem adductis, quæ abunde alias ſuppeterent, chartas conſpurcare libet. 3. in *d. l. 17. §. 2.* æſtimanda dicitur ætas adrogaturi, ut potius det operam quærendis liberis naturalibus, nec permittatur adrogatio, ſi jam liberos habeat, ſed nec permittatur facile plures arrogare *l. 15. §. ult. h. t.* quę non minus in adrogatione puberis ſunt exquirenda Elegans in hanc rẽ eſt locus *Cicer. orat. pro dom.* Quod, inquit, eſt jus adoptionis, Pontifices? nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos poſſit, & cum poſſet, ſit expertus; tum ne qua calumnia fraus aut dolus adhibeatur. Quæ ſcilicet ad reliqua capp. pertinent. Videntur autem Impp. poſt fuiſſe paulo faciliores in adrogationibus permittẽdis, quam ante Pontifices, qui cauſam cogno-

Digitized by Google

ferebant, & poſt cognita cauſa, rogationem deſuper ad populum curiatis comitiis ferebant. Ubi illud etiā adnoto, quia adoptiones in ſpecie dictæ fiebant poteſtate patria, hujuſmodi cognitionem cauſæ neceſſariā non fuiſſe, nec illud quoq; inquiſitum an liberos alios haberet; ut vel apparet ex eo quod in §. *inter eas in fi. tit. praced.* dicitur de eo qui nurum vel generum cupit adoptare. Illud non dubito, adhibitum fuiſſe in adrogatione pupilli conſenſum maxime propinquorum, ſed & tutorum. Iſti quidem autoritate ſua pupillum in adoptionem dare non poterant, ut ſupra diximus ex *Gell. lib. 5. cap. 19.* Sed ubi res ad principem referenda fuit, procul dubio in conſilium adhibiti etiam fuerant tutores; quandoquidem ubi pubes adrogandus erat, curatoris autoritas fuit adhibita *l. quod ne 8. h. t.* ubi quod dicitur ſub Claudio id demum ita conſtitutum, eo refero, quod apud populum in comitiis, vel etiam apud Collegium Pontificum, curatorem intervenire, neceſſarium non erat, qui nullum jus habebat in perſonam puberis, qui ipſe ſibi autor fiebat. Et id de autoritate tutorum ſuper adrogatione pupilli expreſſum eſt *in l. ult. in fin. C. de autor. praſt.* Ubi paulo abuſive loquitur Imp. dum proponit pupillum ſe deſiderantem dare in adoptionem; neque enim ejus ætatis & judicii eſt, ut hoc recte de ipſo dicatur. Non tamen hic intervenit tutoris autoritas, ut in aliis actibus, vel contractibus, quibus hoc facit tutoris autoritas, ut actus valeat; neque vero ad firmandam adrogationem, quam præcedente cauſæ cognitione confirmat Princeps, pertinet autoritas tutoris; ſed eorum ſaltem eſt, informare principem, ut tanto rectius cognoſcatur cauſa; tum etiam ad eorum injuriā pertineret, ſi iis inconſultis tutela per hunc modum finiretur.

Diximus olim cognoviſſe ſuper cauſis adrogationis, Collegium Pontificum. Hoc antiquato, an hodie Imp. ipſe cauſam cognoſcet? Quid hic obſervatum fuerit docet *l. 2. C. de adopt.* ut quod olim Pōtifices erant & populus, id hodie ſint vel potius eorum vice fungantur magiſtratus & Princeps; ut nimirum adrogaturus apud magiſtratum cauſas probet, adhibitis propinquis &c. & cauſis cognitis probatiſq; magiſtratus rem ad principem referat, cujus reſcripto confirmetur adrogatio.

Et cum quibuſdam conditionibus] Hoc ſingulare

2 eſt in adrogatione † impuberis. Quoniam hæc adrogatio fit propter rationem juris veteris, ideo voluit Antoninus eam fieri ſalvo jure eorum, qui pupillo aliàs ſucceſſiſſent.

Et ſuccederetur pupillo vel ex teſtamento (quod ei nimirum pater fecit per ſubſtitutionem, de quo *infra libro ſecundo, tit. 16.*) vel ab inteſtato. Ergo & ſubſtituti pupillaris & proximorum cognatorum (ubi ſubſtitutus non eſt) jus conſervandum eſt integrum. Hoc fit per remedium cautionis. Nam cum filiusfam. jure noſtro hæredem ab inteſtato habere non poſſit, & pater omnia ejus bona jure peculii occupet *l. 2. & 9. de caſtr. pec. de quo infr. libro ſecundo, titulo duodecimo, in princip.* & extra caſtrenſia vel quaſi (cujuſmodi bona pupillus nō habet) nec ex teſtamento filiofam. ſuccedi poſſit, per adrogationem ipſo jure & ſubſtituti, & proximorum cognatorum jus extinguitur; cum alias quoque conſtet, teſtamentum quod pubes ipſe fecit, ſi ſe adrogandum dederit, infirmari, de quo *inf. lib. 2. tit. 17. §. alio 4.* Et licet hodie filiusfam. poſſit habere heredem ab inteſtato *N. 118. cap. 1.* tamen proxima cauſa eſt liberorum, quos pupillus non habet, ſecunda parentum, atque ita etiam hoc jure præferretur adrogator cognatis, niſi iis per cautionem ſuccurreretur. Et quid igitur ſi emancipatus qui adhuc habet patrem, forte & liberos, det ſe adrogandum? Tractat id *Ioh. Faber hic.* Sed quid quid ille putet, veritas eſt, quod liberi quidem præferantur patri hodie per *d. N. 118* (quod olim ſecus erat) ſed his non exiſtentibus pater adrogator parentibus naturalibus præfertur; quippe cum adrogatio vel autoritate populi vel principiis fiat. Illud ineptum eſt, quod poſt alios Pote. hic movet circa verbum *conditionibus*, quod actus legitimi qualis eſt adrogatio, non recipiant diem vel conditionem *l. actus 77. de R. I.* Etenim non intelligitur hic conditio, quæ differat & ſuſpendat actum, ſed modus, & ſicut mox ſequitur.

Ut adrogator caveat.] Cautio in hoc conſiſtit, ut ſtipulato promittat ſe his, quos jam dixi bona reſtituturum; & inſuper ſe id ita facturum, det fidejuſſores; non enim nuda repromiſſio ſufficit, quippe per quam his quorum intereſt, non ſatis eſſet conſultum. Et hoc docet *l. nec ei. 17. §. ult. cum 3. ll. ſeqq. h. t.* ſatisdationis autem verbum regulariter ſignificat cautionem fidejuſſoriam *l. 1. qui ſatisd. cogant.*

Perſona publica.] Regulariter alteri per alterum † 3
actio non quæritur, *l. ſtipulat. 385. §. alteri 27. de verb. oblig. §. ſi quis 4. & §. alteri 18. Inſt. de inut. ſtip.* Inter alias exceptiones hæc quoq; una eſt, dum ſtipulatur ille qui publicum officium gerit; & videlicet tabularius, qui, ut docet *Cuj. ad rub. C. de tab. lib. 10. tit. 69.*

*tit.*69. erat ſcriba magiſtratuum municipalium, & præerat actis civitatis, & agebat chartas publicas, ut eſt in *l.* 3. *C. d. t.* Eos olim ſervos fuiſſe indicio eſt *l. ali C de ſerv. reip manum.* (ubi dubitabatur an hoc libertati præjudicaret, quod quis adminiſtraſſet tabulariam) & *l.* 13. *C. de tab* verbo *deinceps: & l. non aliter* 8. *h. t.* ubi dicitur ſervus publicus, ſicut & in *l.* 2. *rem pup ſalu fore,* & falluntur Dd. qui ideo ſervos publicos putant dici, quod publice operā præſtent & inſerviant: decepti *d. l.* 3. *Cod. de tabul.* ex qua putant hoc perpetuum, & olim quoque neceſſario tabularios liberos fuiſſe, quod tamen demum *d. l.* 3. ſancitum porro ita obtinuerit, qua de cauſa Juſtin. non dicit hic, *ſervo publico*, ſed *perſona publica.* Arquin cur cavetur perſonæ publicæ & tabulario, & nō illis ipſis quorum intereſt? quoniā hujuſmodi ſtipulatio tantum in ſubſidium interponitur, ubi neceſſitas eo decurrere cogit; quomodo in *d. l.* 2. *rem pup. ſalu. fore.* ſtipulatur ſervus publicus, ſi pupillus abſit, vel fari non poſſit. Et nimirum ipſa hæc ratio hic militat, quoniam ratio ſubtilis hoc facit, ne ipſe ſubſtitutus vel proximi cogniti pupilli, recte ſtipulentur, aut iis adrogator recte promittat. Et quo ad cognatos; quoniam illorum qui tempore adrogationis proximi ſunt, incerta ſpes eſt, & incertum jus ſucceſſionis; quippe præmori poſſunt; & quis proximus ſit tum demum ſpectatur, ubi moritur de cujus ſucceſſione quæritur §. *proximus* 6. *inſ. de legit. agn. ſucceſſ.* Quod ad ſubſtitutum; quoniam pariter ejus jus certum non eſt, cū & eo præmoriente exſpiret ſubſtitutio. Accedit utrobique, quod alias adrogator nimis in multas perſonas diſtraheretur, nam & illis qui legata aut libertates tabulis pupillaribus acceperunt, conſulendum eſt *l. his verbis* 19. *h. t.* Itaque placuit una ſtipulatione in perſonam ſervi publici nomine alieno conceptam, totum hoc abſolvi.

Reſtituturum bona illis qui ſi adoptio facta non eſſet.] Videtur hæc quaſi formula fuiſſe ſtipulationis. Hi autem ad quos bona perventura fuiſſent, ſunt, ut prædixi, cognati proximi, & ſubſtituti pupillares. Qua in re obiter noto fœdiſsimum errorem & ſto-
4 lidam plane ſententiam Ant. Fabri, qui in *Iuriſprud. ſua, quam ad ſeriem lib.* 1 *Inſtit.* ſcripſit, *ad hunc tit. pr.* 1 *illat.* 11. adſerit, facta adrogatione; ſubſtitutionem omnino penitus corruere, ita ut pupillo mortuo ante pubertatem, bona non ad ſubſtitutum quem pater dedit, ſed ad agnatos proximos pertineant. Quo nihil abſurdius & falſius umquam ſcriptum fuit; Cum & in *l.* 18. *h. t. & in h. §.* expreſſum ſit, caveri de reſtituendo bona iis, qui ſi arrogatio facta non fuiſſet, ſucceſſiſſent pupillo. Atquin non facta arrogatione ſucceſſiſſet omnino & primo loco ſubſtitutus. Ergo, &c. & quam ſtolidum eſt, facere potiorem conditionem cognatorum, cum potior ex ratione juris ſit conditio ſubſtituti, utpote hæredis teſtamentarii qui ſemper præfertur. Et vero ſi beneficio cautionis conſulitur libertatibus & legatis quæ fuerunt datæ ſecundis tabulis *l.* 29. *h. t.* fieri non poteſt, ut ſubſtitutio extincta ſit omnino, & non ſit etiam conſultum ſubſtituto, quoniam corruente penitus teſtamento & inſtitutione hæredis, neceſſaria (niſi in caſibus nominatim exceptis) ſubſiſtere non poſſunt. Omnino cautio facit effectu perinde rem haberi, ac ſi adrogatio facta non eſſet; & nimirum ut bona jure & vigore cautionis & ex ſtipulatione conſequantur (pupillo mortuo) cognati aut ſubſtituti, quæ alias ex ratione iuris propter patris adrogatoria ius conſequi & obtinere non potuiſſent.

Ad ſucceſſionem ejus venturi eſſent.] Certo & omnimodo, & ita cum ab ea ſucceſsione ſola adrogatio eos excluderet. Hinc eſt, quod cautio ultra pubertatem non porrigitur, ſed ejus adventu finitur; ergo adrogato jam pubere mortuo nihil cognati conſequuntur, quippe finita cautione *l. hac autem* 10 *in pr. h. t.* quoniam pubes non adrogatus ipſe teſtamentum facere & excludere cognatos potuiſſet. Inſuper Antoninus, qui admiſit adrogationem impuberis, cognatis contra injuriam, quam ex nova ejus conſtitutione pati videbantur, conſulere voluit; hoc autem ſemper obtinuit, & ante ut pubes adrogari potuerit; nec ulla cautio deſideraretur; itaque adveniente pubertate perinde habitū fuit, ac ſi ab initio pubes adrogatus fuiſſet. Quo ad ſubſtitutum ratio expedita eſt, quoniam pubertate finitur ſubſtitutio. Habet inſuper cautio iſta hanc utilitatem, ut ne ſit obnoxius pupillis inſidiis patris adrogatoris, cum ſciat bona aliis reſtituēda eſſe. Quid ſi forte per errorem omiſſa ſit cautio? Et nihilominus utilem actionem cōpetere reſponſum eſt, in *l.* 19. §. 1 *h t* Sicut in ſimili *in l.* 5 §. 1. *de uſufr. ear. rer* ex quo ſunt qui notant, interpoſita ſtipulatione competere directam. Atquin repugnat & ratio, ne ex ſtipulatione alterius alteri quæratur directa actio, & textus expreſſus in *l. non quaſi* 4 *in pr. rem pup. ſalu. fore.* Itaque utraque eſt utilis, & hæc perinde competit, ac ſi ſtipulatio interpoſita fuiſſet. Sed quid ſi pater impuberis teſtamento eum oneraverit fideicommiſſo, ut hæreditatem vel

totam

totam vel partem quandocunque reſtitueret Sempronio; numquid & huic fideicommiſſario cavendum erit? Non exiſtimo neceſſariam cautionem, ſiquidem ut aliæ actiones *l. filiusfam. 39. d. O. & A.* ita & perſecutio extraordinaria fidei commiſſi contra filiumfam. quoque locum habet, & niſi defendatur à patre adrogatore, in actionibus, quæ ante competierunt, miſſio fit in poſſeſſionem bonorum, ut docet *Juſtin. in §. ult. infr. de adquiſ. per adrogat.* Accidit & alia peremptoria ratio cur hic nō caveatur, quam notat *Porc. hic n. 4.* quod ſubſtitutio pupillaris tantum quæ eſt teſtamentum pupilli rūpatur per artogationem; fideicommiſſum autem, ut reſtituatur hæreditas à filio poſt pubertatem, eſt pars teſtamenti non pupillaris ſed paterni, quod nullo modo poteſt per adrogationem iſtam irritari. Idem notat *Faber hic.*

TEXTUS.

4. Item non aliter eum emancipare poteſt adrogator, niſi cauſa cognita dignus emancipatione fuerit: & tunc ſua bona ei reddat. Sed & ſi decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus ſine juſta cauſa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum ſuorum relinquere, præter bona quæ ad patrem adoptivum tranſtulit, & quorum commodum ei poſtea adquiſivit.

COMMENTARIUS.

1 *An quarta arrogati ſit omnium bonorum.*
2 *An ea quarta ſit hodie aucta.*

APpa[re]t hic intelligi emancipationem, quæ nō honoris aut beneficii, ſed ignominiæ quaſi cauſa fiat; Ceteroquin facile permitteretur emācipatio; Itaq; dignus emācipatione dicitur, qui male meritus eſt de patre adrogatore, ut ab ejus familia excludatur; atque ita Theoph. quid enim, inquit, ſi patri inſidias, aut aliquid aliud fecerit, propter quod ejici ἐκβληθῆναι mereatur ex ejus poteſtate, poſſit mirum videri, quod nihilominus huic improbo filio ſint reſtituenda bona quæ attulit ad patrem adrogatorem. Hottoman ait, id conſtitutum ad vitandum omnem improbam ſuſpicionem. Et ſane poſſet alius facile pater adoptivus tale quid machinari, aut duriori tractatione efficere, ut filius dignus videatur emancipatione, & ejus ille ita bona invadat: neq; in damno moratur pater, qui lucrum adventitium reſtituit; nec ita odioſus eſt, qui in adrogatorem ac qui in naturalem patrem aliquid committit. Bona ſua tantum hic filius emancipatus conſequitur, non autem quartam D. Pii, ut ex caſu oppoſito ſeq. apparet.

Sed & ſi decedens pater.] Quod mox ſequitur de qualitate cauſæ, etiam ad hunc caſum exhæredationis videtur pertinere; Et nimirum idem juris hactenus videtur, ſive de exhæredatione ſive emancipatione quæratur; ut ſiquidem juſta cauſa eſt, bona tantum ſua recipiat adrogatus, ſin autem ex non juſta cauſa emancipatio facta ſit, habeat inſuper filius quartam ex bonis patris, de qua paulo poſt plura. Et bona quidem ſua conſequetur filius eo tempore, quo exhæredatio vel emancipatio acta ſit; & exhæredatio ſcilicet effectū habet, nimirum tempore mortis, ut apparet ex verbo, *decedens* Sed & quartam quo caſu ei debetur, conſequitur demum defuncto patre adrogatore, idq; colligunt hic Dd. ex verbo *relinquere*, ergo ubi ſine juſta cauſa emancipatus fuit filius, & bona ſua & quartam eodem tempore non habebit, ſed hanc demum poſt mortem adrogatoris; quod expreſſum eſt *in l. 1. §. ſi impubere 21. de collat.* Sed an in omni arrogato iſta obtinebunt, etiam eo qui pubes aut major vigintiquinq; annis ſe ultro adrogandum dedit? Ego non exiſtimo; ſed in ceteris qui communi jure adrogabantur, idem plane quod in ceteris liberis obſervatum fuiſſe, idq; ex *orat. Cicer. pro domo ſua*, perſpicuum fit. Antoninus autem, qui ſpeciali ratione admiſit adrogationem impuberis, in hujus etiam perſona ſola, & hoc ſolo caſu jus proprium ſtatuiſſe intelligendus eſt. Et proinde errat *Hottoman.* hic, dum putat indiſtincte veteri quoque jure, & in adrogatis quibuslibet ita jus fuiſſe, ut adrogator moriens neceſſe haberet bona adrogato reſtituere, propter unicum Plinii locum 8. *Epiſt.* 18. quem & ſupra citavi; cum appareat ex toto illius Epiſtolæ contextu, diſpoſitionem, de qua Plinius ibi agit, non tam neceſſitatis, quam pudoris, pietatis & fidei fuiſſe, eum & alias ex hujuſmodi autoribus idoneæ ſatis probationes peti non poſſint.

Jubetur quartam † partem.] Controverſiam hic 1
movent pleriq; Neotericorum. Veteres enim poſt gl. hic fere conſentiunt, eſſe illam quartam, eam ipſam, quæ debetur liberis aliis & ejuſdē quantitatis. Sed Neoterici plerique contendunt, etiamſi ſint alii liberi adoptivi vel naturales, tamen eſſe iſtam quartam omnium bonorum, quæ pater habet

bet tempore mortis. Ego communem ſententiam probo. Non utar argumento quod in Addit. ad Porc. hic adfert Jaſon. quod ſi plures & forte quinque adrogentur, impoſſibile ſit futurum, ut ſingulis quarta detur, (hic enim caſus nimis ſit rarus, cum præſertim hæc quarta demum adrogato impuberi debeatur.) Non dicam etiam, quod ſi tantum duos impuberes adrogatos proponas, & maxime, ſi tres, abſurdum fore, ut pater tantum de quadrante diſponere poſſit. Hoc ſaltem dico, nullam dari poſſe rationem, quare Imp. Pius talem quartam & diverſam à notiſſima illa liberorum quarta introducere voluerit. & rurſus, nullam dari poſſe, quare meliorem hujus legitimi filii, quam aliorum & naturalium filiorum voluerit eſſe conditionem. Nec removetur hæc ratio, quod extantibus naturalibus liberis non debeat permitti arrogatio *l. nec ei 17. §. præterea 3. h. t.* nam ipſe hic §. docet, non facile admitti; ſed tamen admitti; ſed & poſt adrogationem factâ poſſunt liberi naſci; tum non de concurſu arrogatorum liberorum & naturalium, ſed ſimpliciter de jure utrorumque quærimus. Non etiam removetur, &, quod Porc. hic notat, à ratione non videri alienum, ut plus conſequatur adrogatus, per quem multa bona conſequatur pater. Nam & fieri poteſt ut adrogatus pupillus conditionis ſit tenuis, & per naturales liberos quoque adquirit pater; & quantum illa ratio pro adrogatis facit, tantum facit pro naturalibus ipſa naturalis ratio, *argum. l. 7. in prin. de bon. damn.* Tum & amplius accedit, quod adrogato filio omnia bona reſtituenda ſunt ultra quartam, & amplius illa bona quæ durante adrogatione patri adquiſivit; & cur igitur amplius ita ei faveamus, ut quartam omnium bonorum ipſi tribuamus, cum etiam inſuper adrogato competat actio ſi quid in fraudem quartæ pater alienaverit *l. ultim. ſi quid in fraudem patr.* nec nimium hujuſmodi filio favere debemus. Moveor amplius & præcipue pro communi ſententia, quod ſi pater adrogatum nec exhæredaverit, nec emancipaverit ſine cauſa, ſed eum vel inſtituerit, vel ab inteſtato, datis fideicommiſſis hæredem reliquerit, non amplius ipſi debeatur quam quarta ordinaria; nec enim video quo jure amplius petere poſſit; & conſtitutio Pii nominatim de caſu exhæredati, aut ſine cauſa emancipati loquta videtur; nec aliter accipienda eſt *l. ult. ſi quid in fraud. patr.* Quam autem abſurdum ſit, meliorem facere conditionem emancipati & exhæredati, quam ejus qui in familia & poteſtate citra ullam notam permanſit, nemo non intelligit.

Neque obſtat, quo unico argumento quoſdam moveri video, quod alias non opus fuiſſet, ut conſtitutione Pii quarta illa adſignaretur. Etenim quarta iſta omnino duo ſingularia habet. Primo, quod etiam emancipato danda eſt. Secundo, quod ſimpliciter datur exhæredato, etiamſi forte ſubſit non injuſta exhæredandi cauſa. Et hoc (quod alias abſurdum videri poſſit,) probatur. ex hoc textu, ubi tantum caſui emancipationis adjicitur qualitas cauſæ, ſimpliciter autem dicitur deberi eam *ſi decedens pater eum exhæredaverit*, forte quia ſi juſtam cauſam habuiſſet eum vivus per emancipationem ex familia ſua excludere debuiſſet; quo facto nullum regreſſum habuiſſet ad bona ejus, quod ſecus eſt in naturalibus liberis, qui etiam emancipati à prætore vocantur. 2. probatur ex *d. l. ultim. ſi quid in fraud. patr.* ubi nominatim tantum proponitur caſus emancipationis factæ cum cauſa, ut eum quartam perdat. 3. & magis probatur ex *leg. Papinianus 8. ſi quis 15. de inoff. teſt.* Ubi dicitur, impuberem adrogatum removendum eſſe à querela (& adeo exhæredatum) cum habeat quartam à D. Pio, & additur ſi de facto egerit, & ſuccubuerit, eum tamen non amittere quartam, quia habet eam tamquam æs alienum. Ex quo, ut hoc quoque addam, fit, ut quarta nec gravari poſſit fideicommiſſo *l. ſi adrogator 22 §. 1. h. t.* Ubi tamen adjicitur, quod adrogator poſſit ei ſubſtituere in hac quarta pupillariter; quoniam ſubſtitutio cenſetur eſſe utilis pupillo. *l. Iulianus 42. de adquir. heredit.* Ex quo hoc ſingulare notat *Iaſon in addit. ad Porc. hic*, quod quis poſſit decedere cum duobus teſtamentis, v. c. ſi ei etiam ſubſtituerit pater naturalis. Et ait Jaſon, hoc fieri propterea quia etiam duos patres habeat. Et tamen in rei veritate tantum cum uno teſtamento decedit; quia ut diximus *ad d. præced.* per adrogationem ſubſtitutio patris naturalis evaneſcit ipſo jure, & tantû ejus effectus vigore cautionis ſuſtinetur. Sed ut redeamus ad quæſtionem noſtram, non obſtat amplius communi opinioni, quod iſta bonorû quarta appellatur ſimpliciter, & quidem bonorû quæ fuerunt tẽpore mortis *l. ult. ſi quid in fr. patr. junct. l. 2. C. h. t.* Etenim & quarta ordinaria appellatur recte quarta bonorum proportionaliter, *arg. l. 6. C de inoff. teſt.* & regulariter is qui liberos non habet, & quidem unum tantum adrogare ſolet, in quibus terminis non niſi omnium bonorum quarta eſſe poteſt.

Stante hac opinione communi, quod quar-
2 ta ordinaria † debeatur adrogato, quæritur porro, an iſta quoque quarta ſit hodie aucta per N. 18. Affirmativa ſententia eſt communior teſte *Port. hic n 6.* & haud dubie vera. Nam ſicut diximus, non fuiſſe mentem Imp. Pii ut melior eſſet conditio filii adrogati; ita procul dubio fieret contra ejus mentem, ſi ejus conditio eſſet deterior, quam liberorum naturalium: & omnino utrique hac in re parificantur. Et puto falli Mynſ. qui negantem ſententiam ait eſſe communiorem, pro qua nimio quam ineptum argumentum adfert. Quod legitima ſit aucta in perſona eorum liberorum quibus competat querela inofficioſi, non competat autem in adrogato, *l. 8 §. 15. de inoff teſt.* Procederet enim ſi odio adrogati negaretur querela, quod omnino contra eſt; & meliori jure debetur adrogato legitima; quam liberis naturalibus, & ut eſt in *d. l. 8. §. 15.* ſimpliciter tamquam æs alienum, quod ei nec per exhæredationem adimi poteſt. Et falſo, utique non recte dicitur, adrogato non competere querelam; Sed dicendum eſt ita, quod ei non ſit neceſſaria querela, citra quam omnino quartam ſuam proprio & meliori jure perſequitur per *d. §. 15.* Quod autem addit Mynſing. in correctoriis non admitti extenſionem, etiamſi par ſubſit aut major ratio, ſi generaliter accipiatur, falſum eſt; cum ratio ſit anima Legis. Et procedit illud effatum Mynſing. tantum in pœnalibus, aut alias ubi jus novum à ratione juris & ab æquitate recedit. Denique ad confirmandum quod ſupra dixi, totum quod hic tractatur, pertinere ad caſum impuberis adrogati, facit. quod totidem locis, quibus de hac quarta dicatur, ſolum fit mentio impuberis, velut *in l. 2. Cod. de adopt. l. ſi adrogator 22 D. eod. l. ult. ſi quid in fraud. patr. l. 8. § ſi quis impubes 15. de inoff. teſt l. 1. §. ſi impubere 22. de coll. l. ſed ſi 10. § in adr. 6. de vulg. ſubſt* Sed & ne quid omittamus, diximus ſup. ſi emancipatus fuerit impubes adrogatus ſine cauſa bona quidem quæ ad adrogatorem attulit, ei ſtatim reſtitui, ſed demum mortuo patre adrogatore, quia tam ei præſtari; quæritur ſi hic impubes decedat poſtmodum ante patrem adrogatorem, an jus petendi legitimam ad hæredes tranſmittat. Video hoc negari à *Iaſ in addit. ad Port.* hic. ubi ad hoc citat *l. un. § primo C. de cad toll.* Sed nihil tale ibi video, niſi quod in §. *in noviſſimo 5.* juxta jus vetus traditur, hæreditatem non aditam non tranſmitti. Sed inepta ratio eſt, quoniam quarta non debetur impuberi iſto caſu tamquam hæreditas, ſed tamquam æs alienum, ex ſpeciali conſtitutione Imp. & debiti ejus dies ſtatim cedit facta emancipatione ſine cauſa, licet exactio differatur. Et non obſcure oppugnat Jaſonem *l. 1. § ſi impubere 2. de collation.* Ubi dicitur quod tranſmittat pupillus emancipatus petitionem quartæ ad hæredem, quia habeat perſonalem actionem, ſibi ſcilicet jam quæſitam contra adrogatorem. Et falſum eſt, quod Jaſon ait, ibi jam mortuum eſſe patrem adrogatorem; in his enim terminis omnino cavendũ eſſet de collatione. Vult autem JCtus tranſmitti quidem actionem & quæſitam eſſe pupillo, vivo patre adrogatore. ſed eo adhuc vivo non eſſe cavendum de collatione; quoniam (ut intelligo) quarta debetur ad proportionem bonorum patris, quæ ſunt tempore mortis, quæ adeo quanta futura ſit, adhuc incertum eſt, nec quis tenetur cavere de eo conferendo, quod nec actu petere poteſt.

Quorum commodum ei adquiſivit.] Nimirum quæ de novo pupillo obvenerunt, & per eũ patri adquiſita ſunt; etenim fructus bonorum proculdubio irrevocabiliter manebunt penes patrem.

TEXTUS.

5. Minorem natu, majorem non poſſe adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur; & pro monſtro eſt, ut major ſit filius quam pater. Debet itaq; is qui ſibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plena pubertate, id eſt decem & octo annis præcedere.

COMMENTARIUS.

ADoptionem ſimilitudinem naturæ appellat *Cajus 1. Inſt. & Theoph in pr. h. t.* πρᾶξιν, μιμουμένην τὴν φύσιν, & hoc loco, adoptionem introductã eſſe, πρὸς μίμησιν τῆς φύσεως, quemodo etiam loquitur *Harmenop. l. 1 titulo 8. §. 5.* idq; quod hic ait Juſt. adoptionem imitari naturam; quo pertinent *l. filio 22. de lib. & poſth l adopt. 16 l. qua ſi eum 34. h. t.*

Ex hoc cum alia multa, tum hoc quoque profluit, ut qui adoptat præcedat ætate adoptatum; ex quo fundamento adoptionem Clodii inſectatur *Cicero pro dom.* quia Fonteius qui adrogabat, minor illo erat. Eo tamen exemplo exiſtimare liceat, non omnino prorſus id improbatum; Ceteroquin Pontifices, quorum erat cauſam cognoſcere nec probâſſent, nec probare potuiſſent. Et eá quæ jure civili introducta ſunt, non raro à jure gentium rece-

recedunt. Et ſane etiam patruus loco patris eſt §. *fratris 3. & §. Item 5 tit praeced.* & tamen fit etiam aliquando per naturam ut patruus ſit ætate minor. At tamen per naturam fieri numquam poteſt, ut pater ſit ætate minor. Et Cicero adoptionem illam contendit eſſe nullam his verbis. Nego iſtam adoptionem jure pontificio eſſe factam; primum quod eæ veſtræ ætates ſunt, ut is qui te adoptavit, vel tibi loco filii per ætatem eſſe potuerit. Sed alius hic ſcrupulus eſt contra illud quod tamquã ex propoſitione illa, infertur in *verſ. debet itaq;*, quod adoptans octodecim annis adoptando major eſſe debeat. Cum tamen anno 14. permittantur nuptiæ, adeo quis utique natura ante 18. annum liberos habere poſſit. Myuſinge'us hanc rationem reddit, quod in adoptione res agatur per electionem, ideoque firmiori judicio ſit opus. Quæ perſpicue inepta eſt, neque enim tantum de eo qui 14. aut 15 annorum eſt, an adoptare poſſit quærimus, neque tantum de anniculo adoptando: Sed Juſtinianus in genere definit, in omni qui adoptare vult, eam prærogativam ætatis eſſe debere, ita ut verbi cauſa ſi adoptandus ſit 12. annorum, oporteat adoptantem 30. annis natum eſſe, qui utique ſi annos natus ſit 28. ſatis judicii habet. Nihil aliud occurrit, quam quod Hottomannus & Baro ad hunc locum ſcribunt, licet 14. anno nuptias contrahere liceat, vix tamen eſſe, ut ante 18. annum liberos quis generare valeat.

Ex quo forte ea hic plena pubertas dicitur, ut & in *l. adrogato* 40. §. 1. *h. t.* & eodem ſenſu *Harmenop. lib. 2. tit. 8.* ἰφηβότης παντελής. Male autem huc adducitur *Mela* 14. *in pr. de alim. leg.* quoniam ſpeciali humanitate id ita diſpoſitum ait JCtus, licet alias non ita definiatur pubertas. Aliis autoribus, non habeo, qui confirmem iſtam determinationem plenæ pubertatis; & ſi ſequamur Macrobium, *1. in ſomn. Scip. 6.* tertia potius hebdomade annorum, & ſcilicet 21. anno, quo juventa genas flore veſtit, pubertas plene fuerit definienda? Aut an ideo dicitur plena pubertas, quod circiter 17. & 18. annos pubertes in forum deduci, & togam virilem ſumere ſolebant, de quo diximus ſupra ad § *ult. quibus manum. non licet.*

TEXTUS.

6. Licet autem & in locum nepotis vel neptis, pronepotis vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.

COMMENTARIUS.

Licet adoptare & nepotes, & pronepotes §. 1. *inf. h. t.* & porro eodem modo in locum nepotis & pronepotis. Sed illud proprium eſt adoptionis in ſpecie dictæ, ad quam etiam accommodatur in *d.* §. 1. Siquidem homo ſui juris, qui ipſe caput eſt familiæ, non amplius ſub qualitate nepotis, aut pronepotis conſideratur. Hoc autem ut adoptetur in locum nepotis vel pronepotis, etiam adrogationi eſt commune. Illud autem quod hoc loco ſequitur, poſſe quem adoptare in locum nepotis; quamvis filium non habeat, videtur repugnare ei, quod in §. *praeced.* dictum eſt de imitatione & ſimilitudine naturæ. An intelligimus ita, ut habuerit filium, licet jam non habeat? quod videtur ita putaſſe Weſ. qui ſcribit tamquã pro ratione, quod etiam ex emancipato & mortuo filio quis nepotẽ habere poſſit. Et videatur ſane inepta adoptio nepotis, ubi quis numquã habuit filium, cum nihil intereſſe hic poſſit an filius dicatur an nepos. Sed verendum eſt, ne iſtam explicationem & reſtrictionẽ alii textus non ferant. Non adduco *l. adoptare* 73. *h. t.* quæ hoc tantum dicit, quod hic §. ſed allego *l. adoptiones* 43. *h. t.* ubi JCtus dicit, fieri & adoptiones. Quaſi nepotum: ubi verbum *quaſi* videtur emphaſin habere, ut etiam poſſit adoptio fieri nepotis licet nullus filius ſ erit, 2. ait, poſſe adoptari nepotem tamquã ex incerto filio natum. Nec magis poteſt hujuſmodi adoptio nepotis operari tamquam ex incerto filio, ubi quis plures filios habuit, quam tamquã ex nullo filio. Quod ſi neceſſe eſſet habuiſſe quem filium, ut adoptaret nepotem, qui tamquam ex filio natus eſſet, & ejus quaſi ſucceſſor, neceſſe eſſet nomen filii adoptione nepotis exprimere; id vero neceſſarium non eſſe, docet *dict. leg* 43. & confirmat amplius *l. ſi is* 44. *eod. tit.* Ubi JCtus ait, ſi quis nepotem ex filio naturali habeat; & nepotem ſimpliciter tamquam ex filio (nullo ſcilicet filii nomine adjecto) adoptaverit, hunc adoptatum non fore conſanguineum nepoti, quem ex filio naturali habet avus, ſed tum demum ſi tamquam ex illo ipſo filio natus adoptatus fuerit; tunc enim jura inter utrumque nepotem conſanguinitatis erunt, id eſt fraternitatis, quomodo verbum, cõſanguineorum paſſim jure noſtro uſurpatur. Et non leves ſunt hujus rei & differentiæ effectus, ſive de jure ſucceſsionis, ſive etiam de nuptiis quæratur; ſiquidem enim v. c. ſit neptis ex filio naturalis, nepos adoptatus tamquam ex hoc ipſo filio, cũ ea non poterit jungi matrimonio; poterit autem jungi; ſi ſit ſimpliciter

 tam-

tamquam ex incerto filio adoptatus, per ea quæ diximus *tit præcedent. ad* §. 2. *&* 4. Obiter addo *in d.* 44. pro verbo *ETIAM*, legendum eſſe, *UT TAM*, quoniam innuitur formula vetus adrogationis, de qua diximus *ad princ. hujus tit.* Hoc jam olim obſervavit *Ant. Vacca in expoſit. ad hunc tit. Dig.* ex quo haud ſcio an id mutuatus ſit *Duaren. 2. diſp. 14.* Tractat etiam aliquid hac de re *Cont. 2. ſubſec. lect. 6.* At tandem quomodo hoc non erit contra naturam, ut habeat nepotem qui numquam habuit filium? Satis eſt (hoc enim omnino requiritur) ut habere potuerit, *& argum §. præced.* ejus ætatis ſit, ut & filium, & porro ex eo ejus ætatis nepotem, qualem adoptat, ſuſcepiſſe potuiſſet, Et Hottom. ait, hoc ad eorum ſimilitudinem inſtitutum eſſe, qui nepotem ex mortuo filio ſuperſtitem habent, nec valde diſſimiliter ii qui uxorem non habent, imo qui numquam habuerunt, adoptare poterunt *l. & qui* 30. *h. t.* Et probabile eſt, de jure veteri, quod *Cicer.* refert *pro domo*, non potuiſſe adrogare qui procreare liberos poteſt, & hoc ipſum non ſit expertus, aliquid poſtea laxatum fuiſſe, aut etiam in adrogationibus ſpeciale fuiſſe; quæ autoritate publica, præcedente cauſæ cognitione, & tum lata ad populum Lege peragebantur.

TEXTUS.

7. Et tam filium alienum, quis in locum nepotis adoptare poteſt, quam nepotem in locum filii.

COMMENTARIUS.

HOttomannus tres interpretationes ad hunc locum adfert, unam probat, duas improbat. Ita nimirum intelligit hunc locum quod filius alienus opponatur nepoti ſuo & proprio ſcilicet ipſius adoptantis, ut poſſit quis alterius filium in locum nepotis ſui adoptare, & contra nepotem proprium ex filio ſuo natum, in locum filii, nec quidquam abſurdi habet, ut natum ex filio meo emancipato ipſe mihi in filium adoptem. Atque eſt hæc prima interpretatio, ſed aliena à verbis textus; neque enim ferendum eſt, ut addamus, & ita legamus *quam nepotem ſuum in locum filii.*

Altera interpretatio eſt. Quod quis alterius extranei filium in locum nepotis adoptare poſſit, & ejuſdem nepotem in locum filii. Quam interpretationem hoc elogio ornat Hottom. Qua ſententia nihil abſurdius dici poteſt; quid enim refert nepos ſit extranei an pronepos aut abnepos? Nimis proterve; poſſent enim quamplurima adduci loca in quib. non adeo magna apparet ratio dubitandi. Et optime Theophilus, qui pro ratione ſubjicit non neceſſe eſſe, ut qui adoptatur, eum gradū & ordinem habeat apud patrem adoptivum, quem habuit apud patrem naturalē; Quæ nimirum ratio dubitandi commoda eſt ad hunc locum, qua non obſtante adeo ut dixi ſtatuit Juſtin. ut qui nepos eſt patris ſui naturalis fieri poſſit filius patri adoptivi & vice verſa. Tertia explicatio eſt; quod cujus filium in nepotem adoptavi, ejuſdem nepotem in locū filii adoptare poſſim. Quam improbat Hottomannus, ut neque verbis ſatis convenientem, & repugnantem naturæ, ut qui natura eſt pater, jam per adoptionem incipiat illi loco eſſe filii, cujus natura pater eſt. Poſſit ita accipi, ut quis filium verbi cauſa Titii adoptet loco nepotis, & nepotem ex altero filio, loco filii ſui; in quo non adeo magna fuerit abſurditas. Sed non opus eſt comminiſci hujuſmodi interpretationes, cum præcedens ex Theophilo adducta ſit aptiſſima. Et ſane Theophilo facit injuriam Hottomannus adſcribens ipſi hāc poſteriorem interpretationem, ex qua efficiatur; ut qui natura pater eſt, ei ipſi cui pater eſt, fiat loco filii per adoptionem. Et ut ne quem Hottomannus, qui confidenter hoc affirmat, decipiat, ecce tibi ipſa verba Theophili, *εἰς τάξιν ἐγγόνου δύναμαι λαβεῖν τὸν ἀλλότριον υἱὸν, καὶ πάλιν τὸν ἀλλότριον ἔγγονον, εἰς τάξιν υἱοῦ.* id eſt. In locum vel ordinē nepotis poſſum ſumere alienum filium, & rurſum alienum nepotem, in locum & ordinem nepotis, provoco ad omnes qui judicio utuntur, an Theophilus intelligat quod Hottoman. vult, intelligi ejuſdem avi filium & nepotem, qui permutatis locis ab uno adoptentur. Id imo à ſententia Theophili alienum eſt, & intelligi diverſos caſus & diverſas perſonas, apparet ex ratione ſubjecta quam paulo ante attigi, *οὐ γὰρ ἀνάγκη ἐστὶ μετὰ τῆς τάξεως τῆς οὔσης παρὰ τῷ φυσικῷ πατρί.* Hæc imprudentia ſive ignorantia Hottomanni pluribus tractare coegit.

TEXTUS.

8, Sed ſi quis nepotis loco adoptet, vel quaſi ex filio quē habet jam adoptatum, vel quaſi ex filio, quem naturalem in ſua poteſtate habet, eo caſu & filius conſentire debet, ne ei invito ſuus hæres agnaſcatur, ſed e contrario, ſi avus, ex filio nepotem det in adoptionem, non eſt neceſſe filium conſentire.

Com-

Q*Vaſi ex filio.*] Filiam vel neptem adrogari vel adoptari legimus, ſed nemo adoptatur tāquam ex *FILIA* : ſiquidem liberi non ſunt in poteſtate matris, nec avus maternus facere poteſt, ut aliquis ſit in poteſtate generi ſui; qui eſt extra ejus familiam.

Ei ſi ius conſentire debet.[Sive ille legitimus ſit cā: tum, ſive naturalis. Id tamen hodie non procedit poſt mutationem juris veteris, quo extra nepotem quis adoptatus ab extraneo (per adoptionem in ſpecie dictam (fuit: quin eum hic adoptatus nec in familia, nec in poteſtate ſit, neminem tamquam ex eo natum in nepotis locum poterit adoptare. Quod ſi nepotem in locum filii adoptaverit, ut hic §. procedat, oportebit iterum qui tamquam ex hoc natus adoptatur, huic nepos eſſe; quod rariſſime contingi poterit. Quod ſi enim alium tanquam ex eo natum adoptet, revera adoptio nullius erit effectus, & cum non ſit futurus in ejus poteſtate & familia, mortuo avo, non erit opus ejus conſenſu; licet n. jus ſuccedendi habeat ab inteſtato, tamen cum liberrime ab eo excludi poſſit, nec ullem jus habeat impugnandi teſtamenti paterni, non poteſt dici, quod adnaſcatur ſuus hæres, multo minus, quod Ei invito.

Et igitur oportebit poni terminos habiles ut ſit huic deciſioni locus. Nimirum cum nepos tamquā ex filio certo natus, mortuo avo ſit in poteſtate & familia filii, ipſi quoque eſt ſuus hæres, & proinde etiam hic ubi de adoptione quæritur talis nepotis, conſenſus filii accedere debet; qua de cauſa etiam ubi nepos uxorem ducturus eſt, non ſufficit conſenſus avi, ſed filius quoq; cōſentire debet, ut ſupra *ti. prox. inpr.* diximus ex *l. oratione* 16. *§. de rit. nupt.* & ibidē notavimus, propter hanc agnationem ſui hæredis dubiatū olim fuiſſe, an filius furioſi uxorem ducere poſſet, quoniam præmoriente filio, nepos eſt avo ſuus hæres, de quo infr.

Hbe ita in h. §. ſi adoptetur nepos tamquam ex filio Titio vel Lucio natus. Quid ſi filium habens vel filios ſimpliciter adoptet, nulla adjecta mentione certi filii, & nullius tamen adhibito conſenſu, an adoptio erit nulla: Et imo valebit per ea quæ diximus *in §. licet ſup.* quod poſſit adoptari nepos tāquam ex incerto filio, & ab eo qui numquam habuit filium. Sed dubitabilius eſt, ſi adoptaverit tamquam ex Lucio filio natum, & filii cōſenſus non fuerit adhibitus. An illa adjectio faciat omnimodò nullam, an potius detrahatur iſta adjectio, & perinde ſit ac ſi ſimpliciter adoptio loco nepotis facta fuiſſet. Quod poſterius magis probat *Cont. l. ſubſec. lect. in fin.* arg *l. ſi is* 11. *h. t.* ubi de hoc caſu hoc ſaltem reſpondet ICtus, mortuo avo non fore nepotem iſtum in poteſtate filii; innuens, in ceteris adoptionem valere, & quod Acc. notat, talem adoptatum avo ſucceſſurum:

At cur pater opus habet exquirere conſenſum filii, in quem LL. Rom. ſummum jus poteſtatis occidendi quoque & vendendi habebat; Non dicam illud jus ſummum poteſtatis jampridem fuiſſe ſublatum, ſed cum Hottom. quod adoptionis effectus & agnatio hæredis confertur in tempus, quo filius non amplius eſt in poteſtate patris, ſed eo mortuo ipſe paterfam. eſt effectus.

Nec ei invito.] Inepta eſt explicatio ſecunda apud Gloſſ. *Invito ſc. avo*; cum omnino referendum ſit ad filium.

Suus hæres.] Quis ſit ſuus hæres, dicemus *infr. libr. 2. de Inſtit. hæred. & de hæred. qual.* De adoptione in locum nepotis tamquam ex filio certo, hoc addendum eſt, juxta prædicta ad. §. *minorem ſupr.* oportere, ut filius hic iſtum nepotem 18. annis ætate præcedat.

Sed ex contrario.] Expedita iſtius rei ratio eſt, quoniam nepos non in patris ſui, ſed avi poteſtate eſt; itaque cum arbitrio ſuo inconſulto quoq; filio alii in adoptionem dare poteſt. Ea fuit poteſtas patria Rom. Ceteroqui ſane durum videatur, ut invito filio, quem ipſe ſibi quondam hæredem nominis & familiæ ſperat, is præſertim ſi unicus ſit in alterius familiam detur: Pertinet iſtud ad adoptionem in ſpecie dictam: itaque hodie poſt § *hodie ſup h. t.* tantum habebit effectū, ubi hic nepos datur in adoptionem conſocero, & proprio avo materno, & patris ſui ſocero.

TEXTUS.

9. In plurimis autem cauſis adſimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus eſt, ei qui ex legitimo matrimonio natus eſt: & ideo, ſi quis per Imperatorem, vel apud prætorem vel præſidem provinciæ, non extraneum adoptaverit, poteſt eundem alii in adoptionem dare. Sed & illud utriuſque adoptionis commune eſt, quod & hi qui generare non poſſunt, quales ſunt ſpadones, adoptare poſſunt: caſtrari autem non poſſunt.

Commentarius.

1 *Caſtrati ſpadones.*

Duo proponuntur in quibus utraque ſpecies adoptionis convenit: & ſimul convenientia liberorum naturalium & adoptivorum in *pr.* §. oſtenditur. 1. quod adoptivi liberi ſunt in poteſtate parẽtum ſicut naturales, itaque ſicut hi, ita & illi, rurſus in adoptionem alii dari poſſunt. Quod in adoptione in ſpecie reſtringitur hodie ad eum qui adoptatus eſt ab aſcendente; ceteroquin cum ab extraneo adoptatus, in eius poteſtate non fit, nec poterit in alterius poteſtatem dari; ſed & rurſus ubi de adoptione in ſpecie quærimus, etiam filius naturalis non tranſit in poteſtatem adoptivi patris, niſi hic ſit ex aſcendentibus. Et propter prius illud, addidit hic Iuſtin. *non extraneum.* In adrogatione nihil hactenus mutatum eſt.

Per Imperatorem.] Non ait apud Imper. ſicut mox ait, apud prætorem. Duplici cauſa: 1. Quoniam ut ſup. monuimus, adrogatio non fit in conſpectu principis, nec ipſe examinat cauſam, ſed magiſtratus cauſa cognita, refert ad Imperatorem. 2. Quoniã adoptio in ſpecie fit jure poteſtatis patriæ, itaque ſaltem opus eſt, & maxime hodie, ut fiat hoc apud magiſtratum, *l. ult. C. de adopt.* Sed & olim, non pendebat ab autoritate prætoris, ut adoptionem admitteret vel non, ſed juxta ſupra dicta, ut tertia mancipatione filium in jure ceſſum patri adoptivo addicebat. Atqui adrogatio fiebat mera autoritate olim populi, & poſt principis, ſuo ſenſu tamen nihil impedit, quo minus & per Prætorem dici poſſit adoptio fieri, quomodo ſane loquitur *Gell* 5. *c.* 19.

Sed & illud.] Eſt in *l.* 2. § 1. *h. t* Dicitur paulo obſcurius, eos adoptare poſſe qui generare non poſſunt: nam vel maxime non poſſunt caſtrati; ſed ſub intelligendum eſt tales generare non valentes, non qui omnimodo non poſſunt, ſed qui ob vitium temporale non poſſunt; quale prohibetur eſſe in ſpadonibus. Et errant omnino Accurſiani in explicatione horum verborum, *caſtrati. ſpadones:* Et ridiculum eſt quod dicunt caſtratum dici, quaſi caſte natum, qui ita natus ſit, ut generare non poſſit, Spadonem cui amputata ſint virilia, tãquam eſſet ab Italico *Spada*, quod ſignificat gladium: quod à mente Iuſtiniani & Caii penitus eſt alienum. Rectius dicimus, Spadonis verbum uſurpari in genere & in ſpecie. In genere ut etiam caſtratum comprehẽdat, ut colligi videtur ex *l. lege* 4. §. 2. *ad L. Corn. de Sicar l.* 7. *de adil. ed. l. Spadonum* 128. *de V. S.* ubi hoc notat Alciat. In ſpecie Spadones opponuntur caſtratis; Et hoc ſenſu *Theoph. hic* & *Harmenop. lib.* 2. *tit.* 8. genus facit Eunuchos, & eorum tres ſpecies Thlibias, quibus eliſi & extriti ſunt teſticuli, quorum etiam mentio eſt in *d. l.* 128 *de V. S* & *in l. hi quoque* 5. *ad L. Corn. de Sicar.* caſtratos, quibus genitalia exacta ſũt, quæ notiſſima eſt ſignificatio verbi caſtrare, *d l.* 4. *in fi. ad* 7. *Corn. de Sicar. l addiles* 38 §. *ſed enim* 7. *de adil. edict l. ſi ſervus* 27. §. *etſi* 28. *ad L. Aquil.* & Spadones ita in ſpecie dictos, qui ob vitium aliquod tẽporale generare non poſſunt, quod tamen tolli & vis generandi redire poſſit. Ita uſurpatur Spado in *l. Pomponius* 6. §. *ult. de adil. ed.* itidẽque hoc ſenſu Spadones poſſunt matrimonium contrahere *l. ſi ſerva* 39. *de iur. dot.* Itemque matrimonii cauſa ancillam manumittere *l. alumnos* 14. *in fi de manum. vind.* poſthumũ heredem ſcribere *l. ſed eſt* 9. *de lib & poſt*, quæ univerſa & ſingula caſtratus non poteſt *d. l.* 39. *ead. l.* 14. & *d. l.* 6. Nec mirum adeo, imo plane cõveniens, ſi etiam quo ad jus adoptandi ita inter caſtratos & ſpadones diſtinguatur. Impp. tamen *Leo N.* 26. & 27. permiſit etiam caſtratos adoptare; & ſane ſufficere debet, quod facultatem *γεννητικὴν* à natura habent, quam quo minus in actum deducere poſſint, fecit hominum iniuria, cui compenſandæ ut *d N.* 26 diſputat Leo, indulgenda potius eſt facultas adoptandi; Nec illis invidendum eſt ſubſidium, quod parentes habent à liberis, & ut ſucceſſorem nominis & bonorum habere poſſint Quod vere conſequentur adrogando, non adoptando poſt innovationem Iuſtiniani *in l pen. C. de adopt.* niſi ante caſtrationem eos liberos ſuſcepiſſe quis proponat: quo caſu adoptioni veræ nepotis poterit eſſe locus; quod etiam in ſpadonibus movet & reſpondet Theoph. hic.

TEXTUS.

10. Fœminæ quoque adoptare non poſſunt quia nec naturales liberos in ſua poteſtate habent: ſed ex indulgẽtia principis ad ſolatium liberorum amiſſorum adoptare poſſunt.

Commentarius.

Adoptio introducta eſt, ut quis nominis familiæque ſuæ ſucceſſorẽ haberet & propagatorẽ, quæ ratio in fœminis ceſſat, quæ familiã non propagant, itaq; nec iis permiſſum fuit adoptandi jus.

Juſtin.

Juſt in. hic à iure poteſtatis, quod eodem redit, cauſam mutuatur: quod nec naturales liberos habeant in poteſtate; quibus verbis videtur reſpicere ad *princ. tit.* ubi ait non ſolū poteſtatem eſſe in liberos naturales, ſed etiam in adoptatos: itaque poſſunt & h. §. intelligi liberi ex iuſto matrimonio ſuſcepti, qui non in matris, ſed patris poteſtate ſunt, & convenit *l. 5. C. hic* ibi *mulieres, quæ nec ſuos filios*, non incōmode tamen accipitur de liberis extra matrimonium natis in quibus maior videbatur dubitatio, an non liberi poſſent eſſe in poteſtate matris, nullo obſtante patre qui potiori iure matri præferretur. Sed nimirum ne hoc quidem ut maxime ſequantur aliam conditionem matris *l. 19. & 14. de ſta. hom.* conſtat in matris eſſe poteſtate. Iſta tamen ratio Iuſtiniani claudicat in adoptione in ſpecie dicta, poſtquam ex ipſius conſtitutione extra caſū nepotis adoptati, nec quidem in poteſtate patris ſunt adoptivi liberi: niſi ita juves hunc locum, quod fœminæ ſimpliciter jus poteſtatis in liberos non habent.

Sed ex indulgentia principis.]Fœminæ olim nec adrogari poterant, ut ſup. notavimus, quia jus comitiorum non habebant; poſt ex reſcripto principis adrogari potuerunt *l. nam & 21. h. t.* adoptari & olim potuerunt. Quod hic poſſe eas ex indulgentia principis dicitur, intelligo ſive agatur de iis, qui ſui ſive qui alieni juris ſunt; nam ratio juris obſtat, quominus pater iis in adoptionem filiū vel filiam dare poſſit; itaque indulgentia ſuccurrit.

Ad ſolatium liberorum amiſſorū.]Deſcriptum hoc eſt ex *l. mulierem 5. C. de adoptionibus.* Video notari à VVeſemb. & Hottom. intelligi mulierem quæ habuit jus triū filiorum Quod quale ſit ego non ſatis adſequor Ex SCto de quo *infr. d. SC. Tertyll.* matri ingenuæ jus habenti trium liberorum datur jus ſuccedendi liberis defunctis, & ſunt fortaſſe & alia eius rei jura & privilegia. Eran igitur matri huic ſoli ſimi concederetur jus adoptandi, ut ſuppleat numerum trium liberorum, ſi unus forte mortuus ſit. Atquin hoc ideo ineptum eſt, quoniā ut mater beneficio illo frui & ſuccedere liberis poſſit, non opus eſt ut liberis nati perpetuo ſint ſuperſtites, ſed eam peperiſſe toties ſatis eſt; adeo quidem ut etiam proſit ei & computetur partus monſtroſus *l. quæret 135. de verb. ſign.* Aut an igitur ſi mater duos amiſit filios ex tribus, duos, aut ſi amiſit omnes tres adoptabit? ſiquidem hoc ſpectat ad retinendum & ſupplendum jus trium liberorum? Id rurſus ineptum eſt, & haud dubie iuxta *d. l. 5. C. h. t.* non adrogat mulier, niſi omnes liberos amiſerit. Et igitur ineptiunt VVeſemb. & Hottom. & qui eos ſecutus hic eſt Pacius, & ſimplex ſententia eſt huius loci, *& d. l. 5.* quod matri amiſſis liberis ſive tres aut plures, ſive unicum tantum habuerit, miſerationis cauſa permittatur ius adrogādi, non ut eos, vel eum quem adoptat in poteſtate habeat, ſed ut orbitatem ſuam & miſeriā amiſſorum liberorum ſoletur, & in horum locum ſubroget adoptatum. Intelligitur autem procul dubio mater vidua; & ei quæ virum habet, hoc permitti non poſſe, ut ſeorſim ſibi adoptet filium, plane exiſtimo. Porro & hic *Imp. Leo. N. 27.* ſimpliciter permittit fœminis, etiam quæ numquam habuerunt liberos, ius adoptandi; ex hac quoque ſpeciali ratione quod non debeāt eſſe deteriori cōditione, quæ virginitatem nuptiis prætulerunt. quippe cum virginitatis, conſenſu totius antiquitatis ſemper præ matrimonio adſtructa fuerit prærogativa, ut præ aliis teſtantur libri Ambroſii de virginibus, & Auguſtini de ſancta virginitate.

TEXTUS.

11. Illud proprium eſt adoptionis illius, quæ per ſacrum oraculum fit, quod is qui liberos in poteſtate habet, ſi ſe adrogandū dederit, non ſolum ipſe poteſtati adrogatoris ſubjicitur, ſed etiam liberi ejus in ejuſdē fiunt poteſtate, tamquam nepotes. Sic etenim Divus Auguſtus non ante adoptavit Tiberium, quam is Germanicum adoptaſſet, ut protinus adoptione facta inciperet Germanicus Auguſti nepos eſſe,

COMMENTARIUS.

QUi filium & ex eo nepotem habet in poteſtate, ſi filium in adoptionem det, nepotem in poteſtate retinet, quippe cum ipſe nepos in ſua, in filii ſit poteſtate *l. adrogato 40. in pr. h. t.* At cū pater fam. liberos ſuos in poteſtate habeat, ubi ſe adrogādum dat, neceſſum eſt filios quoque & liberos ſuos in eius tranſire poteſtatem, cui ipſi ſubiicitur, ita ut hoc modo poteſtatem in liberos ſuos amittat, per *hunc §. & d. l. 40. in pr.*

Sic enim D. Auguſtus.]Livia uxor Auguſti ex prio-

ri ma-

ri marito Tiberio Nerone, duos habuit filios Druſum & Tiberium. Druſo fuit filius Germanicus. Tiberiū adoptavit Auguſtus in foro Lege curiata: *Suet. in Auguſt. c. 65.* non tam proprio judicio, quia magis præferebat Germanicum, quam blanditiis uxoris illectus. Ita enim *Tacit. 4. annalium.* Dubitaverat Auguſtus Germanicum ſororis nepotem & cunctis laudatum, rei Romanæ imponere, ſed precibus uxoris evictus, Tiberio Germanicum ſibi Tiberium adſcivit. Unde intelligimus quare ut h. §. dicitur, Auguſtus non ante adoptari Tiberium, quam hic ſibi Germanicū adoptaſſet, (idque eſt, quod ait Tacit. Auguſtum adſcivisſe Germanicum Tiberio, dū ſcilicet fecit, ut eum Tiberius adoptaret) ut hactenus ſuo judicio ſatisfaceret, & haberet nepotem, quem filium habere maluiſſet. Adeo apparet Tiberium quippe, qui & ipſe filium Druſum haberet, non tam ſponte ſua, quam quod alias ipſum adoptare Auguſtus nolebat, Germanicum adoptaſſe: idque ſatis oſtendit Sueton. in Tiber. cap. 15. ab Auguſto, inquit, adoptatur coactus ipſe prius Germanicum fratris ſui filium adoptare: quod & refert *in Calig. c. 1.* Nam ut ſupra monuimus, nihil impedit, quem adoptare ſibi eū qui eſt eiuſdem agnationis & familiæ ex tranſverſo gradu, qualis fuit Germanicus Tiberio.

Per ſacrum oraculum.] In l. 2. h. t. *per principem.* Notavimus ſupra arrogantiā, & pene impietatem principum etiam Chriſtianorum, qui ita de ſe tamquam de Diis loquuntur.

TEXTUS.

12. Apud Catonem bene reſcriptum refert antiquitas, ſervos ſi à domino adoptati ſint, ex hoc ipſo poſſe liberari. Unde & nos eruditi in noſtra conſtitutione etiam eum ſervum, quem dominus actis intervenientibus filium ſuum nominaverit, liberum eſſe conſtituimus: licet hoc ad jus filii accipiendum ei non ſufficiat.

COMMENTARIUS.

A*Pud Catonem.*] Marci Catonis cujus plurimi libri extant de jure, mentio eſt in *l. 2. §. poſt hos 38 in fi. de Orig. Iur.* Sed videtur eo loco mendum eſſe, & legendum & ſupplendum, *M. Cato. M. Catonis Portia familia principis filius*; Ita enim *Gellius lib. 13. cap. 18.* Ex majore, inquit Catonis (qui ſcil. fuit princeps familiæ illius) filia qui prætor deſignatus patria vivo mortuus eſt, & egregios de diſciplina juris libros reliquit. Sed nimirum & pater fuit ICtus & filius ejus. Ita enim d. loco ICtus *l. 2. §. 38.* Hos ſecutus eſt M. Cato, princeps Portiæ familiæ, cujus extant libri, ſed plurimi (ſc. libri extant) filii ejus, cujus meminit citato loco Gellius. Et hic videtur eſſe Cato cujus mentio in *l. eadem 4. § 1. de V. O.* & cujus perhibetur notiſſima illa regula, de qua eſt proprius *tit. in Pandectis* An apud Catonem patrem an filium iſtud ſcriptum exſtet, in incerto eſt, & parum refert.

Servos ſi à domino adoptati ſint.] Refert *Gell. 5. cap. 19.* quoſdam autores juris exiſtimaſſe, ſervum à domino per prætorem in adoptionem dari poſſe. Verum iſte caſus hic non tractatur, quo dominus ſervum ſuum alii dat adoptandum, ſed quo ſuum proprium ſervum adoptat. Et non videtur hic locus eſſe, neque adoptioni in ſpecie dictæ, cum ſit ſervus in ipſius domini poteſtate, neque his mancipationibus & iis ſolemnibus, de quibus ſupra locus eſſe poſſit, neque adrogationi, cum ſervus non ſit ſui iuris. Rurſus ſi per errorem ſervus pro libero adoptetur, dubium non eſt, actum eſſe nullum. Atquin (qui hujus loci caſus eſt) ſi dominus profiteatur, eum ſervum, & olim apud populū, poſt apud principem ſibi filium eſſe velle, deſuper lata Lege curiata per populū, aut impetrato reſcripto principis, non animadverto, quomodo actus poſſit eſſe nullus, & quomodo hic ſervus non efficiatur filius; ſive dicamus ipſa profeſſione illa de adrogatione iſtum fieri liberum, ſive per unum factum libertas & filiatio contingat, cum niſi prius liber, filius effici non poſſit; ut perinde hic ſit ac ſi quis libertum ſuum adrogaſſet, quod fieri poſſe docet *l. ſi paterf. 15. §. ult. h. t.* Neque obſtat quod Weſenb. monet, per adoptionem non conferri jura ingenuitatis, arg. *l. ult. de ſtat. hom.* & *Gell.* ſcribit 5. *cap. 19.* non permittendum facile, ut liberti per adoptionem invadant jura ingenuorum. Nam nec hoc neceſſum eſt, & ſufficit in familia adoptantis conſequi ingenuorum jura *l. ſciendum 32. de rit. nupt.* & rigor ille vetus, de quo Gell. poſt laxatus videtur, & hodie illa objectio nulla eſt, exequatis libertinis & ingenuis *N. 78.* Sed neque obſtabit, quod ſtatim ſequitur de ſervo filio nominato, quod hic liber, ſed nō filius efficiatur; longe enim minus eſt in ſimplici nominatione; adeoque ſi per adrogatio-

nem

nem tantum cōpeteret nuda libertas, inepta plane eſſet illatio Iuſtiniani; quę vero rectior erit ſi in primo caſu etiam filiationem competere dicamus; quamvis minus conveniat hoc verbis Iuſtin. *poſſe cum liberi*; & ita accipit hoc Theoph. ut ſervus tantum liber ſit, non etiam filius. Aut an intelligimus dominum diſſimulato ſtatu ſervi periiſſe reſcriptum principis, ut hactenus ſibi præiudicet, ut ſervus liber fiat, nam ita quoque intelligo, quod Iuſtin. conſtituit *in l. un. C. de Lat. lib toll.* & hic refert, ſi ſervum appellaverit filium in actis, utcunque ignorante magiſtratu, dum etiam alio negotio tractato, & actis confectis ita appellatur ſervus; nec adeo probo, quod ita intelligit Hottom. hunc locum quaſi neceſſe ſit, ut ſuper hoc ipſo acta conficiantur, ut dominus deducto ſervo ad magiſtratū, teſtato denunciet, ſe velle ipſum pro filio habere: & omnino eandem intelligo nominationē, qualem ad effectum ſimilem proponit *Iuſtin. in N 117. c. 2.* ſi quis aliquem ex libera muliere ſuſceptum, in teſtamento vel quo alio inſtrumento appellet filium, eum pro legitimo filio haberi.

AD TITULUM XII. LIBRI PRIMI INſtitutionum.

QVIBVS MODIS IVS PATRIAE POteſtatis ſolvitur.

TEXTUS.

1\. Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno juri ſunt ſubjecti, eo jure liberentur. Et quidem quemadmodū liberentur ſervi à poteſtate dominorum, ex iis intelligere poſſumus, quæ de ſervis manumittēdis ſuperius expoſuimus. Hi vero qui in poteſtate parentum ſunt, mortuo eo ſui juris fiunt. Sed hoc diſtinctionem recipit: nam mortuo patre ſane omnimodo filii, filiæve ſui juris efficiuntur, mortuo vero avo non omnimodo nepotes neptesue ſui iuris fiunt: ſed ita ſi poſt mortem avi in poteſtatem patris ſui recaſuri non ſunt. Itaque ſi moriente avo pater eorum vivit, & in poteſtate patris ſui eſt, tunc poſt obitum avi in poteſtate patris ſui fiunt, ſi autem is, quo tempore avus moritur aut iam mortuus eſt, aut per emancipationem exiit de poteſtate patris, tunc ii qui in poteſtatem eius cadere non poſſunt, ſui iuris fiunt.

COMMENTARIUS.

UT de rubrica aliquid attingam, verbum, *patriæ* à quibuſdam codicibus abeſſe notatur apud *Contium & VVeſenib.* & *Contius, Hottom. Pacius, Cuiac.* id expungunt, & rubricam concipiunt, *Quibus modis ius poteſtatis ſolvitur*: quomodo & apud Theoph. Ποσοῖς τρόποις τὸ ὑπεξούσιον ἀπολύεται, quod oſcitans Interpres ſuo more non animadvertit, & ita reddidit, ac ſi additum fuiſſet, *patria*. Et ego tamen lectionem vulgatam, quæ etiam Ruſſardi eſt omnino retineo, & rideo Hottom. qui ex illis verbis in princ. *& quidem quemadmodum &c* probat, etiam tractati de modis liberandorum ſervorum; quod perſpicue & per evidentiam rei coarguitur, cū illa ſit puta puta relatio, cæteroquin in toto hoc tit. nec unicus quidem modus quibus ſervi liberi fiunt, attingatur. Iam ad rem ipſam.

Proponitur hic primus modus, quo liberi fiunt ſui iuris Mors naturalis, ſub facili & aperta diſtinctione: diximus ſup. ad § *ult. de pat. pot.* filium qui in poteſtate eſt liberos ex ſe natos avo ſuperſtite in poteſtate non habere actu, interim dum pater vivit; habere tamen potentia, quæ deducatur in actum patre mortuo. Ex quo fit, ut liberi v. c. ſecūdi gradus, mortuo avo non poſſint fieri ſui iuris, niſi pater per mortem, aut emancipationem (ſecus autem eſt, ſi per dignitatem liberatus eſt poteſtate patris *N. 81. cap. 2.*) ante exierit è patris ſui poteſtate, ut eſt in *ſ. huius pr.* Nam per emancipationem, jus quod in potentia erat extinctum eſt; ſive illum emancipaverit ut ſui juris fieret, ſive juxta veteris juris rationem eum in adoptionem mancipando dederit; adeo quidem ut licet poſtea filium readoptaverit, tamen jus extinctum ſemel non reviviſcat, nec nepotes ſemel liberati poſt in ejus poteſtatem recidant *l. ſi pater 41. de adoption.* quia illis ſemel jus quæſitum fuit, & qui in

quā refert quoque Acc. inepta eſt, ut poſt verba *per omnia.* virgula ponatur. An potius, quod Conſtantinus derogaverit juri veteri *in l. ult. C. de ſent. paſſ.* & introduxerit, ut reſtitutio etiā reintegraret poteſtatem patriam licet ejus nulla ſpecialim mentio fuerit facta. Id quidem valde probabile facit contextus totus *d. l. ult.* & inprimis *§. ult.* ubi ait tantum debere reſtitui per indulgentiam, quantum abſtulit damnatio: & quod indulgentiæ reſtitutio debeat eſſe omnium amiſſorum recuperatio; & nominatim, quod liberi officiis debeant mereri liberationem à poteſtate, & libertatem teſtem habere nō damnationis, ſed lenitatis paternæ: quibus verbis occurrit nō obſcure objectioni ſuperiori, quod liberi ſemel ſint liberati poteſtate; nimirū quod nō habeant liberi, quod conquerantur, qui nō officiis ſuis, ſed per ſententiam & dānationē facti ſint ſui juris, ſi retractata ſententia in priſtinum ſtatum redigantur. Ita ſane videtur, ſed hoc modo arguuntur ſocordiæ cōpilatores, qui fere pugnantes textus ſub eodem tit. collocarunt. Recte autē ait, *ex indulgentia principis*, ſolus enim princeps pœnæ gratiā facere poteſt, in quo manifeſte labitur Mynſing. qui hoc jus etiam iis concedit, qui deportare poſſunt. Porro reſtituta licet patria poteſtas nō tamen trahetur retro, ſed omnino quæ ante egit cōtrahēdo filius rata & firma erunt & manebunt, per *d. l. ult. §. 1. C. de ſent. paſſ.* & not. *Ioh. de Plat. & alii hic* & bene *Iaſ. ad Porc. ex Bl.* diſtinguit, inter ea quæ immediate ſola vi deportationis contingūt, & ea quæ ex novo negotio geſto, tertio ſūt quæſita ſunt: unde infert, etiamſi quis ex hoſtib. revertatur, nō tamen reſtitui prius matrimonium juxt. *l. non ut 8 l. cum duæ 14 §. 1. de captiv. & poſtlim.* Sed quid ſi filius deportatus reſtituatur, an ſubiicietur rurſus patriæ poteſtati? utique videtur; licet ſecus ſit in ſervo damnato & liberato *l. 8. C. de ſent. paſſ.* Et nimirū non eſt pœna rurſus redire in patris poteſtatem. Sed pœna eſt recidere in ſervitutem, quod ſi fieret, nihil aut parum prodeſſet principis indulgentia.

2 *Relegati in inſulam.*] Conſtat per relegationem † in ſpecie ita dictam jus civitatis non adimi *l. relegati 4 de Interd. & releg.* Et videntur verba, *in inſulam* adiecta, augendæ dubitationis cauſa. Neque enim omnis relegatio in inſula eſt, ſed magis à certis locis excluſio *l. relegatiorum 7. in pr. & §. hic qui 17. eod. tit.* Illa autem quæ vinculum inſulæ dicitur *in l. exilium 5. d. t.* gravior eſt, & nihilominus tamen non adimit civitatem: quia nec tum ſi in perpetuum quis fuerit relegatus *d. l. 7. §. ſive 3.* Videbatur autem deportatio præcipue his duobus modis differre à relegatione; quod illa in perpetuum, hæc ad tempus eſſet; Illa concluſio in inſulam certam, hæc magis à certis locis eſſet excluſio. Et quæ igitur reliqua erit differentia, ſi relegatio fiat in inſulam, ſi in perpetuum, & amplius adempta parte bonorum, juxta *d. l. 4. de In erd. & relegat.* An utrūque conjunctim fieri non debet, ut ſit relegatio perpetua & in inſulam. An potius à forma ſententiæ ſumimus differentiam, quomodo & Theoph. & ſimul à forma executionis pœnæ; quod deportati, ut *Hottom. notat hic & in comm. verborum juris.* & ipſū verbum arguit, compedib. vincti & in navem coniecti à ſervis publicis in inſulam deportabātur; quod relegatis non accidebat. Sed, quinam ſunt † interdicti, *qui in rubr. 22. li. 48. Digeſt.* cum relegatis & 3
deportatis cōnectuntur? Hottom. ait eſſe eos, quibus certi loci aditu commercioque interdictum eſt: quos tamen idem fatetur ſæpe dici relegatos. Eſt autem his omnibus commune exulum nomen. Dicitur enim † exul, qui extra ſolum eſt. *Iſidor.* 4
lib. 1. cap. 26. & idem *lib. 10. lit. E.* Exſul, extra ſolum, trans ſolum miſſus aut extra ſolum vagus. Idem *Non. Marc. cap. 1.* Exules dicuntur extra ſolum: Solet tamen exilium frequentius pro deportatione accipi, ut in *l. 2. de publ. judic.* ubi diſerte relegatio tanquam mitior opponitur exilio; quomodo Ovid. non uno loco Triſtium, non ſe exulem, ſed relegatum ſcribit: cæteroquin aliis locis generalius uſurpatur, & pro relegatione, ut in *l. tutor 28. §. ult. cū l. ſeq. de excuſ. tut. l. ſine 32. §. ult. de admin. tut.*

TEXTUS.

3. Pœnæ ſervus effectus filios in poteſtate habere deſinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui beſtiis ſubjiciuntur.

COMMENTARIUS.

Finitur poteſtas patria Morte: & hæc, vel naturali, de qua in *pr. huius tit.* vel civili, quæ rurſus dupliciter contingit, vel amiſſione civitatis tantum, per deportationem, de qua *in § præc.* vel ſimul & libertatis; & in ſumma per ſervitutem. Servitus eſt vel hominis, veluti ſi libertus ob ingratitudinem redigatur in ſervitutem, vel pœnæ

 de qua

de qua *hoc* §. quod ipſa quaſi pœna eius dominus videatur. Vnde in *l. ſunt quidã* 17. *de pœn.* Si quid huic legatum ſit, eſt pro non ſcripto & nullo, quaſi non Cæſaris ſervo datum, ſed pœnæ. *In* §. 1. *infr. tit.* 16. dicuntur ſervi pœnæ effici atrocitate ſententiæ. Erant igitur omnes qui ad mortem damnantur, dicuntur ſervi pœnæ? Vix crediderim, ſed ubi pœna tractũ tẽporis habet, non ubi damnati conſumuntur ſtatim, & ita ſc. damnantur, ut ſtatim ſupplicio ultimo adficiantur. Quadrat iſti explicationi optime exemplum damnatorum in metallum vel in ſalinas, de qua pœna *in l. aut damnum* 8. §. *eſt pœna.* & §. *in miniſter. de pœn.* Sed non convenit altera ſpecies pœnæ & damnationis *h.* §. ut quis beſtiis ſub vel obiiciatur; niſi quis intelligat ita damnatos ut aliquantum aſſerventur, quia ſpectaculi cauſa certis temporibus beſtiis obiici damnati ſæpe etiam captivi ſolebant, quo pertinet quod ſancitur *in l. un. C. ad L. Fab.* ut ita damnati, beſtiis obiiciantur primo munere. Ita enim appellabant, cum gladiatores inter ſe, aut homines cum beſtiis pugnantes, aut etiã iis obiectos exhibebant, & ſpectandos dabant. Verum licet evidentior ſit iſta ſervitus pœnæ v. c. in damnatis in metallum, tamen verius eſt in genere, quoſvis ultimo ſupplicio damnatos protinus per ſententiam pœnæ ſervos fieri per text. *in l. quod ad* 12. *l. qui ultimo* 29. *de pœn.* eo effectu ſc. ut ſtatim omnia civium Rom. iis adempta intelligantur: quod & probatur *l. ſi quis* 6. §. *ſed &* 6. *de iniuſt. teſtam.* Faceta autem hic eſt explicatio Accurſii, damnatos eſſe ut deducerent beſtias, vel cum iis comederent, aut alia beſtialia facerent. Plane liberos quoque operas locaſſe, ut cum beſtiis depugnarent, docet *l.* 1. §. *removet* 6. *de poſtul.* atque adeo ad hæc damnatos non certæ morti fuit expoſitus; ſed damnati ut beſtiis obiicerentur, inermes iis expoſiti fuiſſe videntur. Inter ſervos pœnæ etiam referuntur, qui damnantur in ludum gladiatorum *d. l. un. C. ad L. Fab.* à quibus ad gladium damnatos ſeparat *Cuiac. Paul.* 5. *Sent.* 17. & 13. *obſ.* 10 quos ait intra annũ fuiſſe cõſumendos; itemque damnati in ludum venatorium *l. aut damnũ* 8. *quicunque* 11. *cum* §. *ſeq. de pœnis*. de quibus *Cuiac. d. loco &* *Pet. Faber* 2. *ſemeſtr.* 11. Illud vulgatũ eſt, novo iure neminẽ amplius dici fieri ſervum pœnæ *N.* 22. *c.* 5. *auth. ſed hodie. C. de donat. int. vir.* Cujus rei effectus ibidem à DD. notantur. & *in d. c.* 8. ut durare poſſit matrimonium: ex quo ſunt, qui *d. c.* 8. reſtringunt ad talem ſervitutẽ pœnæ, quæ non adimat vitã; ubi enim ſtatim damnatus excipit mortẽ, nulla videtur utilitas, ut ne ſit ſervus pœnæ, cum utiq; teſtari non poſſit, ut dicemus *infr. lib.* 2. *tit.* 12.

TEXTUS.

4. Filiusfam. ſi militaverit, vel ſi Senator vel Conſul factus fuerit, remanet in poteſtate patris: militia enim vel Cõſularis dignitas, de patris poteſtate filium non liberat. Sed ex conſtitutione noſtra ſumma patritiatus dignitas illico Imperialibus codicillis præſtitis filium à patria poteſtate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem poſſe per emancipationis modum, poteſtatis ſuæ nexibus filium liberare: Imperatoriam autem celſitudinem non valere, eum quem ſibi patrem elegit ab aliena eximere poteſtate.

COMMENTARIUS.

HActenus de primo modo ſolvendæ patriæ poteſtatis Morte, eaque vel civili vel naturali; ſequitur alter, Dignitas. Et Juſtin. 1. docet, quæ dignitas non liberet. 2. quæ liberet. De 1. ait *Si filiusfam. militaverit.* Militia enim quædam erat ſpecies dignitatis; ex quo omnia pene officia etiam civilia, poſtea militiæ dictæ. Sed & multa privilegia militibus conceſſa fuerunt; non tamen hoc, ut eximerentur patria poteſtate, licet quo ad caſtrenſe peculium patrumfam. loco habeantur; de quo agemus, *lib. ſeq. tit.* 9. Ait

Si ſenator vel Conſul factus.] In Senatore non adeo magna ratio dubit. Sed conſulatus ſumma fuit dignitas; Verum maior fuit patria poteſtas, & retulimus ſup. *ad* §. 2. *de patr. poteſt.* ex *Halicarn. lib.* 2. poteſtatem patris in liberos fuiſſe ſummam & perpetuam, à qua nec ulla dignitas filii eximeret. Neque obſtat quod dicitur in *l. ultim. de his qui ſunt ſui.* Etenim patria poteſtas non obſtat, quominus quis Conſul creetur, & munia omnia ejus magiſtratus peragat, etiam contra ipſum patrem *l. ille* 13. §. *ult. cum l. ſeq. ad Trebell.* Sed non abrumpit ob id poteſtatem patriam: & teſtatur Halicarn. multos magiſtratu abutentes, & ſeditioſas conciones habentes à patribus abductos ex Roſtris & privatim coercitos fuiſſe. Id tamen mutatum à Juſtin. ſecundum quem quæcunq; dignitas à curia & ſcilic. munere decurionatus liberat, eadem liberat à patria poteſta-

poteſtate *Num.* 81. *cap.* 1. 6. 1. Atquin conſulatus liberat à curia *l. ult. C. de decurion.* Ergo. Major propoſitio eſt Juſtiniani; Ceteroqui vitioſa eſt conſequentia, cum longe firmioribus nexibus filius patri, quã decurio ordini ſuo & curię obſtrictus teneatur. Plures aliæ dignitates referuntur *d. l. ultim.* quæ liberant à curia, quæ juxta eandem Juriſprudentiam *in d. N.* 85. *cap.* 1 omnes quoque liberant filium à poteſtate. Et audet tamen in *d. cap.* 1. §. 1. hoc prætexere Juſtinian. quaſi ipſorum quoque patrum gratia hoc conſtitutum ſit, quaſi patres hoc modo fiant nobiliores; quod perridiculum eſt; cũ præſertim ipſe à patris poteſtate abſolvat liberos, ut iis jura omnia legitima conſervet *d. N.* 81. *c.* 2. Itaq; nec poterit hujuſmodi liberos coërcere pater; nec per eos adquirere; & ut loquuntur hic Interpp. liberantur à poteſtate, quo ad commodum, non quo ad incommodum. Porro Epiſcopalis quoque dignitas liberat à poteſtate patris *d. Num.* 81. *cap.* 3. *auth. ſed Epiſcopalis Cod. de Epiſc. & Cler.* Notat *Iaſ. ad Porc. in pr.* videri rationem eandem cum dicto circa conſularem dignitatem. Ratio ſumitur ex eo quod dixi de ſumma poteſtate LL. Romanis patribus conceſſa; à qua ut liberet conſulatus, nulla lege cautum ante Juſtin. umquam fuit.

Sed ex conſtitutione noſtra patritiatus dignitas.] Ridiculum ſit admonere non intelligi hic patriciatum, qui erat prærogativa gentis apud Romanos; quæ opponebatur genti plebeię. Et tamen Weſembec hinc iſtam dignitatem deducit, Ait, ſicut in libera Rep. patritiatus fuerit nomen ordinis & dignitatis, & antiquiſſimæ ſtirpis ſenatoriæ; ita ſub Auguſtis patritiatum, de quo hic fuiſſe ordinem quendam, ſimilem ſenatorio, in quem allecti velut principis parentes habiti fuerunt, à qua ſententia non lõge abit Hottom. Sed ne dicam patritiatum olim ordinem proprie non fuiſſe, ſed ordines tres dictos ſenatorum, equitum & plebis; vitioſa iſta quoque comparatio eſt, & commentitium, quod ſub Auguſtis repetit novum quaſi collegium patritiorum & novus ordo. Et omnino, ſicut conſulatus, præfectura, quæſtura, ita & hæc fuit ſingularis dignitas, cujus & nuſquam reperias mentionem, niſi demum ſub Impp. Conſtantinopolitanis & ſi Zoſimo fides, ejus autor primus fuit Conſtantinus. Ita n. ſcribit *lib.* 2. de Optato, ὃς παρὰ Κωνσταντίνου τῆς ἀξίας τετυχήκει τοῦ Πατρικίου, πρώτου καὶ τὴν ἐπινοήσαντος τὴν τιμήν; qui patricii dignitatem conſecutus erat à Conſtantino, qui primus excogitavit hunc honorem.

Ait Juſtin: *conſtitutione noſtra*, quæ eſt *in l. ult. C. de conſulib.* Atquin ante Juſtinianum iſtum effectum fuiſſe hujus dignitatis probatur ex *Caſſiodoro* (qui ſub Theodorico Gothorũ rege, omnia fere ad formam Reipubl. Rom. adminiſtrante ante Juſtinianum vixit) 6. *var. Epiſt.* 2. *in forma patritiatus* additur, inquit, quod LL. tantum illis reverẽtiam detulerint, ut in ſacris poſitus, cum hoc honore fuerit præcinctus; paternæ poteſtatis nexibus eximatur. Itaque lapſus hic eſt *Vult.* 1. *Iuriſpr.* 24. ubi totum hoc primo Juſtiniano tribuit. Ait

Summa dignitas] Objiciunt, conſulatum eſſe ſuperiorem, ex ratione liberæ Reipubl. quæ haſtenus tantum mutata, quod conſul eſt poſt principem; & facit, quod ipſi principes Conſulatum gerere ſolebant; quamvis ſane etiam principes initio aſſumpto Imperio, tribuniciam & conſularem poteſtatẽ ſibi adſumere ſolebant; ut paſſim ex Suet. Tacito, & aliis hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptorib. conſtat, quæ dignitates tamen ſummæ non fuerunt. Attamen propria ratio fuit conſulatus, & de eo Caſſiod. d. loco uni tãtum cedit (patriciatus) ſ..lgori, quem interdum etiam à nobis conſtat adſumi. Simpliciter dicerem injurium eſſe, tantam accurationem exigere à Triboniano, & captare verbum, *Summa.* & hoc potius, quam cum Contio, Barone & aliis rationem petere à duratione, quod perpetua eſt iſta patritiatus dignitas, conſulatus, annua; neq; enim duratio dignitatem ex ſe conciliat; Ceteroquin & decurionatus perpetuus fuit, ſi reſpondendum eſt, duo reponam, 1. prærogativam quandam eſſe à raritate; quod paucis contingit fieri patritios, ſed multi adipiſcuntur conſulatum, ut ipſe Juſtin. argumentatur *l. ult. C. de conſulib.* 2. dignitatem conſulatus illis temporibus magis fuiſſe imaginariam & honoratam, quam veram & in rebus ipſis; quippe quod pene nullam adminiſtrandi aut imperandi conferebat poteſtatem; adeo hoc reſpectu major poteſt dici patritiatus dignitas, autore eodem Caſſiodoro, qui *libr. var.* 5. (ſub nomine principis.) ſume, inquit, poſt conſulares faſces emeritos, patritiatus inſignia, tuarũ munus plenarium dignitatum: & hinc idem *lib.* 8. *Epiſt.* 10. vocat patritiatus culmen; & juxta *l.* 3. *C de conſul.* nulli ad patritiatum aditus patet, niſi qui prius cõſulatu fuit perfunctus; aut alia maxima dignitate: & cum præfectorum prætorio tum temporis maxima eſſet dignitas & poteſtas, attamen à Conſtantino priorem locum [illegible] tributum patritiis his ſcribit *Zoſimus paulò ante citato l.* 2. & omnino ſumma dicitur, quod ei Impp. ipſi ſpecialem

quaſi reverentiam deferebant, & ea ornatos parentum nomine dignabantur.

Imperialibus codicillis.] Literæ ſunt quæ continẽt & teſtantur dignitatem collatam: ita in N. 15. c.3. codicilli adminiſtrationis, & mox Impp. codicilli, & codicilli conſulares N. 81 c.1. codicilli honorarii *l. ult. §. veros 2. ubi ſenat. vel clariſſ.* Hinc quib. adimitur adminiſtratio, dicuntur adimenda inſignia codicillorum *l. judices 12. C de dignitatib.*

Quis enim patiatur.] Non videtur bona cõnexio, aut pariter cum quiſq; jus habeat alienandi bona ſua, poterit ea auferre & Princeps. Et ſane hoc modo jus ſuum auffertur patri, qui per filium in poteſtate adquirit: facit pro iſta ratione iſte color, quod Imp. talem ſibi eligit in patrem.

TEXTUS.

5. Si ab hoſtibus captus fuerit parens, quamvis ſervus hoſtium fiat, tamen pendet jus liberorum, propter jus poſtliminii: quoniam hi qui ab hoſtibus capti ſunt, ſi reverſi fuerint, omnia priſtina jura recipiunt: idcirco reverſus etiam liberos habebit in poteſtate: quia poſtliminium fingit, eum qui captus eſt, in civitate ſemper fuiſſe, ſi vero ibi deceſſerit, exinde ex quo captus eſt pater, filius ſui juris fuiſſe videtur. Ipſe quoque filius, nepos ve, ſi ab hoſtibus captus fuerit, ſimiliter dicimus propter jus poſtliminii, jus quoque poteſtatis parentis in ſuſpenſo eſſe. Dictum eſt autem poſtliminium à limine & poſt, unde eum, qui ab hoſtibus captus eſt, & in fines noſtros poſtea pervenit, recte poſtliminio reverſum dicimus. Nam limina ſicut in domo finem quendam faciunt, ſic & Imperii finem eſſe limen veteres voluerunt. Hinc & limen dictum eſt, quaſi terminus quidam & finis, ab eo poſtliminium dictum eſt, quia ad idem limen revertebatur, quod amiſerat. Sed & qui captus victis hoſtibus recuperatur, poſtliminio rediiſſe exiſtimatur.

COMMENTARIUS.

1 *Fictio duplex.*
2 *Fictionis poſtliminii effectus.*
3 *Poſtliminii notatio.*

Dixerat *in §. 1. & 3.* de morte civili, & in ſpecie de ſervitute pœnæ, per eam ſolvi patriam poteſtatem. Nec aliud eſt in ſervitute hominis, ſi quis ob ingratitudinem in ſervitutem revocetur, aut ad pretium participandum ſe venundari paſſus fuerit. Hinc nata occaſio dubitandi & tractandi, cum captus ab hoſtibus eorum ſervus fiat, an per talem captivitatem liberi in civitate ſui juris efficiantur. Et fruſtra hic miratur Faber, quare introductum ſit ab Romanis ipſis L L. ut captus ab hoſtibus fiat ſervus. Neque enim hoc Romani conſtituerunt, ſed hoc eſt ex jure bellorum & à jure gentium, quo ne uterentur hoſtes, ſicut ipſi Romani in hoſtes, impedire non potuerunt. Qui autẽ hoſtes veri ſint, in quibus hoc jus locum habet, alibi tractatur, & docet *l. hoſtes de cap.* Porro ad rẽ. Romani cives ſuos, præſertim qui pro Republ. militantes capti eſſent, ſervorum loco non habere potuerunt, aut debuerunt. Itaque nihil eorum, quæ alias per amiſſionem civitatis & libertatis, pereunt, infirmari aut protinus amittere eos aut pro amiſſo haberi voluerunt. Et cum duplex ſit caſus † ut aut revertantur domum ab hoſtibus, aut ut apud eos moriantur, 1 in utrumq; caſum civilis Legiſlator proſpexit, conſtituta & introducta duplici fictione.

Altera eſt, quæ dicitur poſtliminii, altera Legis Corneliæ. Illa operatur in caſum, quo quis reverſus eſt, & facit, ut retro ſemper in civitate fuiſſe, & numquam captus fuiſſe videatur, *l. muto. 6 §. ult. de tutel.* Hæc operatur in caſum mortis, & facit, ut ipſo tempore & puncto quo captus eſt, imo quo capiendus fuit, & antequam adhuc captus eſſet, deceſſiſſe videatur, & ita numquam veniſſe in hoſtium poteſtatem: quod poſterius paucis verbis innuitur *in §. verſicul. ſi vero. & in §. ultim. infr. Quibus non eſt perm. facere teſt.*

Effectus fictionis Legis Corneliæ principalis eſt, ut conſerventur actus, qui alias per ſervitutem infirmantur, veluti teſtamentum, quod ante captivitatem factum eſt *d. §. ult.* ubi plura dicemus. Referre ad hanc quoque fictionem & ejus effectum ſolent, quod ſtatus filii & ab eo geſta confirmantur. Haud ſcio an ſatis ſubtiliter: quoniam ipſarum ratio rei & veritas confirmat filii ſtatum, poſtquam certum incipit eſſe patrem reverti non poſſe: ea tunc communi jure ſi pater pro ſervo habeatur, ex quo tempore captus fuit, efficitur, ut

ex iſto tempore filius ſemper juris ſui fuiſſe intelligatur. Et ut patre reverſo retro in ejus poteſtate filius intelligatur fuiſſe, meræ eſt fictionis, & à poteſtate Legis, cum alias nihil obſtaret aut filium manere ſui juris patre reverſo, aut domum ex tempore reditus rurſus eſſe in poteſtate patris. Et vero inſignis eſt hujus fictionis † effectus, ut filio interim in civitate mortuo, pater reverſus omnia bona ab ipſo relicta peculii jure occupet, adempta ei, qui eo non reverſo bona jure hæreditario tenuiſſet *l pen inf. de ſuis & leg.* Item ut ſi filiusf. interim pecuniam mutuam acceperit, patre reverſo tanquam ſi id contra SCtum Macedonianum factũ eſſet, creditori actio non detur, juxta *l.1.§. ad SC. Maced.* Itẽ ut quæcunq; interim ſervus captivi adquiſivit, reverſo ex hoſtib. adgratur *l. bona 22. §.1. de capt.* quæ omnia & plura alia ſecus ſe haberent, ſi captivus apud hoſtes moreretur. Itaq; recte dicitur propter jus poſtliminii, (quod in hunc ſenſum definitur in *l. poſtlim. 19. in pr. de captiv.*) pẽdere jus liberorum h. §. & in incerto eſſe *l. in bell. 12. §. 1.* & in pendenti *l. bona 22. §. 1 de captiv.* & pendere *l ſi quis 9. § ſi filium 2. de liber & poſth.* una cũ aliis effectibus, quos modo attigimus, ex quo iſta dicitur ſuſpenſi juris cõſtitutio *l. pen. in fi. de ſuis & legit.* Propter quam nec tutorẽ interim filius accipere poteſt *l mutus 6. §. ult. de tutelis.* Ex quib. efficitur hic nõ obtinere, quod in caſu patris deportati conſtitutũ eſt à Conſtantino in *l. ult C. de ſent. paſſ.* ea q̃ interim geſſit filius, omnimodo rata eſſe; & ad eũ caſum coarctandam eſſe rationẽ, qua ibi utitur Imper. abſurdum eſſe, ut in eodem tẽpore nec in patris nec in ſua quis fuerit poteſtate. Etenim iſtud videtur cõtingere in caſu iſto patris ab hoſtib. capti, hactenus, ut acta à filio ſint in incerto ſtatu & dubio, ut apparet ex *d. l. 1. §. 1. de SCto Maced.* etiam ſi filius ſit præmortuus, *d l pen. de ſuis & legit.* Ceteroquin ex poſt facto apparet, an filius retro ſui an alieni juris fuerit. Hæc fictio pertinet ad ea quę juris ſunt, h. §. ibi, *omnia priſtina jura* quæ a. in facto conſiſtunt, per eam non reparantur, cujuſmodi eſt poſſeſſio, quæ ſicut & aliæ cauſæ facti poſtliminio non continetur *l. deniq; 19. Ex quib. cauſ maj.* ex quo fit ut præſcriptio quã ceperat ante, interrumpatur, *d. l. 19. & l. ait 23. §. 1. eod. tit. l. cum heredes 23 §. 1. de adq. poſſ l. ſi is 15. in pr. de uſuc.* Itemq; ut uſucapio alterius facto contra captum ab hoſtib. impleatur, & captivo reverſo reſtitutione opus ſit *d l. 23. §. 2. l ab hoſtib. 18 C. de poſtl. rev l. ult. C. ex quib. cauſ. major.* Et fictio poſtliminii, non poteſt facere, ut alius nõ poſſideat vero, & ita impleat uſucapionẽ. Nec vice verſa ſupplere poteſt factum poſſidendi quo perficienda eſt uſucapio, quã ceperat ille qui captus fuit; quæ ratio diſerte ponitur in *d. l denique 19. inf. ex quib. cauſ. major.* nec ullius momenti ſunt, quæ contra diſputat *Perc. hic n. 7.* nec alio tendit ratio quã ipſe adfert *n. 8.* quod medium ſuper quo fingatur nõ ſit habile, videlicet poſſeſſio, quæ utpote facti facile evaneſcit: idq; eſt quod in his ipſis terminis traditur in *l. in bello 12. § facti 2. de captiv.* facti cauſam cõſtitutionib. ex I L. infectam fieri nõ poſſe. Itaq; quod dicitur de uſucapione ejus qui apud hoſtes eſt, in *§. Rurſus 5. infr. de actione.* accipiendum eſt de caſu, quo ſervus vel filiusfam. ex cauſa peculiari quid adquiſiverunt juxta *l juſto 44 §. ult de uſucap. d. l ait 23. § 3. Ex quib. cauſ. major. l. 12. §. 2. d. cap. t.* Exinde fit ut nec uxorẽ recipiat reverſus ſine nova ejus voluntate, ut ſup. notavimus, ex *l. 8. & l 14. §. 1. de poſtlim. rev.* de quo tamen paulo aliter diſpoſitum eſt jure novo *N. 22. c. 7.* Dicitur reverſus ab hoſtibus, nec intereſt an dimiſſus ab iis an per fallaciam elapſus *l. nihil 26 de capt.* modo habeat animum remanendi apud ſuos; ex quo negatur, Attilio Regulo fuiſſe jus poſtliminii *l. poſtlim. 5. §. ult. eod. tit.* Sed & pro reverſis habentur, qui rurſum ſuperatis hoſtibus recuperati ſunt *h § inf d. l. 26. in fin.* cujus ratio colligitur ex *l. ab hoſtib. 12. C. de poſtlim. rev.* Sed & redempti ab hoſtibus liberi ſunt, licet interim dum precium ſolvant, quodam quaſi pignoris vinculo retineantur *l. 2. 6 7. 13. & 15. C. eod. junct. l ſi captiv. 20. §. 2 cum l. ſeq de eod.*

Ipſe quoq; filius.] Equidem is apud hoſtes nihil agere poteſt, ſicut & cujuſcunq; tãdem capti acta, apud hoſtes, dum eſt, veluti ſi teſtamentum ibi fecerit, nullius ſunt momenti. Attamen habet & iſtud non leves effectus. Ponamus poſt captivitatem filii, matrem mortuã, locuplete relicta hæreditate, ſi redit filius qui ita retro ſemper in civitate & in poteſtate fuiſſe fingitur, patri quæſita eſt hæreditas; Ceteroquin ad proximos matris pertinebit, ſi filius mortuus fuerit apud hoſtes. Alius inſignis effectus eſt in perſona filii, ut vid. ſi in poteſtate fuit eo tempore quo capiebatur, patre interim mortuo, reverſus & retro ſuus intelligatur fuiſſe hæres *l. captum 9. C. de poſtlim rev.* idque eſt quod dicitur in *l. 10. C. eod.* liberis reverſis priſtinum ſtatum reſtitui. Obiter addo, ineptire Mynſ. dum ad hunc §. notat, etiam reverſum olim ipſo jure manſiſſe ſervum (quo nihil abſurdius eſt) uſque dum ex æquitate jus poſtliminii introduceretur.

Dictum eſt autem † poſtliminium.] Nimis prolixe agit

tertio manumiſerat, conſequeretur: quod ſi accidiſſet, dicebatur iſte extraneus manumiſſor, cujus mintio in *§. ſunt autē infr. de bon. poſſeſſ.* ubi dicemus. Quem emancipandi modum veterem diſcimus ex *Caii Inſt. 1. tit. 6. §. ult.* ubi emptorē illum vocat patrē fiduciariū. Patrem appellat, quia cū patre naturali mutuas operas tradebat, ut filius ſui juris fieret, & quia jampridē rigore vetere abolito, pro vero emptore, qui filium traditum in ſuam poteſtatē retineret, haberi non poterat: & ille tamen per illā venditionem quaſi jus naturalis patris conſequebatur. Dicitur fiduciarius: quoniā pactione interpoſita ipſius fidei hoc committebatur, tum ut filium acceptum de manu ſua dimitteret, tum præcipue, ut filium tertio ſibi mancipatum & traditum, patri naturali remanciparet, per quem ultimo manumitteretur: quo modo contracta fiducia emancipatio facta dicebatur *§. ult. infr. de legit. agnat. ſucc.* Hæc ad explicationem ſolemniū veteris emancipationis, & ſimul illius loci apud Cajū, & atteſtatur de his ſolemnibus ipſe Juſt. rū in genere *h. §.* dum meminit antiquæ legis obſervationis, & imaginariarum venditionum & manumiſſionum: tum magis expreſſe in *l. ult. Cod. de adopt.* ubi refert in adoptione intervenire tres venditiones, duas manumiſſiones. Additur in *l. ult. C. de emancipat.* intervenisſe circumductiones (an forte intelligit circum actionem quę in manumiſſione per vindictā adhibebatur, de qua diximus *ſup. tit. 5*) & injurioſa rhapiſmata: & eodem modo *N. 81. in pr.* emancipationem ait factam olim *μεθ' ὕβρεων καὶ ῥαπισμάτων*. Ex quo quidem Hottoman. hic ſuſpicatur emancipationem fuiſſe ſpeciem abdicationis, per quam olim pater offenſus filio, eum quaſi à domo ſuo projiciebat. Sed nuſquā ejus rei ulla extant veſtigia: quin imo abdicationem qua Græci utebantur Rom. LL. non probari, teſtantur *Impp. in l. abdicatio. C. de pat. pot.* Suſpicor in manumiſſionib. ſervorum tale quid interveniſſe, quo illi admonerentur priſtinæ conditionis, & quod in eos dominus jus coercendi & verberandi habuerit: id ſicut alia per ſimilitudinem ad venditiones & manumiſſiones filiorum fuiſſe translatum. Atque hoc modo & per tres emancipationes & manumiſſiones filii, id eſt, maſculi primo gradu exibant de poteſtate. Fœminæ & maſculi quoque ſecundi vel ulterioris gradus exibant per unam mancipationem & manumiſſionem. Et, quoniā iſta reperimus ex jure veteri & lege Romuli, fatendum erit, ex lege illa patrem jus habuiſſe tantum ſemel vendendi filias aut nepotes ex filiis: forte quod fœminæ ex familia per nuptias exibant: in nepotibus autem ipſe quoque filius jus quoddam potentia habebat. Probatur autem illa diverſitas ex *l. ult. C. de adopt.* ubi Juſtin. ait in ceteris liberis unam mancipationem interveniſſe: & veſtigium non obſcurum extat in *l. verum 8. §. 1. de injuſt. teſtam.* & expreſſe id tradit *Gaius d. lib. 1. Inſt. tit. 6. §. ult. verſ. Fœminæ. & Theoph. hic & Ulp. tit. 10.* & inde eſt, quod fœminæ & nepotes non neceſſario erant inſtituendi & exheredandi, de quo *infr. lib. 2. tit. 13.*

Vel ex Imperiali reſcripto.] Hic modus emancipandi eſt ex conſtitutione Anaſt. in *l. pen. C. de emancip.*

Noſtra a. providentia.] Quod in adoptionibus *l. ult. C. de adopt.* idem conſtituit in emancipationib. *l. ult. C. de emancip.* ut ſimplex conteſtatio ſufficeret apud magiſtratū ordinariū. Anaſtaſius voluit & ipſe magiſtratus autoritatē accedere, ut nimirum & pater & liberi apud magiſtratum hanc ſuam voluntatem & conſenſum atteſtentur, & deſuper reſcribat Princeps juxta *d. l. pen.* Juſtin. illud ſolum ſufficere ſine reſcripto principis voluit. Nam & olim non opus hic erat reſcripto principis, ſed inter privatos iſta peragebantur, non tamen ſine magiſtratu, ut apparet ex *l. 3. & 4. D. de adop. l. 1. de off. præt.* quoniam manumiſſiones, & in jure ceſſiones deſiderabāt magiſtratū: itaq; Anaſtaſius in *d. l. pen.* vult inſinuari hoc apud cōpetentem judicē, ad cujus juriſdictionem actus emancipationis pertinet. Nimirū, ut *ſup. de adopt.* notavimus ejuſmodi judicis, ſi e magiſtratus potius (nam in conſtitutionib. poſteriorum Impp. verbum judicis ſumitur latius) apud quem eſt legis actio: quod expoſuimus *d. tit. præt.* unum ſupereſt, quod ibi nos hic explicaturos promiſimus: An in iſtis actibus voluntariæ † juriſdictionis, veluti adoptionibus, manumiſſionibus & emā- 2
cipationibus ſit locus mandato: & magiſtratus ad hoc juriſdictionem ſuam mandare poſſit, ut apud aliū hi actus expediantur, aut etiā apud eum cui in genere juriſdictionem ſuam mandavit prætor, vel alius ordinarius magiſtratus. Ego ita cēſeo olim omnes actiones legis, & illas quoq; quibus homines inter ſe mutuo diſceptarent, de quibus in *l. 2. § deinde 6. de orig. jur.* ſolemnes fuiſſe, nec à quoquā niſi eo ipſo cujus res erat, non autem alieno nomine inſtitui & peragi potuiſſe, idq; probat *pr. Inſt. inf. per quos agere poſſ.* ubi docet Juſtin. olim non niſi ſingularib. & perpaucis caſib. alieno & procuratoris nomine agi potuiſſe. Nec dubito ita quoq; in perſona magiſtratuum obtinuiſſe, ut apud eos ipſos tantum lege agi potuerit, nec aliis deſuper mandari juriſdi-

nec datur jus ſuccedendi parentis liberis, quod datur liberis patroni *l. 1. §. ult. d. t.* nec operat à filio recto ſtipulatur pater *l. pen. d. t.* Videtur amplius hoc reſtringere Theoph. ad bonorum poſſeſsionem cõtra tabb. de qua etiam agitur tantum ſub d. t. Verum qui habet jus impugnandi teſtamenti, ille etiam & magis ab inteſtato, ubi nulli liberi ſuperſunt, admittetur. Plane *infr. ſub tit. de ſucc. libert. lib. 3.* nulla penitus eſt liberorum emancipatorum mentio: & per jus noviſſimum fere differentiæ poteſtatis & ſui juris ſublatæ ſunt, & de ratione invicem ſuccedendi pleniſsime cautum, ut iſtud jus antiquum abrogatum effectu videatur; & tamen cogitandum, an filio emancipato ſine liberis moriente, & patri tantum legitimam relinquente, ſuperſit patri *bon. poſſ. cont. tabb.* quæ tamen cum ſit ad tertiam partem hodie, inutilis erit, ſi per N. 18. parentum quoq; legitimam auctam eſſe admittamus. Plane cum mater hodie æquale jus cum patre habeat in ſucceſſione filii ab inteſtato & teſtamento facto *N.* 118. *cap.* 2. & *N.* 115 *c.* 4. non poterit amplius ad bona filii pater venire jure patroni, quo ſane excluderet matrem.

Et præterea.] Hoc magis onus eſt quam commodum, & de eo tractatur *infr. titul.* 18. *hoc libro.*

TEXTUS.

7. Admonendi autem ſumus liberum arbitrium eſſe ei, qui filium, & ex eo nepotem vel neptem in poteſtate habere filium quidem de poteſtate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere: & è converſo filium quidem in poteſtate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere: vel omnes ſui juris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta eſſe intelligantur.

COMMENTARIUS.

1 *An invitus emancipetur.*

Nihil habet obſcuri hic textus. Sæpius diximus ex *§. ult. ſup. de pat. pot.* & primi & ulterioris gradus liberos in poteſtate ejus eſſe quem vocãt ſtipitem, à quo omnes deſcendunt, & igitur poteſtatis hujus jure, quos vult liberos dimittit & retinet. Itaque ſi emancipaverit filium, nepotes manebunt in poteſtate *h. §. & l. Liberorum* 28. *h. t.* objicitur tamen, quod eadem ſit ratio liberorum naturalium & adoptivorum *arg. pr. h. t.* atquin emancipato filio adoptivo, etiam nepotes ex eo nati licet durante adhuc adoptione ſimul exeunt ex poteſtate per *l. ſed etiam* 14. *de adopt.* nam apparet ex *l.* 13. *prae.* intelligi emancipationem filii, non nepotis, ut male putavit *Ioan. relatus ab Acc.* & fere magis probatus. Itaq; ratio differentiæ erit, quod longe facilius diſſolvitur jus quæſitum per adoptionem: adeo cum ex ea pendeat totũ jus patris adoptivi, poſtquam per emancipationem totum illud jus perit, perinde ac ſi nunquã adoptio facta eſſet, conſequenter nec filius nec nepos in poteſtate amplius eſſe poſſunt. Illud videndum eſt, an oporteat hic liberorum voluntatẽ concurrere, aut an etiam inviti poſſint emancipari. Equidem emãcipatio in beneficio jure noſtro ponitur *l. 1. in pr. ſi à par. quis manumiſſ.* ex quo pretii vel præmii pro emancipatione, mentio in *§. hoc quoque infr. l. 2. tit. 9* ut fruſtra videatur quæri, an invitus accipiat beneficiũ, quod nemo in dubio recuſare intelligitur. Verũ ſi ex jure antiquo diſputemus, quo emancipatus ab omni ſuccedendi jure ab inteſtato penitus excludebatur, non levis eſt dubitandi ratio: & omnino poteſt quis malle manere in familia & domo patris, quam extra eam eſſe, ſub incerto eventu acquiſitionis bonorum. Et conſtitutum plane eſt noviſsimo jure *N.* 89 *c. XI.* invitos filios non emancipari: quod tamen ibi non tamquam noviter ſancitũ, ſed quod ante obtinuerit, Juſtin. proponit: & probatur ſane idem ex conſtitutione Anaſtaſii in *l. pen. C. de emancipat.* quod liberos conſentire oporteat, quin & *Paul. 2. ſent. 25. inf.* ſcribit, filium fam. invitum non emancipari. Sed in contrarium movetur *Iaſon in addit. ad Port. ad pr. tit. prae.* & quod invitus potuerit ante † Juſtinianum emancipari filius, 1
probat initio ex *l. pen. C. de adopt.* ubi Juſt. tollit effectum adoptionis in perſona extranei, eo quod eveniebat, ut filius adoptatus amitteret hereditatẽ utriuſq; patris, ſi videlicet fuiſſet emancipatus poſt mortem patris naturalis. Quod ſi vero ipſius filii conſenſu hæc emancipatio facta ponatur, & conſenſus ipſius ad hoc omnino neceſſarius ſit, non erat quod ob iſtam rationem jus vetus emendaret Juſtinianus, cum debeat imputari filio, qui conſenſit, & ut habet vulgata regula, damnũ quod quis culpa ſua ſentit, ſentire non intelligitur. Deinde adducit textum in *l. quidam* 132 *in pr. de V. O.* ubi ſi quis filium in adoptionem dederit, & ſtipulatus fuerit pœnam, ſi eum aliter quam filiũ tractaverit: & poſt eum pater adoptivus, exheredaverit, aut emancipaverit, committi dicitur ſtipulatio. An forte conſenſus filii non poteſt adimere patri naturali jus quæ-

ſitum?

ſitum? Sed ſane ſi filius voluit, nō poteſt dici tractatus aliter quā filius: & cetera urgent, quod ait JCtus ſolere patres hæc circa filios facere, ut illos exheredent, aut emancipēt, utriq; autem invitus exheredatur. Accedit 3. quod in materia impuberis arrogati, de qua in §. 3. *tit præced.* tractatur, ſi eum pater ſine cauſa juſta emancipaverit, cogi relinquere quartam bonorum; ad quod eum obſtringi abſurdum eſſet, ſiquidem conſenſu filii emancipatio fieret. Accedit vetus illud jus poteſtatis: ut quem vendere jus habeo, etiā invitum vendere poſſum, veluti non dubitatur invitiſſimos ſervos vendi poſſe. Verum poſtquam imaginariæ tantum factæ ſunt venditiones, iſta ratio ſufficere non poteſt: & datio in adoptionē itidem per venditiones fiebat, ut ſupra diximus, & tamen diſſentiens expreſſe in adoptionem dari nō poterat *l. in adop 5. l. nec 24. de adopt.* Idem ſtatuam in emancipationibus, ut oporteat filium nō diſſentire & contradicere, nō autem neceſſum ſit expreſſe conſentire: itaque ſi filius pudore aut metu reverentiali non contradicat, valebit emancipatio: ſed & qui teneræ ætatis eſt, poteſt blanditiis induci, ut ne emancipationi contradicit: ſed & ſicut infans in adoptionem dari, ita & emancipari poſſe docet *d. l. pen. in f. C. de emancipat.* multo magis paulo major infante impubes, *l. pupillus 239. in pr. de verb. ſign.* in quo tamen verus conſenſus eſſe non poteſt: & quod de quarta impuberis arrogati dicitur, ad eum caſum pertinere videtur, quo ille quoque adhuc impubes eſt emancipatus.

TEXTUS.

8. Sed & ſi pater filium, quem in poteſtate habet, avo & proavo naturali, ſecundum noſtras cōſtitutiones ſuper his habitas, in adoptionem dederit, id eſt, ſi hoc ipſum actis intervenientib. apud competentem judicem manifeſtaverit, præſente eo qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo qui adoptat: ſolvitur quidem jus poteſtatis naturalis, tranſit autem in hujuſmodi parentum adoptivum, in cujus perſona pleniſſimam eſſe adoptionem ante diximus.

COMMENTARIUS.

1. *An tacens pro conſentiente.*

Istud hic recte referri ait Hottom. quia Juſtin. novum modum adoptandi introduxerit: ceteroquin pertinere ad modum emancipationis: nam & in adoptione emancipationes intervenisse. Sed nimirum finis & ſcopus differentiam facit: & emancipatio in ſpecie toto jure noſtro dicitur, ubi hoc agitur, ut filius ita exeat è poteſtate patris, ut non redigatur in poteſtatem alterius, & fiat ſui juris, quod in adoptione ſecus eſt. Principaliter quoq; *h. t. uti ex pr.* apparet, tractatur de modis ſolvendæ poteſtatis patriæ, ſicut *ſub tit. 5. ſup.* de modis poteſtatis dominicæ ſolvendæ: ut ſervi liberi, & v. c. filii ſui juris fiant: itaque iſte modus quo filius ex poteſtate unius transfertur in aliam, obiter ſaltem hic referri videtur.

Avo vel proavo.] Hæc enim demum adoptio eſt plena & perfecta, juxta dicta in §. *ſed hodie tit. præc.* ſi alteri dederit in adoptionem, manet integra poteſtas patris naturalis. Et propterea etiam in *pr.* addidit ſi pater filium *quem in poteſtate habet*, extraneus enim adoptans in poteſtate non habet: itaq; nec alteri talem filium in adoptionem dare poterit.

Id eſt ſi hoc ipſum.] Hoc tradendum erat *titul præced.* quæ hodie ſit forma adoptionis: diximus ad *pr. ejus tit.* Ceterū ex verbis, *actis intervenientibus* colligunt Interpp. hic, requiri ſcripturam. Sed puto intelligere Juſt. ut hoc fiat apud magiſtratum, apud quem ſolent confici acta. Plane tutius erit, ut hoc in actis conſcribatur: & communiter receptum eſt, requiri ſcripturam de eſſentia, ut late *Ang. hic n. 1. & 2.* quod non eſt improbabile, poſtquam veteres ſolemnitates ſunt ſublatæ.

Præſente & non contradicente.] Paulo ante diximus hoc requiri, ut adoptandus conſentiat: & conſentire dici, ſi taceat & non contradicat. Qua occaſione Dd. tractant hoc loco, An qui taceat, intelligatur † conſentire. Non eſt hujus loci, iſtud plene tractare 1
dicam, hoc ſaltem: Tacere eſſe negativum quiddam, imo in eo nihil eſſe per ſe aut cōſenſus aut diſſenſus, quæ poſitivū aliquid ſignificant, unde JCtus in *l. qui tacet 184. de R. I.* ait, eum qui tacet, nec fateri, nec negare. Sed aliquādo ex taciturnitate præſumitur aſſenſus, veluti in noſtro caſu, ſiquidē jus dādi in adoptionē, aut emancipandi pendet fere à jure poteſtatis: & ubi in alicujus præſentia quid tractatur, ex quo alteri aut exceptio aut etiam actio quæratur, quod ille præſens, diſſēſu ſuo impedire poſſit, præſumitur utriq; negotii adprobatio, ex quo eſt, quod qui pro ſe præſente aliquem patitur fidejubere, præſumitur mandare *l. ſemper 60. de R. I.* Itaque recte Joh. Fab. negat in taciturnitate eſſe conſenſum, ſed ait, quod, ſi accedat ad taciturnitatem ali-

quid

Digitized by Google

quid extrinſecum adminiculum, tunc præſumatur conſenſus. Itaque ubi ſufficit ſcientia, ibi taciturnitas ſola ſufficit, ut in l. §. *ſcientiam. de trib. act.* contra ubi requiritur expreſſus conſenſus, ſufficit nunquã, velut hic notat etiam *Fab. & Mynſ.* qui affert etiam plura exempla, quibus præjudicium fit tacenti, quę v. & Joh. de Plat. hic, ubi ait, quod quando aliqui diſponunt & agunt de aliquo tacente aut jure & re ejus, præſumi illum conſentire, ſecus quando agitur de diſpoſitione alicujus inducenda: & plene diſtinguit *Angel hic n. 3.*

TEXTUS.

9. Illud autem ſcire oportet, quod ſi nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium poſtea emancipaveris, vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea naſcitur in poteſtate tua naſcitur. Quod ſi poſt emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris ſui emancipati vel adoptivi poteſtati ſubjicitur.

COMMENTARIUS.

CUm quæritur in cujus poteſtate naſcatur nepos ex filio, non nativitatis, ſed conceptionis tempus ſpectamus. Rationẽ reddit Theoph. quoniam in juſtis nuptiis ſpectetur tempus cõceptionis: forte quia cenſetur exinde jus quæſitum avo: & ita aliis quoque caſibus obſervatur: veluti in eo qui conceptus eſt ante quam pater Senatu moveretur *l. emancipatum 7. inf. pr de Senatorib.* item ea qui ante patris deportationem cõceptus eſt *l. ex facto 17. §. ex facto 5. ad Trebell.* Et an igitur, qui conceptus eſt ex homine ſui juris, & natus poſtquam ſe dedit adrogandum, non erit in poteſtate patris adrogatoris? Puto omnino eſſe, utique enim cũ illo omnimodo naſcatur in poteſtate patris ſui, fieri nõ poteſt, ut ſit extra poteſtatẽ avi adrogatoris, cũ adrogatus in poteſtate patris adrogantis exſiſtens liberos ſuos in poteſtate habere non poſſit. Igitur ſunt ponendi termini habiles. Occurrit hic autem ſingularis modus, quibus quis amittit poteſtatem: quam habet in liberos, præter eum qui ponitur in §. *praced.* nimirum ſi quis ſe dederit adrogandum. Ita enim cum ipſe cum liberis tranſeat in poteſtatem §. *pen. titul. prac.* conſequenter ipſe liberos ſuos in poteſtate habere deſinit. Aut an ille ſimul liberos in poteſtatẽ deſiiſſe intelligitur? utique non omnimodo amittit jus poteſtatis, ut in §. *prac.* Sed potentia illud retinet, quæ ſe exerit patre adrogato mortuo, aut ſecuta emancipatione, per ea quæ diximus ad §. *admonendi ſup h. t.*

TEXTUS.

10. Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo pene modo poſſunt cogere parentes, de poteſtate ſua eos dimittere.

COMMENTARIUS.

1 *Monachiſmo an tollatur poteſtas.*
2 *An per matrimonium.*

RAtio certa eſt à ſummo jure poteſtatis, quod ex Lege Romuli patres in liberos acceperunt. Sed idem erit, utcunque ex ratione juris gentiũ diſputes & de qualicunque poteſtate quam parentes in liberos habent. Nec obſtat quod ſup. diximus ad § 2. *de pat. pot.* poteſtatem patris in liberos eſſe quaſi regiam: Etenim Rex fere ex conſenſu ſubditorum imperare cenſetur: at pater ex natura quaſi poteſtatem ſuam habet: ſed nec ſubditis ſimpliciter eximere ſe poteſtate ſui principis & alio migrare cõceſſum eſt *arg. l. Idem 12. §. 1. de excuſat. junct. l. 4. C. de iur. fiſci.* de quo hic non eſt tractandi locus. Rurſus liberi ſive ab initio ſui juris, ſive poſt facti, non rediguntur inuiti in patriam poteſtatem *l. ult. de hu qui ſunt ſui jur. N. 89. cap. 11.* ſed nec inuiti exire coguntur ex poteſtate, juxta dicta *ad §. admonendi.* ſed non eſt idem utique INVITI gradus: ubi emancipantur liberi vel adoptantur, ſufficit eos non contradicere. Atquin certum eſt ſine expreſſa voluntate patris non poſſe eos exire ex poteſtate per emancipationem.

Ullo PENE *modo.*] Ait hoc de liberis naturalibus & adoptivis. In adoptivis facilius hoc accidit, maxime in impuberibus arrogatis *nonnumquam 32. de adopt.* ceteroquin juſta cauſa eſt ut filius petat, & pater cogatur emancipare, ab improbitate patris ſi liberos ad turpitudinem adigat, vel nimis duriter tractet *l. ult C. de ſpectac. l. leones 12. C. de Epiſcop. aud. l. ult. ſi à par quis manum.* Et denique ſi ſub conditione emancipandi quid relictum & agnitum ſit *l. ſi cui 92. de condit. & demonſtr.* Ex adverſo notant hic Dd. quod filius offendens patrem poſſit cogi, ut emancipationi aſſentiatur: contra quod tamen probabiliter diſputat *Ang. hic in fin.* quoniam & ipſe pater jure poteſtatis, aut per judi-

cem poſſit coercere improbum filium: ceterum ſi filius acceperit legatum, ſub hac conditione relictum, ut emancipari ſe patiatur, & ipſe Ang. conſentit cogi conſentire filium volenti patri eum emancipare, qui tamen caſus proculdubio rarior eſt.

Colophonis loco libet annotare, an Monachiſmo vel † matrimonio ſolvatur patria poteſtas. De
1 illo affirmat Angelus, negat Ioh. Faber. Ego Angelum magis probo: quoniam à negatis effectibus, negatur cauſa. Præcipuum jus poteſtatis LL. Romanis eſt, ut jure Quiritum vindicare filium poſſit, *l. 1. §. 2. de rei vind.* atquin filium qui ingreſſus eſt monaſterium, pater abducere inde non poteſt: tum nec pater coercere filium monachum, nec adquirere quidquam per eum poteſt: ſed iſta jura Abbatis ſunt & monaſterii, & monachus mundo mortuus eſt, itaque amplius in poteſtate patris eſſe non poteſt.

Quod ad matrimonium attinet, filium qui uxo
2 rem duxerat, jure † Rom. in poteſtate patris manſiſſe liquidiſſimum eſt. Moribus noſtris creditur eſſe quædam ſpecies emancipationis, ſi filius ſeorſim habitationem & familiam habeat. De filia nubente ex jure veteri diſputari poteſt, ubi in manum mariti per coemptionem convenerat; Verum, ſupra *ad tit.* 10. diximus, illa veſtigia juris veteris nuſquam in corpore juris noſtri exſtare, ſed certis textibus probari indiſtincte, & filiam quæ nupſit, manere in poteſtate patris: contra quam inepte diſputat *Hottom. ad §. ult. ſup. de pat. pot.* cujus diſtinctio inter matremfam. & matronam, jure antiquiori vera, jure noſtro nulla eſt: *ad tit.* 10. exploſimus ejus errorem, quo *l. 1. §. ult. de liber. exhib.* explicat de caſu, quo nuptiæ ſine patris conſenſu contractæ fuerunt. Textus quibus probatur filiam etiam nuptam eſſe in patris poteſtate, ſunt in *l. patri 20. de adulter. l. 1. § ult. de injur. ibi uxori filiafam.* Cui ſi injuria facta ſit, actio datur patri: *l. 1. §. 1. de liber. agnoſ. l. nuptiæ 18. de ritu nupt. l. ſi ut 7. C. de nupt.* ubi divortio facto in repetendis nuptiis requiritur conſenſus patris: & apertiſſime quod innumeris locis tractatur de jure patris in repetenda dote, ubi filia eſt vel ante mortem fuit in poteſtate *l. 2. § 1. l. quotiens 29. ſolut. mat. l. eas 8. & 9. de cap. min.*

AD TITULUM XIII. LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE TUTELIS.

TEXTUS.

Tranſeamus nunc ad aliam diviſionem perſonarum. Nam ex his perſonis quæ in poteſtate non ſunt, quædam in tutela ſunt,
1 vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his, quę in tutela vel curatione ſunt: ita enim intelligemus ceteras perſonas, quæ neutro jure teneantur. Ac prius diſpiciamus de his, quæ in tutela ſunt.

COMMENTARIUS.

HÆc utique ſubdiviſio eſt. Et nimirum membrum unum diviſionis ſub *tit. 8 ſup.* explicatũ hactenus eſt, eorum qui ſũt alieni juris, & hi vel ſervi, vel filiifam. quorum ſtatus in præmiſſis explicatus eſt. Sequitur alterum. Hi qui ſunt ſui juris, quemadmodum hic propoſitum diſtinguuntur. Et nimirum iſtæ perſonæ vel omnino ſibi relinquuntur, ut ſe ſuaque bona tueantur ipſę & adminiſtrent; quædam aliorum opera indigent, & ſunt vel in tutela, vel in cura.

Videamus ergo de his.] Eodem modo egit *ſupra tit. 8. in fin. princ.* explicatis perſonis quæ alieni juris ſunt, appariturum quæ ſint ſui juris. Ita hic explicatis quæ ſunt in tutela vel cura, ultro conſtiturum, quæ neutro jure teneantur, nimirum præter hactenus enumeratas, reliquas omnes. Ratio ipſa ſuadet, ut prius agatur de his, qui ſunt in tutela.

TEXTUS.

2. Eſt autem tutela, ut Servius definit, vis & poteſtas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem ſe ipſe defendere nequit, jure civili data ac permiſſa: Tutores

Tutores autem ſunt, qui eam vim ac poteſtatem habent; exq; ipſa re nomen acceperunt, itaque appellantur tutores quaſi tuitores: ſicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

COMMENTARIUS.

1 *Caput liberum quod.*
2 *Pupillus quis & quotuplex.*
3 *Æditu us an recte.*

EST vis ac poteſtas] Theoph. videtur legiſſe *Ius.* reddidit enim, *δύναμιν: & Harmen. §. tit. 11. supr.* Sed tamen mox Theoph. in verſ. ſeq. ubi legitur, *tutores ſunt qui eam vim.* reddidit, *ἐν τῷ ἐξουσίαν δύναμιν ποιήσωσιν.* qui dictam vim (neque enim propter verbum ſeq. aliter explicari poſſe videtur) & poteſtatem. Et *δύναμις* vim vel facultatem. ſignificat; ut plane inepti ſint, qui hic violentiam quandam ſibi imaginantur; Ita enim vim mentis, ingenii & infinita alia dicimus; itaque non placet, quod Hottom. id verbum eo refert, quod pupilli etiam inviti accipiant tutores. Et omnino nihil refert ſive jus, vim, poteſtatem aut facultatē dicas; neque ICti hoc egerunt; ut accuratas definitiones ex Logicorum præceptis nobis concinnarent, ſed ut eſſentiam rerum exprimerent, itaque & futilis objectio eſt, quod definitio bona non debeat habere duplex genus.

Eſt poteſtas] Si conferas princ. hujus tit. apparet *ὁμωνύμως* uſurpari verbum poteſtatis; ſiquidem Juſtinian. in princ. eos qui in tutela ſunt, negat eſſe in poteſtate, quæ alias eſſet contradictio; Nimirum in d. princ. ſumitur in ſpecie pro ea quæ in dominicam & patriam diſtinguitur, in *prin ſup. tit.* 8. At in *h.* §. 1. latius ſumitur, & pro ea poteſtate, quæ non ſicut illa magis ad commodum imperantium ſed ad populi commodum directa eſt, ſicut & alias verbum poteſtatis latius uſurpatur paſſim.

In capite † libero.] Alibi quoque defendi, hæc
1 verba accipiēda de pupillo: (quæ eſt explicatio *Acc. Hott. Mynſ. Weſemb. Baronis*) qui recte dicitur caput liberum, oppoſitive ad ſervum, qui in tutela non eſt; quin & ad filiumfam. ſi veterem illam ex L. Romuli poteſtatem attendas; qua conſideratione ideo non poterunt iſta referri ad tutorem, quia hic poteſt etiam eſſe filiusfam. Hinc in *l. filius 8. de probat.* filius qui ſe negat eſſe in poteſtate, contendere dicitur, ſe liberum eſſe: & ita pupillum appellat *Gell. libr. 5. cap 19.* caput liberum fidei tutorem commiſſum. Nec ſolæciſmum facit hæc formula loquendi; quin ita veteres loqui amaverunt, ut in illo 12. tabb. ſi furioſus exiſtit, agnatorum gentilium, que in ea pecunia que ejus poteſtas eſto. Nec articulus ſequens *QVI* refertur ad *CAPVT*, ſed ad proxime antecedens *EVM*, ſicut nec particulam iſtam *EVM* neceſſe eſt ad *CAPVT* referri. Et ſatis conſtat, ſervum omnium munerum civilium incapacē eſſe; objectum autem tutelæ omnino plane in definitione proponendum erat; cum etiam verbis iſtis pupillum deſignantib. verbum poteſtatis alias ambiguum coarctatur, ad poteſtatem in homine qui eſt ſui juris, qui enim eſt alieni juris ſive in patria, ſive in dominica poteſtate, in tutela eſſe non poteſt, quod ipſum & *Theophil. in princ. tit.* monet.

Ad tuendum eum.] Hic eſt finis tutelæ; & ſimul hoc innuitur, tutorem dari principaliter perſonæ non Rei, de quo plura in ſeqq. Diſtinguitur n. hoc modo tutela à patria poteſtate, quæ ſignificat jus patris in coercendo & adquirendo per filiū; & plane eo modo ad tuendum filium non pertinet, quo tutela ad pupillum tuendum; ex quo etiam eſſe videtur, quod nec autoritate patris impubes filius obligari poteſt *l. ult. §. 2. d. V. O. §. pupillus 9 in fin. inf. de inutil ſtipul.* Ubi dicemus.

Qui per ætatem.] Notant hanc eſſe differentiam tutelę à cura. Eſt an igitur pubes ſe ipſum per ætatem defendere poteſt? Utique non ei fini tutela introducta videtur, ut ab injuſta violentia, quæ in Republ. bene conſtituta nemini, nedum pupillo infertur, pupillus ſit tutus; & præcipua pars defenſionis in judicio requiritur: nec minus pubes etiam hic defenſione opus habet, cum legitimam perſonam utique in propria cauſa ſtandi in judicio non habeat. An dicimus defenſionem pupilli omnino debere fieri per tutorem: non æque minoris per curatorem ordinarium: ſed ſufficere quemvis curatorem ad litem, ex quo nec omnes minores indigent curatore univerſali, de quo *inf. de curat.* Plane cura poſita eſt in adminiſtratione bonorum, & curator non perſonæ, ſed Rei dari dicitur. Alia ratione hoc recte refertur inter differentias tutelæ & curæ; quod omnis tutela eſt propter defectum ætatis; non autem omnis cura cum & quidam majores 25. annis accipiant curatores, de quo *infr. d. l.* Atque ita etiam ſepara-

ſeparantur à poteſtate patria, quæ ætate liberorum non finitur; curatores autem minoribus quoque propter eorum infirmam ætatem dari (ſed nimirum propter quam nec dum adminiſtrare bona poſſunt ſua) probatur ex *l.1.§.ult. cum l.ſeq. de minorib. l. quod ſi 14. §. curatori 7. de ſoluto l. 4. §. ult. rem pup. ſalu. for.*

Cum autem objectum tutelæ ſit pupillus, locus
2 hic poſtulat, ut & de † pupilli definitione & diſtinctione hic quædam proponamus, cũ nullus cõmodior iſta tractandi locus occurrat. Pupill⁹ in hac materia eſt pſ...na impubes ſui juris; quomodo & definitũ in *l. pupillus 239. de verb. ſign.* & innumeris locis, & cum dicimus, pupillum ſine tutoris autoritate non obligari *l. obligari 43. de obl. & act.* nec aliter hoc verbum accipitur, cum dicimus pupillares tabulas, pupillare teſtamentum; qui iſta nullã vim habent, nec de iis quæritur, niſi poſtquam morte patris filius ſui juris factus eſt. Interdum tamen hoc verbũ tantum ætatem notat, & eum quoque comprehendit, qui eſt in poteſtate patris *l. ult. §. pupillus 2. de V. O.* Pupillorum tres ſpecies ſeu gradus potius ab ætate conſtitui ſolent, ex *d. §. pupillus 9. inf. de inutil. ſtipulat.* infantis, proximi infantiæ, & proximi pubertati, ubi ultro apparet, alio ſenſu dici proximum pubertati, alio proximum infantiæ: Illum qui nec dum pubertatem attigit; hunc, qui infantiam eſt egreſſus; nec aliter poteſt, quippe cum à prima nativitate dicatur infans. Receptum porro eſt apud Doctores, infantiam dici uſque ad ſeptimum, per *l. ſi infanti 18. in pr. C. de iur. delib.* cum quo convenit *l. 1. §. 2. de admin. tut.* Cum autem infans dicatur qui fari non poſſit, & ipſa proprietate verbi & textib. quoque iuris *l. 1. in pr. de V. O. l. 3. §. 2. de tutelis l. 2. & l. ſervum 6. rem pup. ſalu. fore l. mulier 70. de V. O.* Utique conſtat ante ſeptimum ætatis annum, quin tertio aut altero quoq; anno pueros loqui poſſe. Itaque dicendum eſt, loqui, intelligi emphatice, ita loqui, ut aliquomodo diſcernere poſſint, & intelligere quid loquatur & agatur, quomodo hoc explicat *Theoph. in d. §. 9. inf. de inutil. ſtipul.* τὸν loquitur de eo qui ſeptimum annum agit) οὐ γὰρ ἐκφωνῆσαι δύναται τὰ ῥήματα, ἀλλὰ διαγινώσκειν δύναται ὅτι ποτὲ τὰ λεγόμενα. Hi quamvis eloqui verba poſſit, tamen nequit diſcernere, quid ſibi velint ea quæ dicũtur. Ab hoc igitur tempore, & impleto ſeptennio incipit altera pars pupillaris ætatis, quæ dicitur infantiæ proxima, ubi aliquid intelligere incipiunt pupulli, ut ex eo perſpicuum eſt, quæ hac ætate recte contrahuntur ſponſalia, *l. in ſponſalib. 14. de ſponſal.* quæ utique requirunt aliquem conſenſum. Itaque quod Iuſtin. *in d. §. 9.* ſcribit huiuſmodi quoque pupillos nullum habere intellectum; vel de intellectu perfectiore vel comparative accipiendum eſt, dum hi pupulli cum alijs comferuntur; quo ſenſu & ſecundum ſubiectam materiam dictum eſt in *§. 1. inf. quib. non eſt perm. fac. teſt.* de omnibus pupillis, nullum eſſe eorum animi judicium. Ceteroquin in his pupillis & in altero gradu huius ætatis eſſe aliquid intellectus, ex ipſo *d. §. pupillus 9. inf. de inut. ſtip.* probatur, ubi idem jus illis tribuitur quod pubertati proximus; nimirum, ut ſibi alios obligare, & quævis cum tutore recte agere poſſint; de quib. agitur in *l. in negotiis, 5. de Reg. Iur.* ubi dicitur, pupillos qui fari poſſũt, omnia recte agere poſſe: nã quod ibidẽ additur, eos non intelligere actum, ad veram & perfectam intelligentiam referendum eſt, & ſatis eſt intelligere eos quod loquuntur; quomodo etiã accipitur in *l. 6. ſub rem ſalu. fore.* non intelligere eum quid agat, quamvis ibi ſaltem pro ſolemnitate interveniat ſtipulatio; in cujuſmodi terminis etiam infans cum tutore aliquid agit in *l. ſervo 65. §. 3. ad SC. Trebell.* quoniam etiam in hoc aliquis eſt ad rem affectus, ex quo rem donatã adquiri infanti, quoad poſſeſſionem corporis, traditum eſt in *l. 3. C. de adq. poſſ.* Itaque diverſo reſpectu pupillus proximus infanti dici non intelligere quod agitur, ut *ſup. dd. textib. & in l. 1. §. huic 13. de O. & A.* & tamen aliqua intelligere, quomodo in *l. 1. §. 3. inf. de adq. poſſ.* ibi *ſi ejus ætatis ſint, ut intellectum capiant,* ut ſcilic. aliquid intelligant, ubi & hoc notandum, favorabiliter quædam admiſſa eſſe, præter rigidam juris rationem, veluti quod infans tutore autore poſſidere poteſt, quod utilitatis cauſa receptũ dicitur *l. quamvis 32. §. 2. de adq. poſſ.* Ceteroquin ut pupillus quid faciat tutore autore, ipſum quoque intelligere aliquid neceſſe eſt. Et igitur ut includamus eſt pupillus quidam infans, quidam proximus infantiæ, non infans, ut dicitur in *l. pen. de manum. vind.* Et adeo conſequenter, ut initio propoſuimus, ſũt tres gradus pupillaris ætatis, nam de tertio & proximo pubertati, quam fere ætatem 12. aut circiter anno definiunt, non dubitatur, quin tam pupillus omnimodo etiam intelligat quod agatur, qui & doli capax dicitur *l. pupillum 111. de Reg. Iur. l. impuberi 23. de furtis,* de quo accipienda *l. 5. § 2. in fin. ad L. Aquil.* Hoc adiectiſſe volumus breviter: nam omnia quæ circa pupillos diſputantur, hic tractare, locus iſtius non eſt. Iam in textu pergamus.

Iure ci-

Digitized by Google

Iure civili data ac permiſſa.] Dicitur juris civilis, ſicut & nuptiæ & patria poteſtas ſucceſſiones, teſtamenta, &c. ad jus civile referuntur, quæ tamen eſſetia ſua ſunt à jure gentium; & teſtatur ipſe *Iuſtinian. in §. pen. infr. de Attil tut.* ut impuberes ſint in tutela, jure naturali conveniens eſſe; quod & pleraſque gentes ſecutos eſſe haud dubium eſt; & de Athenienſibus teſtis eſt oratio inſignis *Demoſthenis contra Aphobum.* tutorem ſuum; mala autem propria habet tutela apud Romanos, propter quæ non immerito ad jus civile refertur. Rurſus jure civili aut directo, aut per conſequentiam, ut loquitur ipſe *Vlpian. tit.* 11. & exemplum eſt *inf. tit.* 17. Et amplius jure civili ſive Legib. veterib. aut novis, ut ex ſeqq. patebit. Ait *Data & permiſſa,* ubi verbum *permiſſa* videtur omnimodo deſignare teſtamentariã, arg §. *ſeq. in princ.* Verbo *permiſſum.* Verbũ data, pertinet ad tutelam legitimam, quippe quæ immediate conſtituta eſt per L. 12. tabb. cujus tamen verba in hanc rem non exſtant, ſed atteſtatur Vlpian. *tit.* 11 §. 2. ubi ait per Legem 12. tabb. propalam legitimam adgnatorum tutelam induci, & Lex 12. facit tutores *l. legitimos §. 5 in pr. de legit. tutor.* Ad permiſſionem autem teſtamentariç referri ſolent verba vulgata L. 12. tabb. *uti quiſq; legaſſit ſuper pecunia tutelave, &c.* Sed & ſub hoc verbo dicendum fuerit cõprehendi dativam; aut an forte de ea nihil cavit L. 12. tabb. Sed ea poſtea neceſſitate ſuadente acceſſit, ex novis LL. ut dicetur *inf de Attil. tut.*

Tutores ſunt.] Argumentum à coniugatis, una cum notatione tutorum, à tuendo; hoc n. eorum officium eſt, ut ipſa oſtendunt definitionis verba, *ad tuendum eum.* Altera notatio, (quç pro confirmatione additur) & etymologia verbi *Æditui* † ab ædibus ſacris tuendis, non caret dubio. Sane ita *Varro* 6. *de Ling Lat.* Tutor, inquit, duo ſignificat, unum ab aſpectu: alterum à curando ac tutela: quo quidam etiam illum qui curat ædes ſacras, æditum non æditumum; & *Paulus ſive Feſtus:* Æditnus, ædis ſacræ tuitor, ſive curam agens; & *Non Marc. c* 2. *ſub lit A.* Æditnor, id eſt, ædem tueor; Et tamen verendum, ne ſcribendum ſit, *æditimus*, ita ut *TIMVS* nihil ſit quam productio verbi, ut olim exiſtimaſſe Servium refert *Cicer. in Topicis.* & magis probat *Gell. lib.* 12. *cap* 10. *Varro* 1. *de re ruſt. cap.* 2. in pr. *Æditimo,* ut dicere didicimus à patribus noſtris, ut corrigimur à recentib. urbanis, *Æditno.* Illud ſane videtur inſulſius, quod extat apud Feſtum ſive Paulum potius, & Grammaticum Soſipatrum Chariſium; ut æditimus dicatur qui ædem ſervat, quaſi ædis Intimus.

TEXTUS.

3. Permiſſum eſt itaque parentibus liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, teſtamento tutores dare. Et hoc in filios filiaſque procedit omnimodo, nepotibus vero neptibuſq; ita demum parentes dare tutores teſtamẽto poſſunt, ſi poſt mortem eorum, in poteſtatem patris ſui non ſunt recaſuri. Itaq; ſi filius tuus mortis tuæ tempore in poteſtate tua ſit, nepotes ex eo ex teſtamento tuo habere tutores nõ poterunt, quamvis in poteſtate tua fuerint: ſcilicet, quia mortuo te in poteſtatem patris ſui recaſuri ſunt.

COMMENTARIUS.

1 *Tutela hac pura & mixta.*
2 *Qui non jus habeant dandi.*
3 *Confirmatio duplex.*
4 *Tutor exharedato datus,*
5 *An mater det tutorem.*

SIcut teſtamentariæ ſucceſſionis & hæreditatis *l. quamdiu* 89. *d. R. I l quamdiu* 39. *de adquir. hæred* ita & teſtamentariæ tutelæ prima & potior cauſa eſt in *pr. inf. tit.* 15. *l. ſi tutor.* 9. §. 1. *in f. de tut. & rat. diſtr.* Ergo pater liberis jure dat tutorem; unde colligit Hot. poteſtatis patriæ jus etiam poſt mortem durare: parum ſubtiliter. Nimirum cum pupillus neceſſario habere deberet tutorem vel legitimum vel à magiſtratu datum placuit merito, parẽtibus hoc potiori jure permitti, qui optimum conſilium pro liberis capere intelliguntur. Tutorem autem dant parentes.

Liberis impuberibus.] Hi enim tantum egent tutore puberes non habent tutorem ſed curatorem, quem an pater teſtamento dare poſſit, tractatur in §. 1. *infr. de curatorib.*

Quos in poteſtate habent.] Legimus autem tutorem etiam dari emancipatis §. *ult. infr. h. t.* Item naturalibus liberis *l. ult. C. de conf tut l.* 7. *D. eod.* Itẽ tutorem dari à matre *leg.* 4 *d teſtam. tut. l.* 4. *C. eod* imo etiam à patrono, patruo, vel alio extraneo *l.* 1. § 1. *l* 5. *de conf. tut.* Legimus etiã codicillis ab inteſtato dari tutorem *l.* 1. §. 1. *de conf. tut.* aut teſtamento non juſto ſive imperfecto *l.* 3. *de confirm. tut. l.* 2. *C. eod.* cum tamen hoc §. requiratur, ut detur tutor teſtamen-

to, quod intelligitur juſtum & perfectum. Quæ ut expediantur, ita diſtinguendum ſtatuo, quod
1 tutela teſtamentaria alia eſt pura, alia mixta: puram dico, † quæ ex ſola diſpoſitione ultima citra aliud adminiculum vires ſumit. Hoc an locum habeat ex tribus æſtimatur, ex perſona dantis, ſi eſt pater, ex perſona ejus cui datur, ſi ſit impubes in poteſtate: & ex modo dandi, ſi fiat teſtamento perfecto, juxta hunc §. in quo omnino agitur de tutela teſtamentaria pura. Ex his tribus ſi unum deficiat, fit tutela mixta, & alio adminiculo opus eſt. Adminiculum iſtud duplex, inſtitutio pupilli, & confirmatio magiſtratus, quod poſterius facit præcipue mixturam, ut ſcil. tutela partim teſtamentaria, partim dativa cenſeatur. Confirmatio iſta
2 rurſus duas habet ſpecies; † alia enim eſt ſimplex & nuda adprobatio: alia requirit quid aliud; & iſtud aliud rurſum duplex: & vel eſt inquiſitio, vel ſatiſdationis exactio præſtatioque. Satisdationem exigunt tantum minores magiſtratus, *l. tutoris 5. de conf. tut.* de quo *inf. §. ult. de ſatisdat. tut.* & vero eam exigere coguntur *d. l. 5.* Majores confirmant aut ſimpliciter per decretum, aut adhibent inſuper inquiſitionem, in bona ſcil. & mores, an tutor ſit idoneus. Variant itaque iſta tum à qualitate magiſtratuum, qui confirmant: tum, quod præcipue notandum eſt, à qualitate perſonarum quæ dant tutores; nam perſonam cui datur, omnimodo
3 oportet eſſe pupillum. Et in ſumma † intereſt, an ille non jure dederit tutorem, (jure enim κυρίως dicitur datus tutor, ubi tutela pure teſtamentaria eſt, & ſupra tria concurrunt) cui aliàs jus dandi eſt ex L. XII. Tabb. an cui jus dandi non eſt. Ille qui jus dandi habet, uno nomine eſt pater; qui non habens, ſunt reliqui omnes, mater, patronus, patruus, alius extraneus. Et pater dupliciter non rite aut jure dat tutorem, ſi dederit codicillis non confirmatis teſtamento, aut alias teſtamento non juſto nec perfecto, & ſi dederit tutorem emancipato. Et hoc tribuitur reverentiæ & juri paterno, ut tutor datus confirmetur ſimpliciter *§. ult. h. t. l. §. 2. de conf. tut.* ubi additur *ut plurimum.* quia ex cauſa poteſt adhiberi inquiſitio, veluti in caſibus qui proponuntur *in l. in confirm. 8. cum 2. ll. ſeqq. de conf. tut.* Notant limitationem ex novo jure, ubi teſtamentum vitium habet, quia factum contra formam *N. 115. c. 3.* ejuſmodi teſtamento tutor datus, non indigebit confirmatione, quoniam præter inſtitutionem cætera autoritate Legis confirmantur. Vix autem puto recte huc referri *l. hac conſult.* at *§. Ex impreſſ. C. de teſtam.* id enim ad diſpoſitionem ſuper bonis pertinet. Et quod dixi regulariter ſufficere hic ſimplicem confirmationem, oſtenditur *l. 3. de confir. tut.* ubi dicitur ſatiſdationem remittendam eſſe, ubi nimirum magiſtratus minores confirmant: etenim ut dixi, ubi majores inquirunt, ibi minores exigunt ſatiſdationem: quæ loco inquiſitionis ſuccedit: & ubi illi confirmantes non inquirunt, ibi hi confirmantes non exigunt ſatiſdationem, quamvis exiſtimari poſſit, magiſtratus minores non poſſe confirmare ſine ſatiſdatione; ſicut nec ſine hac dare tutores poſſunt, quod ſi ita eſt, accipienda erit *d. l.* in hunc ſenſum, quod iſti tutores non ſint remittendi ad magiſtratus municipales confirmandi, ſed ab ipſis magiſtratibus majoribus confirmari debeant, quod ſuadetur per *§. ult. inf. h. t.* Hoc quod ita dixi de patre procedit in patre legitimo, qui liberos in poteſtate habeat, quibus codicillis dat tutorem; vel habuit, cũ emancipatis dat tutorem: Secus in patre non legitimo, qui ſi liberis naturalibus dederit tutorem, inquiſitione opus eſt *l. naturali 7. in pr. de confirm. tut.* & de ejuſmodi confirmatione accipienda eſt *l. ult. Cod. de conf. tut.* aut diſtinguendum, an pater aliquid iis reliquerit, de quo caſu eſt *d. l. ult.* ut tum ſufficiat confirmatio nuda: an nihil reliquerit, *ut in d. l. 7.* Ego puto tamen aliud ſtatuendum in filio naturali ex concubina nato, de quo eſt *d. l. ult.* & omnino ibi ſimplicem confirmationem non ſufficere: aliud in filio naturali qui in ſervitute ex contubernio, quod eſſentia ſua matrimonium eſt, ſuſceptus fuit, quem & *Juſtin. infr. de ſervili cognat.* cum juſtis liberis ad ſucceſſionem admittit, ut huic poſſit dare tutorem, licet ei nihil reliquerit, ut tamen quia legitimus pater non eſt, requiratur inquiſitio. Ex quo
confirmatur, quod † omnimodo legitime alius 4
pater det tutorem filio exheredato, ut nec confirmatione ulla opus ſit, quoniam (quod utrumque in patre naturali deficit) & legitimus pater eſt, & filium in poteſtate habet; quo fit, ut etiam exheredato filio ſubſtituere poſſit *§. non ſolum 4. infr. de pup. ſubſtit.* quandoquidem exheredatus & in poteſtate & ſuus manet, ut oſtendemus *add. 4. §.* Et probatur iſta ſententia per *l. 4. eiſdem tut. junct. l. ſi pater 31. eod. tit.* ubi paſſim prædicatur de exheredato & inſtituto, quod pater eis tutorem dare poſſit. Item probatur ex *l. jure 26. §. 2. d. t.* ubi tutor exheredato datus, ubi pronunciatum eſt pro teſtamento, ex hoc dicitur eſſe tutor: ceteroquin, ſi contra teſtamentum ſit ſententia lata, vires ſumit

ex de-

ex decreto prætoris, quod propter incertum eventum judicii interim interponitur. Et quod dicitur *in l. ſæpe 53. in pr. de V. S.* tutorem ſeparatim ſine pecunia dari non poſſe; non ſignificat, quod non poſſit dari tutor ei qui non eſt inſtitutus, vel etiam qui plane nihil accepit: ſed quod nemo poſſit tutorem dare, niſi teſtamento, quo etiam dationis ſuę ritus ſecundum LL. diſpoſuit.

5 Hæc de patre. Mater † & reliqui ex Lege jus dandi tutores non habent, itaque tantum ex humanitate ſuſtinetur datio, ita ut non ſufficiat confirmatio ſimplex, ſed inquiſitio aut ſatiſdatio ſit neceſſaria. Humanitatis ratio, & cur hæc datio fuerit hactenus admiſſa, pendet ex eo, quod iſtæ perſonę pupillos inſtituunt heredes, ut non tam perſonę quam in rem & quaſi curatorem dediſſe videantur. Hoc ita de aliis extra patrem probatur *in l. 1. §. 1. l. 4. & 5. de confirm. tut.* & in terminis de matre, quod hic opus ſit inquiſitione, (tum quia ut diximus jus dandi ex L. non habet, tum quia, qua ratione Dd. utuntur, fragile & infirmum eſt muliebre conſilium) & quod oporteat pupillum eſſe heredem inſtitutum probatur *in l. 2. de conf. tut. l. pater 4. de teſtam. tut. l. pater 68. §. 2. de legat. 2.* & aperte *l. ult. §. ult. in fi. qui pet. tut.* Itaque *in l. mater. 4. C. de teſtam. tut.* quæ contradicit, aut cum Cujacio negotio expungenda eſt, aut dicendum, aliquando ex cauſa & circumſtantiis poſſe magiſtratum etiam confirmare tutorem, quem mater filio pupillo non inſtituto dedit. Illud inſuper hic monendum, quod licet mater cum ceteris v. c. patruo, patrono, ita conferatur, ut nuda & ſimplex confirmatio non ſufficiat, hanc tamen eſſe differentiam, quod ubi tutor datus eſt à patruo vel patrono, cum magiſtratus majores confirmare non ſolent regulariter, ſed fere remittere confirmandum ad magiſtratus municipales, ex quo fit, ut hi tutores, quod onus ſatis grave eſt, cogantur præſtare ſatisdationem *l. tutores 5. de conf. tut.* at cum tutoribus datis à matre hactenus videtur mitius agi, ut non onerentur ſatisdatione, ſed ab ipſis magiſtratibus majoribus ex inquiſitione confirmētur, quæ ſententia eſt *l. 2. de conf. tut.* quod ſi tamen v. c. prætor & hos remittat confirmandos à minoribus magiſtratibus, & hi ſatiſdare tenebuntur. Apparet ex his, tutelam teſtamentariam quam dixi eſſe mixtam, non eſſe æqualiter talem. Nam cum confirmator ſit, quodammodo dare *arg. l. 6. de iuriſdict.* quo plus minuſve eſt in confirmatione, & plus minuſve datio teſtamento facta accepit à cōfirmatione magiſtratus, eo plus minuſve quoque tutela ad teſtamentariam accedit, & teſtamentaria eſt. Et nimirū ſi pater tutorem dedit filio emancipato, vel dedit codicillis tutela magis eſt teſtamentaria, quia ſimplex ſaltem accedit confirmatio & approbatio, & perinde ut in aliis teſtamentariis non opus eſt ſatiſdatione: ubi autem alii dederunt, videtur magis eſſe dativa, quia confirmatio fit cum inquiſitione aut exacta ſatisdatione. Itaque inepti ſunt, qui ad hanc quæſtionem, an tutor confirmatus magis ſit dativus quam teſtamentarius, ſine diſtinctione reſpondent. Denique cum mixtum dicatur, quod de duobus pluribuſve participet, addendum eſt, in quibus iſta tutela ſit mixta, & quænam trahat à tutela teſtamentaria pura & dativa pura. Prima cauſa hujus mixtæ tutelæ eſt ex teſtamento, & hic tutor præfertur legitimo arg. *l. idem 27. in fin. pr. de teſtam. tut.* cui alias cedit dativus, idq; interpp. hic communiter probant contra gl. & ab ordine titulorum confirmant, & text *l. pen. in pr. de curat. fur.* ex quo etiam fit, ut qui recuſat hanc tutelam ſibi delatam, quod teſtamento relictum eſt, perdat *l. Neſennius 32. de excuſat. tut.* Ex adverſo quodammodo proxima cauſa videtur eſſe à magiſtratu, (quamvis ſane non eſt in arbitrio ejus regulariter, an defuncti judicium ſequatur nec ne, arg. *d. l. pen.* & ibi fortius in terminis curatoris à patre dati) & qui confirmat, quodammodo dare videtur *arg. d. l. 6. de juriſdict.* cum & hoc occurrit, quoniam ita datus, non obligatur periculo tutelæ ante confirmationem *l. 1. C. de teſta. tut. l. 1. & 2. C. de confirm. tut.* quod in vero & pleno teſtamentario tutore ſecus eſt *l. 1. §. 1. de adminiſt. tut.* Amplius ubi adeſt verus teſtamētarius, nulliter datur tutor à magiſtratu: at ubi cōfirmatio requiritur, datio utilis eſt, *l. 3. C. de conf. tut.*

Si poſt mortem eorum.] Hoc dependet *ex ex pr. tit. præced.* & quod non ſemel diximus, in filio eſſe potentia patriam poteſtatem in liberos ex ſe natos, quæ mortuo avo deducatur in actum: qui autem mortuo teſtatore ſunt futuri in alterius poteſtate, hi tutores habere non poſſunt.

TEXTUS.

Cum autem in compluribus aliis cauſis poſthumi pro jam natis habeantur, & in hac cauſa placuit, non minus poſthumis, quā jam natis tutores teſtamento dari poſſe: ſi modo in ea cauſa ſint, ut ſi vivis parentibus naſcerentur, ſui heredes & in poteſtate eorum fierent.

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

QUid ſit poſthumus, & quotuplex, & unde dictus, tractabitur *inf. lib. 2. de exhered. liber.* Apparet hic intelligi eum qui tempore teſtamenti facti adhuc in vtero eſt; & qui quoties de commodo eius agitur, fere pro nato haberi ſolet *l. qui in utero 7. & 26. de ſtat. hom.* favorabile autem habetur, ut liberi patris teſtamento accipiant tutores, qua ratione ex *d. l. 7.* utitur Iuſtin. hic, poſſit autẽ videri potior ratio à jure & poteſtate patris, in iſtos quoque, qui necdum quidem nati, ſed eius cõditionis ſunt, ut ſi tempore teſtamenti naſcerentur vel nati eſſẽt, ſui heredes eſſent futuri; ex quo fundamento poſthumus quoque ſubſtitui docet §. non ſolum 4. in *fi. inſt. de pupill. ſubſt.* imo & ipſi exheredari poſſunt. §. 1. *inf. de exhered. liber.* Et iſtis nimirũ poſthumis recte datur tutor, ut docet *Iuſtin. h. §. in verſ. ſi modo.* Talis poſthumus eſt, qui in vtero uxoris eſt & (cuius gratia præcipue ad effectum iſtud eſt, quoniam manente eodem ſtatu teſtatoris non poteſt non talis eſſe qui in utero uxoris eſt) qui ex nuru uxore filii, in poteſtate, viuo avo teſtatore tempore teſtamenti jam conceptus, poſt præmortuo vel emancipato, aut in adoptionem dato filio, naſciturus eſt; hic enim fit ſuus & adeo in poteſtate, ita ut poſt mortem avi in alterius poteſtatem recaſurus non ſit: ceteroquin non poſſit dici ſuus, Neque enim nepotes quos filius in poteſtate præcedit, aut ſui ſunt, ut tractatur *inf. lib. 2. tit. 19.* Quoniam autem effectus ſuitatis præcipue ſpectatur in hereditate & ſucceſſione, & ſuus eſt quaſi epitheton quoddam heredis, ideo recte hoc §. legitur ſui *heredes* & impudenter illud verbum expungit Hottom. quem etiam aut non intelligo, aut abſurde ſcribit, ſuum eſſe & dici, qui eſt ſui juris; cum ſui appellatio aliam hic habeat ſignificationem, ut maxime is, qui effectu ſuus heres eſt, non poſſit non eſſe ſui juris.

TEXTUS.

Sed etſi emancipato filio datus à patre tutor fuerit teſtamẽto, confirmandus eſt ex ſententia præſidis omnimodo, id eſt ſine inquiſitione.

Ad hunc §. quæ pertinent, dicta ſunt ad §. *permiſſum 3. cap. h. t.*

AD TITULUM XIV.

LIBRI PRIMI INſtitutionum.

QVI TESTAMENTO TVTOres dari poſſunt.

TEXTUS.

1. Dari autem tutor poteſt teſtamento, non ſolum paterfamilias, ſed etiam filiusfamilias. Sed & ſervus proprius cum libertate recte tutor dari poteſt. Sed ſciendum eſt, eum & ſine libertate tutorem datum, tacite directam libertatem accepiſſe videri, & per hoc recte tutorem eſſe. Plane ſi per errorem quaſi liber tutor datus ſit, aliud dicendum eſt. Servus autem alienus jure inutiliter teſtamento datur tutor. Sed ita, *cum liber erit*, utiliter datur: Proprius autem ſervus inutiliter eo modo tutor datur.

COMMENTARIUS.

TRactatio de tutela teſtamẽtaria quatuor capp. abſoluitur, qui poſſint dare tutores, & quibus, qui poſſint dari, & quomodo. Duo priora explicata ſunt tit. præc. poſteriora duo hic exponuntur.

Sed etiam filiusfamilias.] Hoc non proprium eſt tutelæ teſtamentariæ, nã & à magiſtratu filiusfam. tutor dari poteſt *l. ſi filius 7. de tutel.* De teſtamentaria eſt *L. Lucius 21. de admin. tut.* Legitima autem filiofam. deferri non poteſt; quoniam ſemper eſt pater gradu præcedit. Duo autem huic loco objicit Hotto. 1. quod qui in poteſtate eſt alium in poteſtate habere non poſſit. *l. ſic evenit 21 de adult.* 2. quod qui omnia adquirit patri, non videatur debere adminiſtrare patrimonium alterius. Prior objectio perſpicue inepta eſt; quoniam regula d. l. 21. loqui-

21. loquitur de poteſtate ejuſdem ſpeciei, non de diverſa; & poteſtas tutoris homonyme ita dicitur collata cum patria & dominica. Nec difficulter ad poſteriorem reſpondetur; quod nimirum non defectus judicii aut conſilii facit filiumf. inhabilem adquiſitionis, ſed merum jus poteſtatis ex LL. Romanis; ceteroquin nec adminiſtratio Reipubl. filiisfam. eſſet permittenda; atquin cum hactenus patrumfam. loco cenſeantur *l. filiusfam. 9. de his qui ſunt ſui jur.* nihil impedit, quominus filiusfam. recte bona pupilli adminiſtret; idque exemplo peculii caſtrenſis, & quaſi caſtrenſis, in quibus loco patrisf. habentur filiifam. *l. 2. ad Macedon.* cum etiam ſint caſus, quibus adventitia jure ſuo adminiſtrât, præſertim jure noviſſimo *l. 7. & ult. C. de bon. quæ liber. N. 117 cap. 1.* & omnino iſta poteſtas publica magis quã privata eſt, de quo *infr. de excuſ. in pr.* Et hinc Dd. hic notant, filium ſine conſenſu patris qua tutorem in judicio eſſe & patrem ſine venia in jus vocare poſſe, nomine quippe alieno; nam alias quod patrisfam. loco eſt, non concluditur cum emancipatus venia opus habeat.

Servus proprius.] Quod de ſervis h. §. traditur proprium eſt tutelæ teſtamentariæ; ſervus enim nec agnationem, nec cognationis jura habet, & à judice tutor dari nequit. In univerſum ita diſtinguendum eſt; quod ſervus aut datur Tutor teſtamento per errorem, dum teſtator eum putat eſſe liberum; & inutilis eſt datio *h. §. verſ. plane*; ratio generalis, quia error excludit conſenſum & voluntatem *l. ſi per 15. de juriſdict.* (poteſt autem fieri ut ſervus meus ſe pro libero gerat, præſertim ſi forte ex cauſa hereditaria obvenerit) aut datur ex certa ſcientia; & hic datur tutor ſervus vel proprius, vel alienus. In utroq; duplex tractatur caſus; ſi ſimpliciter ſine libertate, *Stichus tutor eſto*, &, ſi cum libertate adſcripta, tutores dati fuerint; qui caſus ſubſtingui poteſt, quod aut pure datur tutor, *Stichus tutor & liber eſto* vel ſub conditione, *Stichus cum liber erit, tutor eſto.* Dicamus primo de ſervo proprio, certum eſt, eum cum libertate recte tutorem dari: *h. §. in pr.* Certum & hoc eũ inutiliter dari ſub conditione, cum liber erit, *h. §. in fin.* quia cum ſit in poteſtate domini libertatem dare, qui ita diſponit, videtur jocari & ludere; veluti ſi quis dicat, Hæc res ſibi empta ſit ſi voluero, vel, ubi eam vendidero, & quod in noſtra manu eſt & poteſtate, in caſum conferri non debet, ut Theoph. hic ait, quamvis iſtud non ſit perpetuum. Supereſt tertius caſus, ſervi proprii dati tutoris ſine libertate, *Stichus ſervus meus tutor eſto.* Et Juſtin. hic ſcribit, eum tacite videri accepiſſe directã libertatem. Sed contra fideicommiſſariam ex hac cauſa competere reſcriptum eſt in *l. etſi 9. Cod. de fideicomm. liber.* & reſponſum ab *Vlp. in l. ſi hæreditas §. ult. de teſtam. tut.* ubi hactenus comparat ſervum proprium & alienum, ut ſi pure ſint dati tutores ſine libertate, in utriuſque perſona defendatur fideicommiſſaria libertas Hottoman. amplius ex reſponſis Papiniani & Pauli probat, ſervo proprio competere directam libertatem, per *text. in l. qui tutelam 28. §. 1 & l. quæro 32. §. 2. de teſtam tut.* quos textus cum ceteris conciliari poſſe negat. Ego exiſtimo olim ſervo tantum competiiſſe libertatem fideicommiſſariam, idque ex humanitate receptum, cum ſtricto jure datio inutilis eſſet, & maneret ſervus, quod communius olim in ſervo ſine libertate herede ſcripto obtinuiſſe ipſe ſcribit *Juſtin. in §. idemq; 2. ſup tit. 6. & in §. 1 infr. de hered inſt.* Quod ſi quæras, ſi pupillus ſolus ſit heres ſcriptus, quomodo ſervus poſſit pervenire ad libertatem; reſpondetur, vel quod ad hunc actum ſingularem detur extraordinarius tutor, quod & alias contingit, de quo *in §. certa inf. h. t.* vel quod pupillus habeatur hactenus pro abſente, ut libertas fideicommiſſaria poſſit repræſentari ex SCto Daſumiano, ut accidit *in l neq; 36. in pr. l non tantum 51. §. 4 de fideicomm. libert.* atque ita removetur iſta objectio, quam late latis Theoph proponit, inepte autem idem dubitat, an hæc ſit juſta manumittendi cauſa; quæ quia plane eſt ſingularis, ex voluntate teſtatoris procedens, ideo in numero juſtarum cauſarum *ſup. titulo 6.* relata non eſt: Et hoc quod dixi de SCto, diſerte probat *Paulus 4. ſent. 13. de fideicom. in fin.* Et ex textibus ab Hottom. citatis nego probari directam libertatem. Et quod attinet *ad d. l. 32. §. 2. de teſtam. tut.* reſpondeo, non quod Cujac. ex adjectione prænominis *Lucius*, quod liberorũ proprium erat præſumi directam libertatem: ſed, quod ibi dicitur, ſtatim & ab hereditate adita ſervum liberum fieri, non ſignificare, quod directo & citra factum heredis & manumiſſionem fiat liber: ſed cũ ibi ſervus ætate minor, & adeo ad tutelam actu gerendam inhabilis tutor datus eſſet, ſtatim liberum fieri, opponitur tempori legitimæ ætatis 25 annorum, ut favore libertatis ſervus ſtatim manumittatur, qui non niſi ea ætate completa, qua gerere poteſt tutelam, quæ cauſa libertatis eſt, manumittendus videbatur. Porro *d. l. 28. §. 1. de teſtam. tutel.* magis oppugnat ſententiam Hottomanni; quoniam ſi datione tutelæ directa libertas contineretur, ſervus ante per fideicommiſſum manumiſſus, recta tutor

 & liber

& liber fieret; neque enim dubitari poteſt, quin ſi poſt datam fideicommiſſo libertatem, ſervum directo liberum eſſe jubeat teſtator, prævaleat ſcriptura poſterior. Sed enim in d. l. teſtator, tutorem dediſſe ſervum intelligitur, ut perſiſteret in ante data libertate fideicommiſſaria; quod ideo non recte fieri ait Papinianus, quoniam ea tutela vere & recte teſtamentaria dicitur, quæ ſine alio adminiculo ex ſolo teſtamento competit: quod iſto caſu locum nequit habere, ubi prius ſervus manumittendus eſt ab herede, antequam ſuſcipiat tutelam. Sed quid dicemus ad hunc §. noſtrum? Et duplicem video tradi ab aliquibus reſponſionem & conciliationem. Una eſt; quod Juſtin. hic opponat ſervum proprium alieno, qui ex ipſius ſententia, ſimpliciter datus tutor, inutiliter penitus datur: ſervus autem proprius utiliter; ut eo reſpectu cum proprius ſervus libertatem conſequatur, videatur ex ipſa tutelæ datione liber fieri, maxime cum Juſtinianus dicat, Eum *VIDERI TACITE* conſequi libertatem. Altera non longe hinc abit, quam proponit *Char. 2. veroſim. ult.* nõ eſſe ſcopum Juſtiniani hic tractare quæ & qualis libertas competat ſervo, ſed tantum quod ei cõpetat libertas, & quidem per ipſam tutelæ dationẽ, cui datio libertatis ineſt. Nihil ſane mirum ſit Juſtinianum favore libertatis aliquid novi ſtatuiſſe; & quidem ad illud exemplum, quo etiam ſervo inſtituto ſine libertate dat directam libertatem: quo argumento etiam utitur *in l. quidam, pen. in pr. C. de neceſſ. ſerv. her. inſtit.* quamvis ex illo ipſo loco modo dicta cõciliatio & explicatio hujus §. probatur. Argumentatur enim ibi Juſtin. à ſervo ſine libertate tutore dato, ad ſervum ſine libertate inſtitutum heredem: ait jure hoc indoctum (& loquitur de jure anteriori) ut ex ipſa tutelæ datione præſumatur ſervo conceſſa & impoſita libertas; ſecundum quem locum hic quoq. §. erit explicandus: probavimus autem, ante Juſtinianum, ſervo competiiſſe libertatem fideicommiſſariam. Nec quiſquam hic urgeat & objiciat comparationem ſervi tutoris dati & heredis inſtituti, cõparantur enim hactenus ut uterq; efficiatur liber, non autem, ut eodem modo. Et differentiæ ratio manifeſta eſt, tum quod longe plus eſt in hereditatis, quam in tutelæ datione, tum quod ſervo tutore dato eſt, qui ipſum manumittat: atqui in ſi ſervus ſolus heres inſtitutus ſit, aut ceteri repudient, (quod maxime fit, ubi ſolvendo non eſt defunctus, quæ res huic juri præbuit occaſionem, ut apparet ex §. *idemq. ſupra tit. 6.*) non eſt qui manumittat ſervum; ut adeo ipſa eo neceſſitatem dedoxerit, ut ſervus directo liber fieret: cum alias etiam non conveniat, cohæredem à cohærede manumitti; & imo omnem qui jure heres eſſe debet, tẽpore mortis teſtatoris capacem eſſe oporteat. Illud autem ineptum eſt argumentum Hottomanni, quod qui vult conſequens etiam velit antecedens, & quod teſtator cum ipſa tutela etiam libertatem dediſſe intelligendus ſit. Satis enim dedit, ſi ſervus per fideicommiſſum manumittitur; tum etiam iſta regula extra terminos ſuos trahenda nõ eſt; ut vel inde apparet, quod olim frequentius placuiſſe, paulo ante diximus, ſervum ſine libertate fruſtra heredem inſtitutum; Illud quoque ineptum eſt, quod Baro, ut conciliet textus alios cum hoc loco, inter formulam qua teſtator uſus eſt, vult diſtingui; *& d. l. 9 C. de fideic. lib.* ad ejuſmodi caſum reſtringendum, quo v. c. teſtator dixit, Rogo te mi hæres, ut ſervus meus ſit tutor. Quod pene ridiculum eſt fuiſſe.

Hæc de ſervo proprio. Paucula de alieno, conſtat hunc recte tutorẽ dari, *cum liber erit:* Sed ex Juſtiniani ſententia hoc loco dicendum videtur inutiliter eum dari, ſive ita: *Stichus ſervus Sempronii tutor eſto.* ſive, *tutor & liber eſto.* Ait enim pure inutiliter tutorem dari; quoniam ſcil. in ejus manu non eſt, nec heredis, ut ſervus alienus liber fiat. Sed Ulpianus non obſcure & hic putat ex æquitate poſſe ſubintelligi conditionẽ, *Cum liber erit*, quippe ſine qua tutor eſſe non poſſit, ex quo fundamento defendit & huic ſervo fideicommiſſariam libertatẽ *d. l. 10. §. ult. de teſt. tut.* ex quo ſupplendus erit hic locus; & ſæpe in Inſtitut. ſummæ rerum, & propoſitiones breves traduntur, quæ ex aliis locis ſunt explicandæ. Qui defendunt ſervo proprio ſine libertate tutori dato, directam libertatem; reſpondent, quod Juſtin. ſervum alienum inutiliter dicat tutorem ita dari, reſpectu ſervi proprii, cui directa libertas competat, cum alieno tantum competat fideicommiſſaria. ſed repugnat, tum quod ubi libertas per fideicommiſſum competit, non poteſt dici inutiliter data: tum præcipue, quod Juſtin. iſtum caſum opponit alteri, quo ſervus datus eſt tutor cum liber erit; ubi certum eſt competere tantum fideicommiſſariam libertatem; quo caſu cum dicatur utilis eſſe datio, conſequenter, quo caſu inutilis eſſe dicitur, nulla libertas competet. Ant. Contius inutiliter ait dari ſervum alienum tutorem, pure, ſi pure detur, quo ad verba & ſententiam: Licet autem ita datur, *Stichus tu-*

tor

tor eſto, vel, *tutor & liber eſto*, quo ad verba videatur pure datus, tamen non ex ſententia, quoniam ſubintelligatur, ſi à domino redimi poſſit, & omnino cum liber fuerit. Sed enim ea quidem eſt ſententia Ulpiani: atquin nimis divinatorium eſt fingere, in hoc §. intelligi puritatem in verbis & ſententia; nec minus divinatorium eſt, quod Baro Juſtin. de eo caſu explicat, quo teſtator voluit ſervum alienum directo ſtatim liberum eſſe. Quæ nimis commentitia ſunt.

TEXTUS.

2. Furioſus vel minor vigintiquinque annis, tutor teſtamento datus, tutor tunc erit, cum compos mentis aut major 25. annis fuerit factus.

COMMENTARIUS.

POteſt hoc quoq; referri ad perſonas, quæ dari tutores poſſunt; ſed forte rectius ad modũ dandi. Docemur enim cum tutor dari poſſit ſub conditione, *§. ſeq.* id non tantum fieri ſub expreſſa, ſed etiam ſub tacita & ſubintellecta. Eſt autem hoc quoque proprium tutelæ teſtamentariæ: Lex enim pure dat tutorem, itemque magiſtratus *l. mutuo 6. §. 1. de tutel.* Hactenus ſcilicet proprium eſt, quatenus furioſus & minor ſub conditione tacite dari intelliguntur; ceteroquin cum lex ſimpliciter agnatum proximum faciat tutorem, furioſus quoque & minor ipſo jure tutores erunt; de quo *infr. ad §. pen. de curatorib.* Iſtud de furioſo controverſum fuiſſe docet *l. ſi hered. 10. §. ſi furioſus 3. de teſt. tut.* & poſſit videri non ſerio agere qui furioſum dat tutorem, quem utique ſcivit administrare non poſſe, & patris eſt, proſpicere ſtatim pupillo, ceteroquin potius magiſtratus eæ partes eſſe debent, placuit tamen & hoc patri dandum, ut ſub conditione poſſit dare tutorem, quo modo etiam differtur & ſuſpenditur tutela, & ideo quoque ſub tacita conditione tutorem poſſet dare, & de datione teſtamentaria procul dubio accipienda eſt *l. furioſus 12. de tutelis.* Quod autem ad minorem attinet, ponẽdi ſunt termini habiles, ut talis ſit minor, qui ante pubertatem pupilli poſſit 25. annum ætatis implere; ceteroquin ſi forte minor 16. annorum, & pupillus 6. vel 7. annorum ſit, eluſoria erit datio, & tunc protinus dandus erit à magiſtratu tutor. Cur autem minor actu tutor eſſe non poſſit, expedita ratio eſt, quod ipſe, ſi in contractibus læſus ſit, reſtituitur. Et de minore agemus plenius *inf. de fiduc. tut. in fin. & in §. Item major 13. inf. de excuſ. tut.* ubi refutabimus errorem eorum, inter quos eſt *Weſemb. hic*, qui olim etiam à magiſtratu, minorem tutorem dari potuiſſe putant. An autem in locum furioſi & minoris, interim detur tutor an curator, attingemus *inf. ad §. ult. de curatorib.*

TEXTUS.

3. Ad certum tempus vel ex certo tempore, vel ſub conditione, vel ante heredis inſtitutionem, poſſe dari tutorem, non dubitatur.

COMMENTARIUS.

1. *Datio tutoris an actus legitimus, & an ſub conditione.*

HOc quoque teſtamentariæ tutelæ proprium, & viſum eſt hactenus quoq; indulgere patriæ poteſtati: Lex ita tutorem nõ dat, nec judex *l. 6. §. 2. de tutel.* Ex quo notãt dationem †tutoris quæ fit teſtamento non eſſe actum legitimum, quoniam actus legitimi non recipiant diem vel conditionem 1
l. actus 77. de R. I. quod quamvis non ſatis liquidum ſit, & lectio dubia *d. l. 77.* tamen & ipſe puto, non dici teſtatorem Lege agere cum dat tutorem, non magis quam cum legata relinquit: Et Lex XII Tabb. liberam facultatem patri permiſit. Non convenit autem, ut judex & magiſtratus actus ſuos ſuſpendat & relinquat imperfectos: & nuſquam legimus prætorem decretis ſuis aut ſententiis adjeciſſe conditionem: neque enim aditur magiſtratus, niſi cum officio ejus & autoritate opus eſt in præſenti; ceteroquin non neceſſum eſſet ab eo jam petere curatorem vel tutorem, ſi decretum ſub conditione poſſet ſuſpendi. Addunt vulgo & hanc rationem, quod ubi pater ſub conditione dedit, ſit, qui interim vicem ſuppleat & defectum, magiſtratus; ſed nullus alius ſit, qui hujus ſuppleat defectum. Jaſon tamen in addit. ad Porc. ait hanc rationem eſſe periculoſam, quia ſint plures magiſtratus, qui poſſint tutores dare. Reſpondeo, præterquam, quod hoc vix verum eſt, cum fuerint & Romæ & in provinciis certi magiſtratus, & ſinguli quibus hæc res curæ erat (excepto eo de quo dicemus *in §. 5 infr. de Attil. tut.*) inſuper, poſſit etiam alter & ſecundus adjicere diem vel conditionem, & ita res non haberet exitum; quod enim uni licitum eſſet alius quoq; jure uſurparet. Et licet plures ponantur magiſtratus, qui in dandis tutoribus concurrant, attamen uno occupante ceteri amplius tutores dare non poſſe videntur.

Ad

Digitized by Google

Ad certum tempus vel ex.] Nimirum ut tempus adjiciatur, & tamquam terminus à quo, & tamquam terminus ad quem.

Vel ſub conditione.] Addendum, *& ad conditionem:* quæ verba forte exciderunt; quæ enim ratio eſt diei, eadem eſt conditionis, & eſt expreſſum *in l. tutor 8. §. 2. de teſtam. tut. & in §. ſed & ſi infr. quib. mod. tut. fin.* Hinc autem & quod ubi ſub conditione pater dedit tutorem, interim alius datur à magiſtratu, notant Interpp. limitationis loco ad *l. 6 §. 1. de tutelis*, poſſe magiſtratum ſub tacita conditione tutorẽ dare. Sed non ſatis ſubtiliter. Intelligitur enim *in d. §. 1.* conditio ſuſpenſiva, ut non poſſit dare ſub & ex conditione; ſed datur tacite uſque ad conditionem; idq; ſane hic annotandum eſt, commune quadantenus hoc eſſe tutelæ dativæ cum teſtamentaria, ut & illa uſque ad conditionem, ſed eam tacitam dari poſſit, & inſuper uſque ad eam conditionem quam habet tutela teſtamentaria. Idem eſt de die, v. c. ſi teſtator juſſerit aliquem poſt triennium eſſe tutorem: Interim enim tutor datus à magiſtratu, uſque ad triennium tantum tutor erit; neq; valde mirum, cum ipſa tutela natura ſua tempore finiatur. Idque recte notat Br. *in d. l. furioſus 11. de tutel.* quod exempla *gloſſ ad l. 6. §. 1. eod.* pertineant ad conditionem tacitam ſub qua finiatur tutela, non qua ſuſpendatur; & erat proculdubio *gl in d. l. 6. §. 1.* dum limitationem ad eum locum petit ex *d. l. 11.* quam recte Br. accipit de teſtamentaria tutela; cui adeo injuriam facit Angel. hic & male ſequitur opinionem gl. Porro an dicatur habere tutorem, qui habet datum ex die vel conditione, dicemus ad §. pen. infr. de cura. ubi de Regula, Quod tutorem habenti tutor non datur.

Vel ante heredis inſtitutionem.] Apparet hoc aliunde deſcriptum, nam olim dubitãdi ratio erat, quod ante heredis inſtitutionem nihil poterat legari; ſed favor pupillorum in tutela ſuaſit contrarium, ſed poſt illud jus mutatum, quæ mutatio his ipſis Inſtit. libris refertur *infr. de legatis §. ante 34.* nulla amplius ratio dubitandi ſupereſt.

TEXTUS.

4. Certæ autem rei vel cauſæ tutor dari non poteſt: quia perſonæ, non cauſæ vel rei tutor datur.

COMMENTARIUS.

Hoc commune eſt omnib. tutelis. Tutor enim quicunque, datur perſonæ; id arguunt in definitione verba, *ad tuendum eum, &c.* & ibi Theoph. allegat τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελὲς, imperfectionem ætatis, quod habet *Ha. monop. ſ. tit. 11. in ſ.* ubi addit. τὸ τῆς ἐπιτροπείας αἴτιον, (ita enim proculdubio legendũ. Etenim tutor perſonæ quidem datur; ex quo eſt, quod ſupra diximus, etiam exheredato poſſe dari tutorem (licet ſane etiam exheredatus alia bona habere poſſit) itemque quod mater cui jus dandi tutorem ex Lege non eſt, dicitur magis in rem quam in perſonam dare tutorem *l 4. de teſtam. tut.* Perinde ac ſi is verus tutor non eſſet; eo quod pater recte dat tutorem, licet matri omnium bonorum reliquerit uſumfructum *l. tutores 18 C de excuſat. tut.* Sed tamen ſi pupillus bona habeat, hic etiam omnino per conſequentiam datus cenſetur §. *dictus 17. inſ. de excuſat.* à quorum adminiſtratione minime ſe excuſare poteſt, qui tutelam ſuſtinet, ut apparet vel ex *t. ſ. de admin. tut* adeo ut tutor nec poſſit dari perſonæ pupilli deductis rebus *l. cert. 12. de teſt. tut.* ita ut alter bona adminiſtret: quod præſertim ex bonis alendus eſt pupillus. Et utrumq; hoc eleganter expreſſit *Theophil. in §. 1. ſup. de tutel.* Ubi tutores eſſe ait, διὰ τὸ ἀναγκαίαν ἀνάγκην ἔχειν προνοεῖν τοῦ νέου, καὶ τὰ αὐτοῦ φυλάττειν πράγματα, quibus incumbit neceſſitas providere pupillo, & ejus res bonaque cuſtodire. Etiam hoc conſiſtit præcipua differentia tutoris & curatoris, qui principaliter datur rebus & bonis *l. in copulandis 8. de nupt.* Sicut & conſtat curatorem ad unum actum & unam cauſam negotiumve dari poſſe, de quo *in §. ult infr. de aut. tut.* quod ſecus eſſe in tutela hic §. docet. Plane docet diſerte *C. d l. 8.* quod curator tantum ſuſtineat rei familiaris adminiſtrationem; cui fini etiam Marcus conſtituit, omnibus minoribus dari curatores, de quo *inf. tit 23.* In perſonam minoris nihil juris habet. Nec aliud puto curatore furioſi, cum etiam nihil hic ſit quod furioſus gerere poſſit cum tutore, nec aliud in cura prodigorum, nam bonis, quibus prodigo interdicitur, curator datur: & fatendum propterea eſt, cum obligatio inhæreat perſonæ, curatoris adſenſum non facere, ut tanto magis vel minus hi obligentur qui curatorem habent; de quo *inf. in materia obligationum*, quamvis ſane verba, quib. L. 12. tabb. uſa perhibetur. *In eo pecuniaq; ejus poteſtas eſto.* (Cic. ad Heren.) videantur etiam poteſtatem in perſona furioſi inferre. Et ſcilicet ut diximus, per conſequentiam adminiſtratio bonorum quoq; incumbit tutori, quæ connexa eſt cum cura perſonæ ipſius; Ceteroquin ut curet quis tantum bona non ſimul pupillum, tutor dari non poteſt, multo minus ad fin-

ſulate aliquod negotiũ aut actum, quippe qui ſemper remotus eſt à cura perſonæ, tutor poterit conſtitui. Neq; revera ad hæc exceptio eſt, quæ ſumitur ex *l. ſi tamen* 15. *de teſt. tut.* Siquidem ibi nihilominus tutores ſinguli pupilli inſolidum dati eſſe intelliguntur, nec tutela, tam ipſa, quam adminiſtratio diviſa; quod admitti ſuaſit favor ipſorum pupillorum, ut à diverſis, patrimonium pupilli in diverſis provinciis poſitum commodius adminiſtretur, & erit iſte hujus rei effectus, ut pro adminiſtratione unius alter nec in ſubſidium teneatur. Et illum ipſum tamen non ſtricti juris eſſe, docet quod *Ulp. in d l.* 15. ait, eo jure nos uti. Potius exceptio ad hunc locum erit; quod aliquando datur tutor ad actum adeundæ hæreditatis: videlicet, quem caſum ponit *Ang. hic* ſi teſtamento datus ſit tutor pupillo, cum ante aditam hæreditatem nihil in teſtamento ſcriptum valeat *l. ſi hæreditas*, 10. *in pr. de teſtam. tut.* ut per aditionem cõfirmitur tutoris datio, oportebit ad iſtum actum dari tutorem, quoniam teſtamẽto ſcriptus ante illud per aditionem confirmatum, tutor eſſe non poteſt. Idq; procedit ſi pupillus ſit hæres, aut alii cohæredes non adeant; Ceteroquin uno cohæredum adeunte, tutelæ datio confirmata eſt *l. ſi nemo de teſtam. tut.* At an ponimus pupillum ſuum hæredem? & videtur ipſa exiſtentia confirmari tutelæ datio; an forte effectum hunc exiſtentia non operatur; & opus eſt pupillo tutore, quo autore abſtineat ſe vel immiſceat? Poteſt forte & in pupillo emancipato poni caſus. Licet enim hic confirmatione opus ſit § *ult. tit præced.* utiq; tamen confirmationi non videtur locus, antequam teſtamentum ſit confirmatum, ex quo prima tutelæ cauſa eſt. Audivimus hunc tutorem confirmari à magiſtratu recta, ut poſt ejus autoritate adeatur hæreditas; & videbitur tamen hic quodammodo ad adeundam hæreditatem datus, quamvis illa confirmatio ſufficiet, ut poſt aditam hæreditatem alia confirmatione non ſit opus. Eſt & alius caſus quo tractatur de tutore ad adeundam hæreditatem dando; veluti ſi tutor datus provocarit, & interim pendente cauſa ab extraneo pupillus inſtituatur hæres, nec expediat differri aditionem, dabitur tutor ad adeundam hæreditatem; qui caſus eſt *l. cum in unũ* 17. § 1 *de appellat.* Atque ad hanc rem pertinet *l. impuberi* 9. *de tut. & cur. dat.* permiſſum ex cauſa eſſe, ut ad hunc actum tutor detur; & ipſum verbum, *permiſſum* arguit, id ex neceſſitate eſſe receptum; quamvis hic etiam tutor detur perſonæ, non rebus. Adde quæ noto *inf. ad tit.* 20. § *ſed & ſi.*

Itemq; exceptionem ad hunc §. & caſum ex jure veteri; quo tutor ad unum actum dabatur in §. *ult. inſ. de autor tut.*

TEXTUS.

5. Si quis filiabus ſuis vel filiis tutores dederit, etiam poſtumę vel poſtumo dediſſe videtur: qua filii vel filiæ appellatione, & poſtumus & poſtuma continentur. Quod ſi nepotes ſint, an appellatione filiorum & ipſis tutores dati ſint? Dicendum eſt, ut & ipſis quoque dati videantur, ſi modo liberos dixerit: Ceterum ſi filios, non continebuntur: aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane ſi poſtumis dederit, tam filii poſtumi quam ceteri liberi continebuntur.

COMMENTARIUS.

PErtinet ad interpretationem verborum quorundam. Omittit caſum unum Juſtin. quo quia filils tutorem dedit, & hic etiam filiabus dediſſe intelligitur *l. quis* 16. *in pr. de teſt. tut.* Alter caſus eſt, ſi Liberis dederit tutores, & hic primi & ſecundi gradus (qui videlicet in poteſtatem patris recaſuri non ſunt,) continentur, itemq; nati & needum nati, h. §. Tertia quæſtio eſt, ſi dederit tutores filiis vel filiabus, an etiam contineantur nepotes; quod hic negat Juſtin. Legimus in *l filii* 84. *de V. S.* appellatione filii omnes liberos intelligi, idem in *l liberorum* 220. *eod.* Sed nimirum juſta interpretatione *l juſta* 201. *eod. tit.* non autem ex proprietate verbi, quod Dd. fere ita accipiunt ut obtineat in favorabilibus. Sed nimirum juſta interpretatio ſignificat id ita obtinere, ubicunque eadem ratio militat. Ita SCtum quo prohibetur tutor pupillam jungere filio ſuo, etiam habet locum in nepote *l Senatus* 59. *de ritu nupt.* Ita mater, ſi non petierit tutores nepotibus, eorum ſucceſsione privatur *l.* 1. §. *filiis* 28. *ad SC. Tertul.* Et SCtum Macedonianum, quod de filiis locutum eſt, etiam in nepotibus locum habet *l. filium* 14. *ad Maced* Ex quibus locis colligit *Alciat.* 3. *parad.* 14. etiam in odioſis appellatione filiorum nepotes contineri; quamvis ſane iſta non ſint mere odioſa, & v. e. Macedonianum, eſt in odium juſtiſſimum fœneratorum, ſed in favorem parentum; ita in ſpecie *d. l.* 59. eſt favor pupillæ; in ſpecie *l.* 2. §. 28. favor pupillorum itidem. Prorſus ratio ſumma il-

ma illis caſibus, ſuadet extenſionem; quæ nulla eſt in noſtro caſu ut recedamus à proprietate ſermonis, & augeremus nimium tutores, quod nec ipſis pupillis commodum ſit, quorum intereſt per plures negotia eorum curari; & ſatis iis proſpicitur per Legem vel magiſtratum. Plane ſi teſtator nullos filios, ſed ſolos nepotes habeat, appellatione filiorum tum nepotes venient; ne nihil teſtator egiſſe videatur; idque hic Faber notat. Plura de hoc an appellatione filiorum veniant nepotes, *v. ap Br. in l liberorum* 220. *de V. S. & apud Ang. hic.* qui etiam late tractat, an & quãdo maſculinum cõprehendat fœmininum. Quarta quæſtio eſt: an filiorũ appellatione etiam veniant poſtumi: quod affirmatur *h. §. in prin.* Objiciatur l. qui filiabus 17. in pr. de legat. 1. Quærenda eſt ratio differentiæ inter legata & tutelas. Angel. hanc reddit, quid ſi tutelas ſciviſſet plures ſibi eſſe liberos, pauciora dediſſet legata, ſed vera ratio eſt, quam ex gl. tradit Porc. quod legata dentur ex affectione, quæ non præſumitur erga poſtumam, ſed tutela pendet à jure poteſtatis & filiationis; pariter autem poſtumi liberi ſunt. Quinta eſt de appellatione poſtumorum *inf. §.* Et ait Juſtin. tam filios poſtumos, quam ceteros liberos contineri. Holoander putavit intelligi omnes liberos ceteros etiã jam natos, itaq; pro *poſtumis* ſubſtituit, *poſteris.* Sed non eſt ea mens Juſtin. ut vel hinc apparet quod ait, *tã filii poſtumi*: quæ verba confutant Haloandrum, verum, quod, (ut Theoph. expreſſit) contineantur poſtumi primi & ſecundi gradus, qui ex uxore filii, hoc forte præmortuo, vel poſt eorum conceptionem emancipato, ſunt naſcituri, quod & confirmat *l. 1. §. 1. de teſt. tut.* nam de poſtumis aliis ex uxore teſtatoris, id eſt, poſt teſtamentum natis id non poteſt explicari, qui utiq; filii ſunt, & de iis eſt *l. ſi quis 16 § ult. de teſtam. tut.* Plane de quaſi poſtumis id eſt, nepotibus qui poſt teſtamentum factũ præmortuo filio in locum ejus ſuccedunt, de quib. in *§. poſtumorum 2. infr de exhared. lib.* iſtud quoq; accipi non incommode poſſit. Perſpicue autem falſum eſt, quod Jaſ. in addit. ad Porc. ſcribit, ſi poſtumis dati ſint tutores, etiam jam natis tum tempore datos videri; ad quod inepte allegat *ſi quis 16 §. ult. de teſt. tut.* ubi poſtumus poſt teſtamentum vivo patre natus eſt. De poſtumis plenius dicemus ad *d. §. 2.*

Dicendum eſt.] Inepta hic eſt reſponſio. Quæritur an nepotes contineantur appellatione liberorum; & reſpondetur contineri, ſi liberos dixerit; Inepte, quia hoc non erat in quæſtione, qui veniant appellatione liberorum, ſed filiorum: Et tamen ita quoque loquitur *JCtus in l. de teſtam. tut.* ut appareat non ſemper ita ſubtiles & accuratos JCtos fuiſſe.

AD TITULUM XV. LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE LEGITIMA ADGNAtorum tutela.

TEXTUS.

Quibus autem teſtamento tutor datus non eſt, his ex Lege 12. tabb. adgnati ſunt tutores, qui vocantur legitimi. Sunt autem adgnati, cognati per virilis ſexus cognationem conjuncti, quaſi à patre cognati: velut frater ex eodem patre natus, fratris filius nepoſve ex eo: item patruus & patrui filius, nepoſve ex eo. At qui per fœminini ſexus perſonas cognatione junguntur, adnati non ſunt, ſed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non eſt tibi adnatus, ſed cognatus, & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea naſcuntur, patris non matris familiam ſequuntur.

COMMENTARIUS.

QVib. autem.] Jam ſupra diximus primã cauſam eſſe tutelæ teſtamẽtariæ, qua ceſſante ſuccedit demũ legitima. Nam ut vulgo dicũt, diſpoſitio hominis facit ceſſare diſpoſitionẽ Legis; & Lex melius præſumit de tutore quẽ pater dedit: & omnino ſub conditione, hactenus non teſtati tutelam defert agnatis, ex ratione ſucceſſionis. Ita a ceſſare oportet teſtamẽtariam, ut nec amplius ejus ſpes ſit. Etenim ubi v. c. teſtator tutorẽ dedit ſub conditione, necdum legitimæ locus eſt ſed dativæ *l. ſi quis 11. inpr. de teſt. tut.* quoniã legitimus ſemel tutor factus, non cedit alii tutori: cedit autem dativus, ubi conditio advenit, quam adſcripſit teſtator quam voluntatem teſtatoris LL. ratam eſſe voluerunt: & ipſæ ſc. LL. 12. tabb. quæ ſub conditione ceſſantis teſtamentariæ tutelæ legitimum vocaverunt.

Adgnati

Adnati ſunt tutores]Ex ratione ſucceſſionis, quæ pr. ponitur *inf. de legit. patr. tut. in f.* Lege autem 12. tabb. poſt alios ſoli agnati cognatis excluſis vocantur, de quo *inf. de legit. agn. ſucc.* Itaq; poſtquam ex prærogativa gradus cognatos, aut concurrere cum agnatis, aut his præferri voluit Juſtin. merito etiam ad tutelam cognatos vocavit *N. 118. c. 3. & 5.* Ubi etiam ſpeciali ratione primas præ omnibus cognatis defert matri & aviæ, ſi velint ſuſcipere tutelam. In his enim hoc eſt voluntatis; in ceteris, niſi cauſis juſtis excuſentur, neceſſitatis. Ante Juſtin. ſpecialiter poſtulantibus matribus id conceſſum fuiſſe docet *l. 2. C. quand. mul. off. tut.* quin & ex diſpoſitione patris potuiſſe matrem adminiſtrare oſtendit *l. 2. §. Quod ſi 25. ad Sc. Tertull.* ubi dicitur mater hoc caſu tutelam adminiſtrare, & ita poteſt accipi, & eo referri quod ſcribit *Livius libr. 39.* Æbutium ſub tutela matris & vitrici educatum fuiſſe. Ceterroquin tutela virile munus eſt cujus regulariter fœmina incapax *l. 1. C. quand. mul. off. tut. l. ult. de tut. in f. inf. de legit. patr. tut.*

Sunt autem adnati.] Non ſemel in L. 12. tabb. adnatorum & gentilium mentio facta eſt: & in ea L. qua tutelam legitimam introduxit, Hotom. putat agnatorum & gentilium factam mentionem. Id ut intelligatur paucis adnotandum quid gens, quid familia apud Romanos fuerit. Habuerunt Romani tria fere nomina; prius dicebatur prænomen; alterum in ſpecie nomen, tertium cognomen, ut Publius Cornel. Scipio, Publius prænomen eſt, quod nos proprium nomẽ dicimus; Cornelius nomen gentis, Scipio nomen familiæ. Gentes enim ſingulæ fere in plures familias abibant. Et in hoc ipſa gente Cornelia, fuerunt familiæ Scipionum, Lentulorum, Cethegorum. Ex quo intelligere licet errare hic Baronem, qui converſo modo latius facit nomen agnatorum, cum omnino gentilium latius pateat; ſiquidem omnes Cethegi, Lentuli, Scipiones, gentiles erant, ſed non agnati, quia diverſarum erant familiarum. Cum enim conſtet gentiles & agnatos diverſos fuiſſe, non poſſunt agnati alii intelligi, quam qui ſunt unius familiæ; cum gens & familia eodem modo diſtinguantur. Ergo agnati ſunt, qui unius ſunt familiæ, quibus defertur hæc tutela; iiſque deficientibus itur ad gentiles. Et inde hæc tutela legitima vocatur, & tutores hi legitimi *t. t. de legit. tutorib. inf. pr. h. t.* quia eſt à Lege immediate, quomodo ſucceſſio ab inteſtato hoc ſenſu Legitima appellatur. Ait autem *Ulpian. tit. 11. de tut.* hos tutores per excellentiam appellari legitimos, qui ſunt ex L. 12. tabb. ceteroquin & qui ex LL. novis ſunt tutores, in genere ſunt legitimi; & tales ſunt hodie cognati, itemq; mater & avia.

Per virilis ſexus.] Adde, eos qui ſunt de familia. Nam emancipatus exit è familia, & proinde, qui per eum mihi conjunctus eſt, non poteſt mihi eſſe agnatus, velut emancipati fratris filius, ut nepos. Refert autem Juſtin. hic tantum maſculos, quoniã licet etiam fœminæ quædam ſint agnatæ, veluti ſoror, amita, fratris filia, tamen communi jure à tutela excluduntur.

Sunt cognati.] Supra ad *pr. de adopt.* notavimus cognationis nomen ex eorum numero eſſe, quæ in ſpecie & genere uſurpantur; Ceteroquin cognati paſſim agnatis opponuntur.

Atqui per fœminini] Ratio ſolida eſt, quæ additur in f. quia natus ex fœmina, & verbi cauſa ex ſorore mea, non illius ſed patris ſui familiam ſequitur, & agnatio non niſi ex juſtis nuptiis & ex matrimonio naſcitur. Ait Juſtin. *amitæ filius*, quia cum amita ſit agnata, oſtendit ne quidem ex agnata fœmina natum agnatum eſſe.

TEXTUS.

Quod autem L. 12. tabb. ab inteſtato ad tutelam vocat agnatos, non hanc habet ſignificationem, ſi omnino non fecerit teſtamentum is, qui poterat tutores dare: ſed ſi, quantum ad tutelam pertinet, inteſtatus deceſſerit: quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is qui datus eſt tutor, vivo teſtatore deceſſerit.

COMMENTARIUS.

SUſpicatur Hottom. Legem quæ agnatis detulit tutelam, ita ſcriptam fuiſſe: Si paterfamilias inteſtato moritur, agnatorum in pupillo ejusve pecunia poteſtas eſto: vel potius, ut pete, *proximus agnatus tutelam habeto.* Explicat igitur Juſt. quis hic dicatur inteſtatus: quod præſertim eadem L. 12. tabb. ubi ſucceſſionem defert agnatis, inteſtati verbo aliter uſa eſt: nimirum pro eo, qui teſtamentum non fecit. Unde ratio dubitandi ad hunc §. quo Juſtin. docet eum hic dici inteſtatum, qui quãtumcunque facto teſtamento liberis ſuis non dedit tutores, dicitur enim inteſtatus quoad tutelam. Inſuper & amplius in *f. §.* is pro inteſtato hic habetur,

quoniam perinde tum eſt, ac ſi initio nullos dediſſet; Et effectus in eo eſt, ut ne ſit locus tutelæ dativæ; quæ locum ſibi vindicat excluſa legima, ubi ſemel dativa tutela competiit, quæ rurſus eſt ratio dubitandi, ſed nimirum id obtinet, ubi tutela teſtamentaria deducta fuit in actum. Et hoc tamen non ita ſimpliciter verum eſt, ſed ita jus eſt, ut ubi teſtamentaria tutela finita eſt; quaſi, ut ita loquar, ex natura ſua, ut tum ſuccedat legitima, ſed ubi finita eſt interveniente facto magiſtratus, tum non legitimæ ſed dativæ locus eſt. Et videlicet ſi teſtamentarius tutor ſit remotus ut ſuſpectus, datur à magiſtratu alius tutor *l. ſi quis* 11 §. 1. *de teſtam tutel.* Idemque ibi ſtatuatur, ſi tutor teſtamentarius fuerit excuſatus; neque enim hæc eſt ordinaria ratio finiendi tutelam. Quod ſi vero mortuus ſit teſtamentarius, locus ſit legitimo *d. l.* 11. §. 2. ex quo tamen loco apparet, non ſolidam & certam rationem in hujuſmodi caſibus ſemper dari poſſe, ad quam nec provocat ibi JCtus, ſed ad SCtum. Idem plane quod in naturaliter mortuis, ſtatuitur in iis qui civiliter mortui ſunt *d. l.* 11. §. *ult.* ubi videlicet nullus ſupereſt tutor teſtamentarius, de quo etiam agemus *infr. ad §. pen. de curat.* Hoc ſaltem addendum eſt ad *hunc §. inf.* de tutore qui vivo teſtatore deceſſit, exempli cauſa proponi, non ut excludatur caſus quo tutor poſt teſtatorem antequam gerere cœperat mortuus eſt; nam & hic legitimo ſit locus, quin & ſi poſt cœptam tutelam mortuus ſit, *d. l.* 11. § 3. *de teſtam. tut. l. 6. de leg. tutorib.* aut forte Juſtin. ſignificare voluit, eum demum quoad tutelam inteſtatum dici, quo mortuo nullus ſuperfuit tutor ex teſtamento: minus enim proprie ita dicitur, poſt cujus mortem demum tutor datus mortuus eſt, licet idem juris ſit, ut legitimus tutor habeat locum: aut potius intelligit caſum, quo legitima tutela initio cœpit, non quo teſtamentariæ ſuccedit: add. quæ dicimus *inf. tit. ſeq. §. ult.*

TEXTUS.

Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris civilis nomen eſt: cognationis vero jus non omnibus modis commutatur: quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere poteſt: naturalia vero non utique.

COMMENTARIUS.

PRoponit hoc propter effectum agnationis, qui ſpectatur in tutela legitima: quod videlicet ſublata cauſa tutelæ ceſſet effectus, ſublata, ut dixi agnatione: idq; non tãtum ita ut ne deferãtur tutelæ in futurum, ſed etiam ut præſentes & in actu perimãtur per *§. ſed & 4. infr. quib. mod. tut. fin. l. legitimus 5. § ult. de leg. tut.* in quo errat gl. hic, quæ male eandem rationem ſtatuit hereditatis jam quæſitæ *l. ult. unde liber.* & tutelæ adhuc durantis; & habentis ſucceſſivã adminiſtrationem: atquin hereditas adquiritur ſemel & uno actu, qui ex quo perfectionẽ accepit, ex ſuperveniente caſu irritari, & quod ſemel acquiſitum eſt, adimi nõ debet. Hoc accidere ait, omnibus modis capitis deminutione, id eſt quavis capitis deminutione etiam minima; eaq; occaſione in *tit. ſeq.* de capitis deminutione tractat: ut nihil neceſſe ſit, pro *deminutione* legere cũ Hottoman. *deminutionis*: quæ ſane minutæ ineptiæ ſunt. Addit tamen Juſtinianus *plerumq;*, quoniam ſunt caſus, quib. etiam poſt minimam capitis deminutionum ſupereſt ſi non revera agnatio, utiq; jus agnationis, de quo in *pr.* loquitur, certis quibuſdam LL. reſervatum: & id nominatim in tutela conſervatum voluit Anaſtaſius fratribus emancipatis, una cum jure ſucceſſionis, perinde ac ſi emancipati non fuiſſent, *l. frater 4. C. de legit. tut.* & refert Juſtin. *in §. 1. inf. de ſucc. cogn. § ult. infr. de ſervil cogn.* Hodie autem, ut paulo ante diximus, cum tutela deferatur pariter cognatis, & cognatio minima capitis deminutione non tollatur, conſequenter etiam tutela legitima per iſtam capitis deminutionem non poteſt interverti: quod & in eis tutelis quæ ex LL. novis & SCtis, non ſub agnatorum nomine deferebantur: ita fuiſſe docet *l. tutelas 7. in pr. de cap. min.* itemque in ſucceſſionibus, ad quas novæ LL. quaſdam perſonas ſub naturalibus magis nominibus vocabant, §. 2 *infr. de SC. Orphit.*

Agnatio juris civilis nomen eſt.] Non quod apud alias gentes non etiam fuerit habita familiarum ratio: ſed quia LL. Romanis conſtituendi & diſſolvendi & effectuum propria quædam ratio propter quod & alia multa ad jus civile referuntur. Ex quo diluitur objectio Hottomanni, quod etiam agnatio in ſe habeat conſanguinitatem naturalem: & inſuper iſta non poteſt eſſe de agnationis eſſentia cum etiam per adoptionem conſtituatur. Altera ejuſdem objectio eſt; quod quæ juris civilis ſunt, ea retineantur ab omnib. iis qui ſunt & manent cives Romani: adrogatos autem & emancipatos ma-

nere

mere utique cives Romanos: adeoque nullam eſſe rationem Juſtiniani, tum in iſtis verbis, quod agnatio ſit nomen juris civilis: tum in mox ſeqq. quod civilis ratio, jura civilia corrumpere poſſit. Equidem quod ad mancipatos & adoptatos attinet, illi in quandam imaginariam ſervitutem deducebantur, ex quo capitis deminutionem defendit ICtus in *l. 3. de cap. min.* ſed ingenere reſpondeo: Jura civilia dici non tantum quæ omnibus civibus Romanis data ſunt, ſed etiam quæ familiis privatorum & agnationibus: quarum etiam propria ſepulchra & ſacra fuerunt: itaque ſicut qui exibat ex civitate, amittebat jura omnibus civibus Romanis conceſſa; ita qui exibat ex familia, jura ſingulis familiis conceſſa amittebat. Itaque quamvis matrimonium referatur ad jus civile, tamen emancipatione vel arrogatione non ſolvebatur; quoniam id nō ad familiarum propria, ſed ad communia civium Romanorum jura pertinet. Ex eadem ratione non poſſūt per hanc deminutionem tolli jura cognationis, quæ magis æſtimatur ex ſanguine: eoque hic refertur ad jus naturale, de qua re dicemus ad *§. pen. tit. ſeq.* Cavillatur porro Hottomannus, dum à Juſtin. ait hic poni Enthymema. Agnatio eſt nomen juris civilis. E. tollitur per minimā capitis deminutionē: & tamen propoſitionem majorem, quam requirat hoc Enthymema, quod omne nomen juris civilis tollatur per emancipationem, ait, eſſe falſam, quoniam uſurapio ita non perimatur: itaque ille in alium neſcio quem ſenſum Juſtin. accipit. Sed jam reſponſum eſt, quod nimirum ea tantum perimatur, quæ pendent à familiæ jure, non quæ omnium civium communia ſunt.

AD TITULUM XVI. LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE CAPITIS DIMInutione.

TEXTUS.

Eſt autem capitis diminutio, prioris ſtatus mutatio: eaq; tribus modis accidit, nam aut maxima eſt capitis diminutio: aut minor, quam quidam mediam vocant: aut minima.

COMMENTARIUS.

Capitis appellatio etiam beſtiis aliquando tribuitur *§ ſed ſi gregis 39. inf. de rer. diviſ.* Hic ſignificat hominem ſive perſonam in certo ordine conſtitutam: cujus ordinis tres ſpecies ſunt, liberorū, civium, & agnatorum. Nam cum alias verbum ſtatus latius patere poſſit, hic tamen & dum ponitur pro genere diminutionis capitis, reſtringitur ad hæc tria, quæ ſingulos cives in civitate habere oportet: libertatem, civitatem & familiam, ut apparet ex hoc tit. & diſerte docet ICtus in *l. ult. D. eod.* Ex quibus ſi aliquid, vel quædam, aut omnia amittat quis, dicitur minui capite, & ſcil aliquid amittere ex iis, quæ antea caput vel perſona ejus habebat: Nec improbabile eſt, quod Hottom. ſcribit, per translationem, dictū fuiſſe de perſonis, quod proprie loquendo de ordine ipſo dici debuiſſet. Et nimirum cum quis deportabatur, civitas capite uno minuebatur: cum quis emancipatur, ordo agnatorum caput unum amittebat: id poſtea mutatum ita, ut ipſe cui hæc accidebāt, capite minui diceretur, qui jus quod ante habebat, amittebat. Acc. hic in definitione putat addendum, aut ſubaudiendum, *facto hominis interveniente*: quoniam filius qui fit ſui juris, mortuo patre non dicitur minuī capite, ſed nimirum nec ſtatum mutare dicitur, pro ut ſtatus hoc loco ſumitur: & notavimus *infr. h. t.* fallaciam homonymiæ in verbo *familia*.

TEXTUS.

1. Maxima capitis diminutio eſt, cum aliquis ſimul & civitatem & libertatem amittit: quod accidit his, qui ſervi pœnæ efficiuntur, propter atrocitatem ſententiæ: vel libertis, ut ingratis erga patronos condemnatis: vel his, qui ſe ad precium participandum venundari paſſi ſunt.

COMMENTARIUS.

Perſequitur jam ſingulas ſpecies. Maxima eſt quæ tollit libertatem, & conſequenter reliqua duo, quæ in ſervo eſſe nō poſſūt. Ergo qui ſervus fit, patitur maximā capitis diminutionem; ſive homi-

nis fiat ſervus, (quod duobus exemplis declaratur) ſive pœnæ, de quo genere ſervitutis diximus *ſup. ad* §.1.*tit.* 12. Illa ex jure veteri ſunt, quæ hic affert Hottom. de venditis publice iis, qui ad delectum non reſpondebant, aut in cenſu inter cives nomen ſuum non profitebantur *l. qui cum uno* 4. §. *gravius* 10 *de re milit.* & de modis quibus quis in ſervitutem redigitur, *diximus ſupra tit.* 3.

Vt ingratus.] Hottom vult, *ingrati* ſcil. crimine: & eam lectionem quoque Accurſ. annotat: ſed ita delenda quoque foret particula *VT* & nimis putidum eſt iſta conſectari, præſertim in Triboniano: neq; enim ille ſemper ipſa verba ex aliis deſcripſit: & ipſi quoque ICti noſtri declinante Latinæ linguę puritate vixerunt.

TEXTUS.

3. Minor, ſive media capitis diminutio eſt, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur: quod accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit, vel ei qui in inſulam deportatus eſt.

COMMENTARIUS.

HÆc media eſt, inter duo extrema, maximam, ſive, quis eam ſummam dixerit: & minimam ſive infimam. Ait eam contingere per aquæ & ignis interdictionem, ſive deportationẽ in inſulã. Quid ſit deportatio, diximus ad §.1. *&* 2. *ſup. tit.* 12. Hic de aquæ & ignis interdictione, & an ea ICtorum noſtrorum tempore etiamnum uſitata fuerit, aliquid videndum eſt, quod & *d. loco* nos hic facturos promiſimus. Scitum eſt, olim, novis nuptiis, aquam & ignem præferre ſolita; quod calor & humor eſſent principia generationis, unde illud in *l. pen.* §. 1. *de don. int. vir. & ux. priuſquam aqua & igni acciperetur.* Alterum, inquit *Lactant* 2. *Inſt. divin.* 10. quaſi maſculinũ elementum eſt, alterum quaſi fœmininum: alterũ activum, alterum patibile: ideoque à veteribus inſtitutum eſt, ut ſacramento ignis & aquæ nuptiarũ fœdera ſanciantur. Eodẽ loco cauſam hujus pœnæ & quaſi originem idem autor oſtendit. Exſulibus, inquit, ignis, & aqua interdici ſolebat: adhuc enim videbatur nefas, quamvis malos, tamen homines, ſupplicio capitis afficere. Interdicto igitur uſu earũ rerum, quibus vita conſtat hominum, perinde habebatur, ac ſi eſſet, qui eam ſententiam exceperat, morte multatus. Et ita LL. Romanis cautum fuiſſe ſcribit. 3. *ſelect. antiquit.* 5. ut invito nec civitas nec ſpiritus eripi potuerit. Id nec verũ olim fuiſſe, oſtẽdunt, quæ ad *tit.* 3. de modis amittendi libertatẽ diximus: & Hottom. hic Cicer. *in orat* pro Cecinna, nõ veritati, ſed cauſæ & tempori ſervi iſſe ſcribit: utriq; ab initio urbis Romæ & poſt in reos capitaliter animadverſum fuiſſe in confeſſo eſt: & pœna iſta aquæ & ignis interdictionis non niſi in abſentes uſurpata fuiſſe videtur: aut utriq; in eos qui dignum morte ſcelus non admiſiſſent: eamque pœnam ſub Impp. adhuc in uſu fuiſſe oſtendunt autorũ loca aliquot, apud *Tacit. lib.* 3. *ann.* de Lepida, Rea. Item in ſẽtentiam Rubellii Blandi; à quo aqua & igni arcebatur, & apud *Dionem libr.* 46. de interfectoribus Cæſaris, quibus abſentibus diem Octavius dixit, damnatos fuiſſe ait, *αὐτοί τε πυρὸς καὶ ὕδατος εἰρχθησαν.* illi igni & aqua arcebantur: quod ſi vero præſentes deprehenſi fuiſſent, procul dubio in eos capitaliter animadverti Octavius curâſſet, & *libr.* 57. idem hujus pœnæ meminit, ſub Tiberio *ἀπεῖπε τοῖς πυρὸς καὶ ὕδατος εἰρχθεῖσι μὴ διατίθεσθαι.* vetuit teſtari eos, quib. aqua & igni interdictũ fuerat. Rurſus *li.* 56. de Auguſto; *ἀπηγόρευσε μηδένα πυρὸς καὶ ὕδατος εἰρχθέντων ἐν ἠπείρῳ διατρίβειν* edixit, ne quis eorũ quibus aqua & igni interdictum eſſet, in continenti moraretur. Oportuit itaque ita damnatos aut extra Romanum Imperium ſe conferre, aut in inſula ſe continere, & ea quidem, quæ ut *d. loco* ſcribit Dion, à continente non minus 400. ſtadiis abeſſet. Ex quo licet æſtimare de differentia quam Theoph. hic reddit inter deportatum, & eum cui aqua & igni interdictum eſt, quod hic omni loco arceatur. Inde poſtea factum ſuſpicatur *Cuia.* 6. *obſ.* 39. ut in inſulam talem deportarentur. Et inde paſſim in jure noſtro dicitur in locum interdictionis illius ſucceſſiſſe deportatio *l.* 2. §. 1. *de pœnis. l.* 3. *ad L. Iul. peculat. l. pen* §. *ult de extraord. cog.* quod *Mynſ. ſup. ad* § 1. *tit.* 12. ſcribit factum poſtquã ampliato imperio inſulas ſibi ſubjeciſſent Romani: Inepte, quoniam ex præced. apparet etiam ſub Impp. Auguſto & Tiberio, qui nullam inſulam Romano Imperio adjecerunt, aqua & igni interdictum fuiſſe: imo etiam ſub Domitiano: teſte *Plinio* 4. *Epi* 11. ubi de Liciniano, carent inquit, togæ uſu; quibus aqua & igni interdictum eſt. Ex quo loco & iſtud apparet, pro arbitrio Impp. exilium levius aut durius fuiſſe. De illa tamen ſubrogatione ſunt qui dubitant propter hunc locum, ubi alternative duplex iſta pœna proponitur: ſicut & in § *publicorum* 2. *inf. de publ. iud. & in l.* 1. §. 2. *de leg.* 3. quibus aqua & igni interdictum eſt, item deportati; & *l. res uxoris* 24. *C. de don. int. vir. & ux.*

& uu. aqua & igni interdictum, vel deportatio illata *inned. l.* 1. *C. de repud.* ſicut & ſimpliciter iſtius pœnæ mentio fit *l.* 2. *de iud. pub. l.* 10. *§. ult. ad. L. Iul. de vi publ. l. edicto* 13. *de bon. poſſ. l.* 4. *§. ult. de gradib. l. Imperator.* 18. *de ſtat. hom. l.* 5. *in pr. de c. min. l. cum quis* 38 *in pr. de ſolut.* facit bene *l. ejus* 8. §. 1. *&* 2. *de teſtam.* ubi ſeorſim utriuſque pœnæ mentio fit. Itaque vix eſt ut tot locis, ad ſubrogationem & ſucceſſionē novæ pœnæ in locum veteris, reſpexerint ICti. Et nimirum ut paulo ante innui, exiſtimo reos præſentes, & non meritos ultimum ſupplicium, vel cum quibus mitius agi placebat, in inſulam deportatos fuiſſe: in abſentes licet ultima quæque meritos non aliam fuiſſe pœnam, quam interdictionis ignis & aquæ: idq; ex eo quod modo de interfectoribus Cæſaris ita damnatis, dixi, apparet, qui deprehenſi proculdubio capite luiſſent.

Libertas retinetur.] Diſerte ait, deportatos retinere libertatem, idque ex eo neceſſario ſequitur, quod hæc eſt ſpecies mediæ capitis deminutionis. Itaque neſcio quid in mentem venerit Hottom. hic ut ſcriberet, deportatos in inſulam, libertatem amiſiſſe, & tum demum eam retinuiſſe, cum tantum in longinquam aliquam regionem amandarentur. Et contrario errore labitur, dum putat interdictionem aquæ & ignis fuiſſe leviorem: quin imo contra eſt, & ut ii qui ob ſcelus capitale ita abſentes damnati eſſent, pro ſervis pœnæ magis haberentur, proculdubio jure occidendi ubi deprehenderētur. Et ſententiam hujus loci aperte confirmat *l. ſunt quidā* 17. *de pœn.* ubi deportati opponuntur ſervis pœnæ: & ergo oportet eſſe liberos, cum nec privatum dominum habeant. Accedit, quod deportatus confertur in *d. l.* 17. ſicut & in *l.* 1. *C. eod.* cum damnato in opus publicum, qui non amittit libertatem, ex quo ita non damnatur ſervus *l. ſervus* 34. *de pœn.* qui tamen damnatur in metallum *l. fruſtra* 9. *C. de ſent. paſſ.* quia iſta eſt ſupremum fere ſuppliciū, (præterquā quod non amittit vitam) *l. aut damnum* 8 § 4 *de pœnis.* Et omnino alias vix ulla pœna eſſet, quæ jure noſtro, poſtquam omnes cives Romani ſunt *l. in orbe* 17. *de ſtat. homin.*) adimeret ſolam civitatem: Ad hanc etiam pœnam refertur aquæ & ignis interdictio *l.* 6. *in pr. de interd. & relegat.* ubi, ut obiter hoc moneam, ad cognitionem veteris juris, nimis aperte errant, qui olim ſola deportatione peregrinitatem contigiſſe putant. Omnes enim peregrini habebantur, qui non erant cives Romani: adeo antiquitus multi ex Italiæ populis peregrini erant: & qui olim ſub primis Impp. pro magno beneficio honorabantur jure civitatis Romanæ, peregrini erant: & Claudius, ut Sueton. refert, Senatorem ignatum Latinæ linguæ ad peregrinitatem redegit: qui utique non fuit deportatus. Ei autem quod diximus ex *h. §.* deportatione libertatem amiſſam non fuiſſe objicitur reſponſum Calliſtrati in *l. cognitionum* 5. *§. ult. de var. & extraord. cogn.* ubi videtur affirmare, quod deportatione libertas adimatur. Commentū eſt, quod quidam ad iſta concilianda offerunt diſtinctionem, inter libertatem ex jure gentium & ex jure Quiritum: licet iſta conciliatio placeat *Cujac. in notis ad hunc locum. Goveano* 2. *var. lect.* 11. *& Duar.* 1. *diſput. annui.* 9. Nimirū ICtus ibi ſub magna capitis deminutione comprehendit utramque ſpeciem, maximam & mediam, quomodo etiam in *l.* 1. *§. capitis* 8 *in f. ad SC. Tertullian* & forte etiam in *l.* 1. *in f. de uſufr. legat.* uſurpatur magna capitis deminutio. Itaq; ſubjecta duo exempla in *d. l.* 5. *§. ult.* non ad unam, ſed ad utramque ſpeciem deminutionis ſunt referenda & particula *veluti* non ita eſt accipienda quaſi explicaret, quod præceſſerat de amiſſione libertatis, ſed per quam novum exemplum proponatur. Et ſcilicet, quotiens magna capitis deminutio intervenit, id eſt cum libertas adimitur (hoc eſt exemplum maximæ deminutionis) veluti cum aqua & igni interdicitur: (hoc eſt exemplum mediæ capitis deminutionis. Quam explicationem *Ravard.* 3 *verſ.* 5. & alii ſibi arrogarunt, quæ tamen expreſſa eſt apud Accurſium: ubi etiam monet, in quibuſdā Codicibus legi *vel* pro *veluti*, quo modo res tota eſt liquida nec minus, ſi cum *Alberico Gent.* 3 *elect.* 10. particulam *veluti* diſtrahat in duas *vel uti*; citra ullam correctionem, quoniā ut *A. Aug.* & alii teſtantur in Pandectis Florentinis, nullæ aut rariſſimæ ſunt diſtinctiones & interpunctiones. Adducitur etiam *l. ex facto* 17. *§. ſi quis* 6 *ad Trebell.* ibi; *cui liber factus* Et *Cuiac.* 3. *obſ.* 10. ex notis errorem natum, & pro *liber factus*, cenſet eſſe legendū, *liberorum.* Et Accurſ. quoque monet, rectius dictum fuiſſe *liber exiſtens* (paulo tamen inconcinnius) quin adhuc deportatus & ſcil. liber adeo exiſtens poteſt eligere cui fideicommiſſum reſtitui velit: nec enim adhoc neceſſum eſt, ut reſtituatur: nec bona fideicommiſſa ſubjecta occupat fiſcus.

TEXTUS.

4. Minima capitis deminutio eſt, cum civitas retinetur & libertas, ſed ſtatus hominis cōmutatur; quod accidit his, qui cum

ſui ju-

Digitized by Google

ſui juris fuerint, cœperunt alieno juri ſubjecti eſſe, vel contra: velut ſi filius familias à patre emancipatus fuerit, eſt capite deminutus.

COMMENTARIUS.

CVm ſtatus commutatur.] Atquin omnis capitis deminutio habet mutationem ſtatus *in pr. h. t.* & vel maxime duæ priores ſpecies. Itaq; fatendum eſt verbum ſtatus ambigue ſumi, in genere, & in ſpecie, ut & §. pro privato cujuſque ſtatu quem in familia habet: aut forte emphaſis eſt in verbo *commutari*, nam duobus prioribus modis non tam mutatur ſtatus quam plene amittitur, ſi civitatem Romanam conſideres: nam ſi hominem in ſe, ſane & ſic mutatur ſtatus, aut falſum oporteat eſſe in *pr. tit.* traditam definitionem, Planè ita & *Vlp. in l. 1. § capitis 8. ad Tertull.* contrario modo capitis minimam deminutionem contingere ait ſalvo ſtatu, intelligens ſtatum quem quis habet qua civis: contra idē *Vlp. tit. XI. de tutelis §. minima 12.* ut hic Juſtinianus ait. per minimam cap. deminutionem, ſalva civitate & libertate, ſtatum duntaxat hominis mutari.

Refert autem hic Juſtin. duas ſpecies hujus capitis deminutionis: adoptionem & emancipationē. Illa ſive arrogetur homo ſui juris, ſive filiusfam. avo vel proavo, juxta mutationem Juſtiniani in adoptionem datur: itaque tantum pro exemplo poſitum accipiendum eſt, quod Juſtin. ait de eo qui cum ſui juris eſſet, alieno juri cœpit ſubjectus eſſe, quod cōtingit per adrogationem. Utique enim quamvis per adoptionem in ſpecie dictam maneat filiusfam. & alieni juris, ſicut ante fuit, utique tamen in aliam familiam transfertur: & proinde eum capite minui negari non poteſt, ſiquidem ſtatus mutatur. Et in hac ſpecie, & v. c. arrogatione manifeſte apparet mutatio ſtatus, per ea quæ ſupra diximus ad *tit. de adopt.* Sed in altera ſpecie emancipatione obſcurum eſt, in quo conſiſtat capitis diminutio; Etenim cū maneat emancipatus civis, qui poterit eſſe ſine familia, & quomodo in nullius erit familia? Et v. c. ſi P. Cornelius Scipio emancipaverit filium ſuum, an hic deſinet eſſe Corneliæ gentis, aut familiæ Scipionum? & quo nomine tandem appellabitur. Hottomānus hoc loco id ita explicat, ut dicat, jus triplex eſſe agnationis, nominis, pecuniæ & ſacrorum: nomen retinuiſſe emancipatum, ſed amiſiſſe jus ſacrorum & pecuniæ. Sed enim retento nomine, ut emancipatus ſit & maneat Cornelius, & Scipio, non animadverto, quomodo fieri poterit ut familiam & agnationem amiſerit: & à nomine communi pēdent ſacrorum jura Ait Hottomannus, emancipatum amittere jura hereditatum & tutelarum, quæ L. XII. tabb. gentiles inter ſe habere voluit. Atquin ſi manet Cornelius, quod eſt nomen gentis, quomodo non eſt gentilis? aut ſi jura amittit, quæ Lex XII. tabb. tribuit gentilibus, quomodo poteſt fieri ut maneat gentilis? Connanus 2. *comm. 13. inf.* ait, emancipatos tantum ſubductos fuiſſe poteſtati patris, gentem autem ejus non amiſiſſe. Et quomodo igitur amittitur ita jus agnationis? Aut an forte putat Connanus, gentem manſiſſe, ſed familiam mutatam fuiſſe: Et igitur emancipatus à P. Cornelio Scipione, Cornelius erit, ſed non Scipio: Quod ſi gentilis eſt, ad eum pertinebit L. XII. tabb. quæ de agnatis & gentilibus conjunctim locuta eſt: neque vero puto fuiſſe gentiles, qui non iidem haberent familiam. ICtus in *l. 3. de cap. min* rationem, ob quā emancipatio ſit capitis diminutio, petit ab imaginaria ſervitute, in quam deducatur emancipatus per ſolemnes illas venditiones, de quibus ſupra. Verum juxta hanc imaginē ille diceretur & libertatem & civitatem amittere: & perabſurdum ſit, in nuda imagine & pura puta ſubtilitate tot ponere inſignes effectus circa hereditates tutelas, &c. quibus jure noſtro privati ſunt emancipati. Ego aliis cogitandum relinquo.

Supereſt illa quæſtio, an emancipatio hodieque adhuc ſit capitis diminutio. Non leves ſunt dubitandi rationes: Et à ſublata cauſa concludimus ad ſublatum effectum. Quod ſi cum Paulo in *d. l. 3. de c. min.* cauſam petimus ab illis imaginariis venditionibus, illæ utiq; hodie ſunt ſublatæ *l. ult. C. de emancip.* Accedit, quod ſublatæ ſunt in materia ſucceſſionum & tutelarum differentiæ veteres cognatorum & agnatorum: quin & emancipati hodie pariter ut ſui jure civili ſuccedunt: & præteritione emancipatorum hodie quoque teſtamentum patris nullū fieri, multorum ſententia eſt: de quo utroque agemus infra propriis locis. Sed ſane ob ceſſantes illas venditiones non protinus deſinere eſſe capitis diminutionem, illud perſpicuo argumento eſt, quod ante Juſtinianum ex conſtitutione Anaſtaſii per reſcriptum principis facta fuit emancipatio ſine ſolennibus priſcis: & tamen Anaſtaſius neceſſe habuit emancipato conſervare jura tutelarum & ſucceſſionum, ut ad *tit. praeced.* diximus: Itemque quod petenti eo qui per reſcriptum emancipandus fuit, indul-

indulget idem Anaſtaſius, ut jura legitima maneant integra *l. ſi ab eo 11. C. de legit. hered.* (& ergo citra ſpecialem petitionem & cōceſſionem ſecus fuerit) qui tamen locus hoc ſimul oſtendit, modum cum emancipanti per ſe non fuiſſe habilem ut perimeret legitima agnationis jura. Et ita plane cenſeo ſublatis fere per Anaſtaſium ſolennibus antiquis, propter reverentiam quandam juris veteris, & propter nomen emancipationis, effectus quoſdam veteres ſuperſtites relictos eſſe: quos tamen omnes ſimplici petitione tolli potuiſſe docet *d. l.* 11. & cum alia acceſſerint ex jure novo, de quibus modo diximus, vix hodie emancipatio inter ſpecies capitis diminutionis poterit referri. Nec obſtat, quod emancipatus filius patri non adquirit. Neque enim ob id familia mutata dici poteſt: & ex conſtitutionibus Juſtin. multis caſib. filiusfam. plenam proprietatem, ſemper autē proprietatē adquirit: & filius qui per dignitatem poteſtate liberatur, & cui integra omnia ſervantur, patri non adquirit. Et olim erat hic effectus emancipationis, ut filius obligationibus ante contractis liberaretur: ita ut eſſet opus Edicto reſtitutorio *l. 2. §. 1. de cap. min.* quem effectum eſſe emancipationis Juſtinianæ nemo ſanus affirmaverit. Obiter hic obſervanda eſt ambiguitas in verbo *familia*, Significat enim aliquando plures perſonas quæ ſunt in una domo, ſub uno capite qui dicitur paterfam. quo ſenſu *Ulpianus in l. pronuntiatio 195. verſ. Iure proprio de V. S.* ait, cum paterfam. moritur, quotquot capita (videlicet ex liberis ei ſubjecta ſunt, ſingulas familias incipere. An longe alio ſenſu hoc loco accipitur familia, cum eam per emancipationem mutari dicimus: quippe cum conſtet, patris morte nullam contingere liberis capitis diminutionem, & hoc quoque: plures liberos unius patris, ejuſdem omnes eſſe gentis & familiæ, veluti, Corneliæ. & hujus vel Scipiones vel Lentulos omnes, qui patrem communem habuerunt.

Vel contra.] Atrogatione qui ſui juris erat, fit alieni juris: emancipatione, qui alieni juris erat, fiat ſui juris: nec video cur hic Hottom. expungat verbum *Veluti*.

TEXTUS.

5. Servus autem manumiſſus, capite non minuitur, quia nullum caput habuit. Quibus autem dignitas magis quam ſtatus permutatur, capite non minuuntur: & ideo à Senatu motos capite non minui conſtat.

COMMENTARIUS.

Servus manumiſſus.] Supra diximus, verbum *ſtatus* in ſpecie hic uſurpari, pro libertate, civitate & familia, ex quibus nihil ſervus haberet & hæc adcommodantur ad materiam ſubjectam de tutelis, quæ capitis minutione finiuntur, de quo *infr. titul.* 22. Ceteroquin generalibus loquendo ſervus ſtatum habet, cum ſub. *titul. de ſtat. hom & ſup. de jure perſ.* homines omnes dividantur in liberos & ſervos, quo ſenſu ſane ſervus manumiſſus ſtatum mutat: ſed non mutat, eo modo quo hic uſurpatur ſtatus verbum: pro ſtatu civis; quo reſpectu ſervus hic nullum caput: & in *l. 3. inf D. eod.* nullum jus habere dicitur. Ridicula adeo objectio eſt, quod ſervus alibi dicitur affici ſupplicio capitis; hactenus enim eum caput habere plusquam certum eſt. Sed & quo ſenſu dicuntur capita gregis *l. vetus 68. §. ult. & l. ſeq. de uſufr.* & multo magis ſervus dicetur caput & ita dicitur pecuniam pro capite ſuo numerare *l. ſervus* 10 *pro empt.* & paſſim apud alios autores, id eſt, pro perſona & corpore ſuo redimendo, quod eſt in mancipio alieno; male Hortoman. explicat, *pro libertate.*

Quibus autem dignitas.] De quibus hic tractatur, & quæ in ſpecie per caput & ſtatum ſignificantur, & ſunt de eſſentia uniuſcujuſque civis. Ex illo numero dignitas non eſt, quæ poſſit adeſſe & abeſſe, citra corruptionem civis, itaque cui adimitur dignitas, negatur capite minui: Ceteroquin ſupra diximus, fuiſſe tres ordines Romæ, Senatorium, equeſtrem, & plebeium. Et generali verbo ſtatus hi ordines, comprehendi poſſunt; adeo hoc ſenſu, qui movetur Senatu, cui adimitur equus, ejus ſtatus poteſt dici mutari; ſed nimirum unumquodque accipiendum eſt ſecundum ſubjectam materiam; Et non dicitur hic minui capite, qui civitatem & familiam retinet, & proinde jura quoque ſucceſſionum & tutelarum.

TEXTUS.

6. Quod autem dictum eſt, manere cognationis ius etiam poſt capitis diminutionem, hoc ita eſt, ſi minima capitis deminutio interveniat: nam ſi maxima capitis deminutio interveniat, ius quoque cognationis perit, ut puta ſervitute alicuius co-

gnati: & ne quidem ſi manumiſſus fuerit, recipit cognationem. Sed & ſi in inſulam quis deportatus ſit, cognatio ſoluitur.

COMMENTARIUS.

HOttom. hunc §. refert *ſub tit præced.* nualla ratione: eſt enim hic titulus quaſi appēdix quædam & pars *titul. præced.* ejus tractationem, inſertaper occaſionem iſta materia de capitis deminutione, quodammodo interruperat Juſtin. ad eam jam *h.* §. redit, qui ſe refert ad §. *ult. tit. præced.* & iſta formula *Quod autem diximus*, non proxime præcedens, ſed paulò remotius innuere videtur. Et dixerat nimirum in §. *ult. tit. præc.* agnationem perimi capitis quavis deminutione, non æque cognationem: ſubjecta ratione quod civilis ratio perimat jura civilia, ſed naturalia non utique: de quo ibi diximus: apparet autem ex *h.* §. verba *non utique d.* §. *ult.* recte expreſſa à Theophilo verbis *οὐ πάντως.* Nam poſſent illa verba *utique* ita accipi ac ſi omnimodo cognatio per nullam capitis deminutionem periret: quod contra eſſe, docet *hic* §. & mentem Juſtiniani in *d.* §. *ult.* eſſe quod non omnimodo quævis cap. deminutio tollat cognationem, ſed quædam tollat: & nimirum maxima & media. Quod ipſum tamen mox rectiſſime ita explicat, ut dicat perire Jus cognationis, & nimirum effectus, quos in Romana Repub. cognatio habet: ceteroquin ipſa cognatio quæ exiſtimatur ex natura & ſanguine nec ſervitute tollitur: per ea quæ ſupra diximus ad § *Illud.* 10. *de nupt.* & res ipſa loquitur, cum natura omnes homines ſint æquales, cognationem naturalem, etiam cum deportatis etiam cum ſervis eſſe, idque & docet *l. iura* 8. *de R. I.* Dixerit quis, ita nullam videri differentiam inter agnationem & cognationem: cum & familiæ ſint ex jure gentium, & ita per minimam cap. deminutionem non tam agnationem, quam jura agnationis perire. Non abnuam omnino, hæc recte inter ſe comparari: Etenim hoc utique eſſe puto juris gentium, ut liberi patris familiam ſequantur, & ut proinde inter à patre & à matre cognatos ſit differentia: adeoq; nec emancipatio reus in illud vinculum & conjunctionem quæ eſt à patre ſoluere poteſt. Sed hactenus differentia eſt, tum quod jure civili Rō. ſunt plane propria & ſingularia quædam agnatorum jura, tum quod jus civile in deferenda ſucceſſione cognatis, magis jus gentium & naturale ſecutum eſt: & proinde cognationis jura non male opponuntur juribus agnationis, & difficilius quam hæc, perimi dicuntur: quod res ipſa oſtendit: cum & nudo juris civilis commento agnationis jus adquiratur.

Et ne quidem ſi manumiſſus fuerit.] Non recipit jura cognitionis quæ ſemel per ſervitutem amiſit; & per manumiſſionem quaſi novus homo hactenus effectus intelligitur. Et hoc ſcilicet procedit quo ad quædam jura & quoſdam effectus, præcipue qui ſpectantur in jure ſuccedendi in ordine cognatorum: quod edictū prætor propoſuit pro ingenuis, & noluit pertinere ad cognationes ſerviles *l.* 1. §. 2. *unde cognati*: id eſt, quæ naturaliter ſunt inter eos qui aliquando in ſervitute fuerunt: (nam quod inter ſervos nulla ſucceſſio ſit apertum eſt:) quomodo hic locus explicatur in *l. is qui.* 7. *unde cognat.* ſemel ſervum factum non recipere cognationem manumiſſione. Secus eſt ſi ſervus pœnæ reſtitutus ſit in principe *l.* 1. §. *filio* 4. *ad Tertull.* *l.* 1. *ult. cum l ſeq. de bon poſſ. cont. tabb* princeps enim reſtituit in priſtinum ſtatum, privatus manumittendo jus tantum ſuum remittit. Id tamen hodie ſecus erit poſtquam *N* 78. libertini acceperunt jura ingenuorum; ſicut & Juſtin jam ante in §. *ſed eas* 2. *verſ cum enim inf de bon. poſſ.* ſe libertinorum ſucceſſiones introduxiſſe ad ſimilitudinem ingenuorum, & inf. de ſervil. cogn. in ſervitute ſuſceptos & manumiſſos cum juſtis liberis admittit. Porro quo ad quædam & & præcipue effectum prohibendi nuptias, hic §. non procedit, ut notavimus ad §. *illud* 10. *ſup. de nuptiis.*

Si quis deportatus.] Soluitur cognatio quo ad effectus, qui ſunt inter cives Romanos.

TEXTUS.

7. Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non ſimul ad omnes pertinet, ſed ad eos tantum qui proximiori gradu ſunt, vel ſi plures ejuſdem gradus ſunt, ad omnes pertinet: veluti ſi plures fratres ſunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.

COMMENTARIUS.

1. *An in tutela legitima ſit locus ſucceſſioni.*
2. *An poſt dativam tutelam locus ſiat legitimæ.*

HUnc quoque locum Hottom. refert ſub tit. præc. & ſtultiſſime divulſum, & huc rejectum ſcribit.

ſcribit. Nimis impudenter, cum exemplariũ omniũ autoritas ipſi repugnet. Et ut dimimus ad §. *præced.* interſerta per occaſionem fuit tractatio de cap. deminutione, qua abſoluta rediit Juſtin. ad *tract. de Legitima tutela.*

Sed ad eos tantum.] Quæ ſucceſſionis eſt ratio, eadem eſt tutelæ; cum illa hujus ſit cauſa, ut docetur *tit. ſeq.* Et ſicut igitur Lex 12. tabb. hæreditatem defert non omnibus agnatis, ſed proximis gradu, *infr. de legit. agn. ſucceſſ.* Ita etiam obtinet in tutela. Illud autem hic explicatu dignum eſt, ſi † gradus proximus ad tutelam vocatus deficiat,
1 an tum fiat locus ſequenti in tutela, an vero tutelæ dativæ. Et hoc quæritur ſive defecerit proximus gradus ante cœptam tutelam, ſive poſt eam cœptam. Et videri poſſit eadem ratio eſſe hæreditatis legitimæ & tutelæ. In illa non erat ſucceſſio, ita videlicet ut ſi proximus qui fuit tempore mortis, defeciſſet, ad ſequentem gradum hæreditas non perveniret: § *placebat 7. infr. de legit. agnat. ſucc.* ubi diceemus: magis eſt, ut diverſa ſit tutelæ ratio. Et poſt teſtamentariam hæreditatem non poteſt eſſe locus legitimæ: atquin poſt tutelam teſtamentariam legitima locum habet, ut diximus ſup. *ad § quod autem de legit. agn. tut.* Itaque & poſt legitimam tutelam proximi gradus, eo deficiente locus eſſe poteſt ſecundo; quoniam (quæ ratio differentiæ eſt) quamdiu ſupereſt pupillus, militat ratio deferendæ tutelæ, quia ſpes etiamnum eſt ſucceſſionis. Accuratius autem diſtinguendum eſt, ut ſi ſuperſit primus gradus, vel ex eo aliquis, ſed inhabilis ad adminiſtrandũ, veluti minor, quoniam hic ipſo jure tutor eſt, ſequenti gradui nõ ſit locus, ſed detur interim tutor ſeu forte curator per *l. non ſolũ 10 § ſi libertus 7 de excuſ. tut.* (de quo agemus *inf. § pen. de curatorib.*) Et hic enim ſupereſt legitimus tutor ipſo jure. Itaq; etiam ubi legitimus tutor proximo gradu remotus vel excuſatus eſt (quoniam verum eſt ſupereſſe proximum gradum) ſequenti non eſt locus *per l. 3. §. quæri 8. de legit. tut.* Idẽ ſi ex proximis aliquis deceſſerit, ut quamdiu unus ſupereſt, non ſit locus ſequenti gradui, *per d. l. 3. §. ſed. ſi. 5.* quoniam & ſi hic ab initio ſolus fuiſſet, ei ſoli tutelam Lex detuliſſet. Itaque demum ubi omnino non ſupereſt primus gradus, & omnes ex eo licet poſt cœptam tutelam mortui vel deportati fuerint, locus erit gradui ſequenti *d. l. 3. § pen. de legit. tutoribus.* deportati inquam, ſecus enim ſi fuerint capti ab hoſtibus; tunc enim propter jus poſtliminii, ſequens gradus ſuccedit, ſed tutor à prætore datur *l. 1. § ſi apud hoſtes 2. de legit. tutor.* Videamus pro complemento & hoc, an † poſt dativã 2
tutelam fiat locus tutelæ legitimæ; de quo tractat *Angel in §. quod autem in fin. tit. præcedens.* Conſtat regulariter locum eſſe legitimæ tutelæ ante dativam, ſed ut ex modo & ad § *quod autem tit. præcedent.* dictis apparet, ſunt ſpeciales cauſæ & caſus, ex quibus dativa tutela præcedit legitimam, tum tam ex ſe quam ex accidenti: & in primis ubi ſpes eſt tutelæ teſtamentariæ, veluti ſi ſub conditione aut die ſit datus teſtamento tutor: quoniam enim legitima tutela ſemel conſtituta & in actum deducta alteri non cedit, fit ut hic detur tutor à magiſtratu; dativa autem tutela facile cedit. Itaque in his terminis dupliciter poſt dativum, fit locus legitimo, & 1. mediate, ſi ceſſerit dativus teſtamentario, & hic poſt deficiat, quo caſu perinde eſt, ac ſi ab initio fuiſſet tutor teſtamẽtarius, 2. immediate ſi mortuo tutore dativo vel deportato deficiat ſpes teſtamentarii tutoris; Ceteroquin ſi ſuperſtes maneat dativus, utcunq; deficiat ſpes teſtamentarii, credideri m manere eum qui ſemel datus fuit, nec locum eſſe legitimo. Atque hic eſt primus caſus. Alter eſt, quem ponit Angelus, ex *d. l. 10. §. 7. de excuſat.* ſi legitimus needum fuerit habilis ad adminiſtrandum. Verum fortaſſis hic datur curator, qui facile cedit: & ut maxime fuerit tutor, attamen cum propter inhabilem ætatem tutoris legitimi datus fuerit, cenſetur tacite ad tempus datus, & itaque cedet legitimo, poſtquam hic ad ætatem juſtam pervenit. Atq; ita hic caſus dubio caret. Eſt & alius caſus v. c. Tutor teſtamentarius remotus vel excuſatus fuit: Et non legitimæ, ſed dativæ tutelæ locus eſt, *l. ſi quis 11. & 2. de teſtamen. tut.* Hoc tutore dativo mortuo, quæritur an locus fiat legitimo? Ego adfirmandum puto, ſi eo tempore teſtamentarius ille remotus vel excuſatus tutor, itidem mortuus ſit. Ceteroquin obſtabit eadem ratio, ne legitimo ſit locus. Eſt denique & his ſimilis caſus. Legitimus proximus tutor remotus eſt, vel excuſatus, & hic non eſt locus ſequenti, ſed datur tutor *l. 3. §. quæri 8. de legit. tut.* quid ſi igitur hic dativus ſit mortuus? Et idem quod in caſu præced. cenſeo reſpondendũ. Etenim quod iſtis caſib. dicitur dandus eſſe tutor, ideo fit, quia illi remoti & excuſati ipſo jure quodãmodo videntur eſſe tutores quibus ſublatis, ſublato etiam dativo, res redit in eum ſtatum ac ſi initio nullus fuiſſet talis tutor: & proinde legitimo, aut ſequenti legitimo locus dari debet. Hæc fortaſſis nec inutilia, nec inſubtilia ſunt; quæ alii omiſerunt.

AD TITULUM XVII.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE LEGITIMA PATRO-*norum tutela.*

TEXTUS.

Ex eadem Lege 12. tabb. libertorum & libertarum tutela ad patronos liberoſq; eorum pertinet: quæ & ipſa legitima tutela vocatur. non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveat: ſed quia perinde accepta eſt per interpretationem, ac ſi verbis Legis introducta eſſet. Eo enim ipſo, quod hæreditates libertorum libertarumq; inteſtati deceſſiſſet, juſſerat Lex ad patronos liberoſve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluiſſe legem etiã tutelas ad eos pertinere: cum & agnatos, quos ad hæreditatem Lex vocat, eoſdem & tutores eſſe juſſerit: quia plerumq; ubi emolumentum ſucceſſionis eſt, ibi & tutelæ onus eſſe debet. Ideo autem diximus plerumque, quia ſi à fœmina manumittatur, impubes ipſa ad hæreditatem vocatur, cum alius ſit tutor.

COMMENTARIUS.

Ex *eadem lege.*] Explicat hoc *Vlp. tit. 11. de tutelis.* Per eminentiam inquit, legitimi tutores dicuntur, qui ex L. 12. tab. introducuntur: ſeu propalam (id eſt ex verbis) qualis ſunt agnati: ſeu per conſequentiam; (id eſt ex mente) quales ſunt patroni; Et ita utraque iſta tutela eſt legitima, quoniam etiam hoc ex Lege ... us eſſe dicitur, quod eſt ex ſententia Legis *l. nimius 6. de verb. ſign.* Ubi videlicet, ſicut hic eadem ratio eſt, & infertur per directam conſequentiam; ſi quidem ut hic teſtatur Juſtinianus & *Vlpianus in l. 1 in pr. de legit. tut.* ex hac cauſa fuit delata agnatis tutela. quia iiſdem L. 12. tabb. detulerat hæreditatem, quam etiam detulerat patronis; de quo ſuo loco *inf de ſucceſſ. libert.* cui convenienter recte Dd. notãt in *l. 1. in pr. uti poſſid.* quod quando Lex producitur ultra verba ex mente ipſa Legis (quæ ſcilicet per neceſſariam conſequentiam elicitur) tum actio dicatur directa; ut his autem tum demum, quãdo introducitur per interpretationem ICtorum, ex æquitate propter aliquam probabilem rationem, de quo *infr. §. ult ad L. Aquil.* Unde etiam notant Interpp. hic quod potius à verbis quam à mente L. recedere debeamus cum ratio ſit anima Legis *arg. l adigere 6. §. 2. de iur. patr* niſi verba ita ſint clara, ut interpretationem non patiantur *ut in l proſpexit 12. §. 1. qui & à quibus.* de qua re, & an & quando liceat recedere à verbis Legis plane tractat *Ioh. de Plat. hic & Angel. n. 2.* ubi etiam n. 3. agit de regula, *ubi eadem ratio ibi idem ius.*

Ubi ſucceſſionis eſt emolumentum.] Imo videatur nõ recte ita cautum, quippe quod ab iis qui ſucceſſionem ſperant, imminet periculum pupillo, ne qui ſucceſſuri ſunt, ſtruant inſidias vitæ pupilli, *arg. §. ſin autem 9. inf de pupill. ſubſtit.* Sed nimirum ut maxime his tutelam non detuliſſet Lex, potuiſſent tamen inſidiari vitæ pupilli; itaque per iſtam delationem non ſit periculum maius aut minus; quod ſi proximus agnatus idemque tutor ſit, forte ſuſpectus alibi pupillus educari debet, ut docet *l. 1. §. 1. & l. 5. ubi pupillus educ.*

Si à fœmina] Diximus ſup. *de legit agn. tut* fœminã non poſſe gerere tutelam exceptis ex jure novo matre & avia; nec dubito idem eſſe in proavia, licet, dubitet *Angelus hic numer. 5.* Cum autem tantum excipiatur mater & avia; etiam hodieque obtinebit, ut quæ manumiſit impuberem ſervum, ejus tutrix eſſe non poſſit, niſi ſit filius naturalis, & in *l. ultim de tutel.* videntur præciſe fœminæ à tutela excludi, ut forsaſſis verbum *plerumque in l. tutela 16. in princ. eod.* ſit emblema Tribonioni; nam ex *l. 2. Cod. quand. mul off. tut.* quæ eſt Valentiniani, explicari à *l. 16.* non poteſt.

AD TITU-

AD TITULUM XIIX. LIBRI PRIMI INSTITUTIONUM, *DE LEGITIMA PARENTUM tutela.*

TEXTUS.

Exemplo patronorum recepta eſt & alia tutela, quæ & ipſa legitima vocatur: nam ſi quis filium, aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, & deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

COMMENTARIUS.

NOtant Interpp. *ad tit.* 15. ſupra ex generali quaſi mente L. 12. tabb. dici deſcendere omnem tutelam, quæ defertur propter emolumentum ſucceſſionis; & proinde licet L. 12. tabb. cognatis non detulerit hæreditatem, tamen ex quo hodie ſuccedunt jure civili, tutelam eorum poſſe referri ad L. 12. tab. Sed iſta propius ad eam Legem refertur; ſiquidem parentes emancipantes liberos habent jura patronorum §. *præterea* 6. *in fin. ſupr. quibus modis jus patr. pot ſolu.* quibus Lex 12. tabb. defert hæreditatem: hinc ad legitimam filii inteſtati hæreditatem dicitur vocari pater manumiſſor *l. ſi ad patrem* 10. *de ſuis & legit.* §. *ultim. infr. de legit agnat ſucceſſ. l.* 2. *C. ad SC. Tert.* & ob id vicem legitimi tutoris ſuſtinere dicitur *l.* 3 §. *ult. de legit. tutor.* & errat hoc loco Mynſing. qui putat iſtam tutelam quaſi legitimam eſſe quam pater habebat qui emancipaverat non contracta fiducia, adeoque ipſe filium non manumiſerat. Etenim textus diſerte loquuntur de patre manumiſſore. Et licet pater ita eſſet loco patroni, tamen cum illæ imaginariæ venditiones & manumiſſiones eſſent commentum JCtorum, non potuit dici Lex 12. tabb. cogitaſſe de iſto imaginario patrono; eoque nec perinde iſta tutela, ſicut veterum patronorum legitima appellari; cum & agnatio per emancipationem eſſet ſublata. Extra rem eſt, quod *Iohan. de Plat. & late Angel hic* tractant, an & quando & quatenus exemplum probet.

AD TITULUM XIX. LIBRI PRIMI INSTITUTIONUM, *DE FIDUCIARIA tutela.*

TEXTUS.

Eſt & alia tutela; quę fiduciaria appellatur: nam ſi pater filium vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps, impuberes manumiſerit, legitimam nanciſcitur eorum tutelam. Quo defuncto ſi liberi ejus virilis ſexus exſiſtant, fiduciarii tutores filiorum ſuorum, vel fratris vel ſororis, vel ceterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo liberi quoq; ejus legitimi ſunt tutores: quoniam filius quidem defuncti, ſi non eſſet à vivo patre emancipatus, poſt obitum ejus ſui juris efficeretur, nec in fratrum poteſtatem recideret; libertus autem ſi ſervus manſiſſet, utique eodem jure apud liberos domini poſt mortem ejus futurus eſſet. Ita tamen hi ad tutelam vocantur ſi perfectæ ſint ætatis: quod noſtra conſtitutio in tutelis omnibus & curationibus obſervari generaliter præcepit.

COMMENTARIUS.

1 *Defenſa vulgata lectio, & de ſpecieb. hujus tutelæ.*
2 *Unde appellata fiduciaria.*
3 *Explicatio textus.*

N*Am ſi pater*] Repetitio *verſ. nā ſi. tit. precedent. Legitimam tutelam.*] Quo ſenſu ita dicatur, diximus *tit. præced.*

Quo defuncto] Jam de fiduciaria tutela. Conſtitu-
enda † autem ante omnia eſt hujus loci lectio. Ita 1
habent editiones vulgatæ omnes ut expreſſi: *Si li-
beri ejus virilis ſexus exiſtant fiduciarij tutores filiorum
ſuorum, vel fratris vel ſororis; vel ceterorum efficiun-
tur.* Atque ita editio Pariſina. ita Contius, Baro,
Weſembec alii. Verum editio Ruſſardi non habet verba *filiorum ſuorum, vel ceterorum*, ſed ita: *fiduciarii tutores fratris, vel ſororis efficiūtur.* Ut tamen

verba illa quæ editiones aliæ omnes agnoſcunt, annotet in margine, & hoc adjiciat, abeſſe ea à Digeſtis; adeoque apparet eum motum eſſe ex *l. quo defuncto 4 de legit. tut.* ubi etiam tantum fratris & ſororis mentio fit, ſed minus leve hoc eſt argumentum, ut ex fragmento illo & centone quem deſcripſerunt compilatores, emendetur hic locus, quo ex profeſſo de hac tutela agit Juſtinian. Itaque omnino male Gothofr. in omnibus editionib. ſuis, quæ omnium manibus teruntur, omiſit, quæ omnino neceſſaria eſſe iſtud evincit, quod in pr. tit. agit Juſtinian. non tantum de filio emancipati, ſed etiam nepotibus: & conſequenter non tantum contingit caſus hujus tutelæ ubi frater tutor fit fratris emancipati, ſed etiam pater filii ſui, quem avus filiu in poteſtate retento emancipavit, & ſi pater non ſit, patruus fratris ſui filii emancipati erit tutor: quos tres caſus expreſſit Juſtinianus, verbis, 1. filiorum ſuorum, 2. fratris vel ſororis, 3. ceterorum. Expreſſit itidem, (quod magnum pro lectione quam defendimus præbet argumentum) Theophilus, *συμβαίνει*, inquit, *οὐ μόνον 1. ἀδελφὸς ἀδελφῷ γίνεσθαι φιδουκιάριον ἐπίτροπον, ἀλλὰ καὶ 2. θεῖον ἀνεψιῷ, καὶ 3. πατέρα παιδί*: quos ſingulos caſus exemplis illuſtrat. Proxima quæſtio eſt de
8 cauſa appellationis, † cur dicatur fiduciaria tutela. Numquam mihi ſapere potuit, quod communiter Interpp. hinc dictum putant, quoniam Lex confidat & habeat iſtam fiduciam, iſtas perſonas recte tutelam adminiſtraturas: neque enim ulli citra iſtam fiduciam quæcunque tutela committeretur; quamvis ita ſenſiſſe videatur Theophilus, qui inſcripſit ſumi titulum *περὶ τῆς Θαρρητικῆς ἐπιτροπῆς*, *Θαρρεῖν* enim ſignificat, confido. Inepte, ut mihi videtur. Ego in ea ſemper fui opinione, à fiducia contracta in emancipatione hanc appellationem deductam eſſe; de qua diximus *ſup. tit. 12. §. præterea 6.* & ſcilicet pater contrahere fiduciam & contracta fiducia emancipare dicebatur *§. ult. infra de legit. agn. ſucc. lib. 2 §. objicitur 15. ad SC. Tertull.* adeoque tutela illa quam pater in liberos emancipatos habebat, recte dicta fuiſſet fiduciaria, ſed quia ex cauſa ante dicta & ipſa legitima dicta fuit, videtur id nomen ad eam tutelam relatum, quæ perſonis hic enumeratis in liberos contracta fiducia emancipatis, competit. Atque ita deprehendo ſentire *Hottomannum hic*, ubi ait, abuſionem iſtius vocabuli, quod in patre defuncto non valuit, ad ipſius poſteros quaſi hereditariam alterius nominis penuria translatam fuiſſe. Jam ad rem. Ait Juſtinianus † perſonas iſtas eſſe fiduciarios tutores non legitimos. Huic ſententiæ objicit ipſe in *verſ. atqui.* ex quo videatur effici eſſe legitimos tutores. Si patrono qui ſervum manumiſit & ejus tutor legitimus fuit, defuncto, liberi ejus eodem genere tutelæ, impuberi adhuc liberto ſunt tutores; ergo etiam defuncto patre emancipatore, qui inſtar patroni legitimus erat filii tutor, liberi ejus debent cenſeri legitimi tutores. Ait verum prius, Ergo & poſterius. Hæc objectio removetur, & ſimul ratio diverſitatis redditur in *verſ. quoniam*: quod libertus impubes ſi ſervus manſiſſet, eodem jure fuiſſet penes liberos & heredes domini ſui, quo apud ipſum dominum fuit; æque nimirum ſervus: ſed filius non emancipatus mortuo patre ſui juris effectus fuiſſet, & minime in fratrum ſuorum poteſtatem recidiſſet. Hæc autem ratio tantum eſt particularis, & procedit in duabus ſpeciebus tutelæ fiduciariæ, qua frater fratris aut prædefuncti fratris emancipati ab avo liberorum tutor eſt; fallit autem in tertia ſpecie, quam habet pater in liberos ſuos emancipatus ab avo, quo mortuo nepotes non emancipati in patris ſui poteſtatem recidiſſent, & ei ſicut ante avo, omnia adquiſiviſſent. Et an igitur propterea pater hic liberorum ſuorum ab avo emancipatorum erit tutor legitimus? Ita quidem affirmat Hottomannus hic, pater, inquit, avo defuncti filii ſui emancipati haud dubie tutor erit legitimus. Sed contradicunt diſerte verba *in princ. tit.* quæ ipſe Hottomannus agnoſcit, ibi *fiduciarii tutores filiorum ſuorum efficiuntur.* Itaque juvandus eſt Juſtinianus, & intelligendum tum demum tutelam liberorum etiam legitimam eſſe ſicut patris fuit, ubi ex ſucceſſione ejus omne liberis quæritur, & ubi æque patroni ſunt liberi, & jus patronatus in eos ſimul deſcendit. Unde apparet generalis & duplex diverſitatis ratio. Nam liberi patroni ſi qua ratione excluſi patris hereditate fuiſſent, nullum jus in ſervo habuiſſent: at filius licet exheredatus mortuo patre liberos ſuos quos avus non emancipaverat, in poteſtate habuiſſet. Deinde in liberos una cum hæreditate deſcendit jus patronatus: atqui jus patronatus, quod avus in nepote emancipato habuit, non deſcendit in filium, nec filius ejus quem pater emancipavit dicitur patronus, nec bonorum poſſeſſionem contra tabulas filii ſui ab avo emancipati habet *l. 1. §. pen ſi quis à patr. manum.* Itaque recte negatur pater filiorum ſuorum ab avo emancipatorum eſſe 3

legiti-

legitimus tutor; & male Mynſing. ob iſtam rationem; quam propoſuimus, ſolum fratrem fiduciarium tutorem eſſe concludit, quæ & ſententia Jaſonis eſt *in addit. ad Porc.* qui putat patrem eſſe legitimum tutorem filii ſui, quem avus emancipaverat: & ob id; ſed omnino vitioſe, *in pr.* verba *filiorum ſuorum* explicat de liberis ejus, quaſi *ſuorum* ſcriptũ eſſet, pro, *ejus*: & falſum eſt, quod ibi dicit, perinde vocari patrem ad ſucceſſionem, atq; ipſum avum qui emancipavit.

Ideoq; nec in tutelam] Hæc verba expungit Hotoman: quoniam (quæ ipſius ratio eſt) ſi filius emãcipatus non fuiſſet, utique patre mortuo, frater tãquam proximus agnatus, legitimus tutor ejus fuiſſet. Sed cavillatio eſt: ſiquidem Juſtiniani argumentum eo tendit, ut probet, non eam eſſe tutelam nec eam ejus ſpeciem, quæ fuit penes patrem; ceteroquin non negat, quod filius non emancipatus in fratris tutela, quæ jure & proprie legitima dicitur, eſſe poſſit.

Illud notare recte videntur Interpretes, poſtquã Anaſtaſius fratribus licet emancipatis, jura agnationis conſervavit, & Juſtinianus in ſucceſſionibus, jura poteſtatis & emancipationis ſuſtulit, tutelam, quam hodie frater in fratrem emancipatum habet, legitimam recte appellari.

Si perfectæ ætatis ſint.] De hoc & an minor poſſit aut potuerit eſſe tutor, dicemus *infra ad §. Item major 13 de excuſ. tutor.*

AD TITULUM XX.

LIBRI PRIMI INSTITUTIONUM,

DE ATTILIANO TUTORE, & eo qui ex L. Julia & Titia dabatur.

TEXTUS.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur, in urbe quidem à prætore urbano & majore parte Tribunorum plebis, tutor ex Lege Attilia: in provinciis vero à præſidibus provinciarum ex Lege Julia & Titia. Sed & ſi in teſtamento tutor ſub conditione aut ex die certo datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iiſdem LL. tutor alius interim dari poterat. Item ſi pure datus fuerat, quamdiu ex teſtamento nemo heres exſiſtebat, tamdiu ex iiſdem LL. tutor petendus erat: qui deſinebat eſſe tutor, ſi conditio extiterat, aut dies venerat, aut heres exſtiterat. Ab hoſtibus quoque capto tutore, ex his LL. tutor petebatur: qui deſinebat eſſe tutor, ſi is qui captus erat, in civitatem reverſus fuerat: nam reverſus recipiebat tutelam jure poſtliminii.

COMMENTARIUS.

PRoponuntur varii caſus, quibus tutela dativa locum habet; abſoluto enim tractatu de tutela teſtamentaria & legitima jam tertio loco agitur de Dativa, cujus poſtrema cauſa eſt; adeo ut ſi extante tutore teſtamentario aut legitimo judex det tutorem, datio ſit ipſo jure nulla per *l. ſi ſororis 9. C. qui dar. tut.* proponitur autem cauſa efficiens hujus tutelæ & remota & proxima. Remota ſunt Leges, Attilia, itemque Julia & Titia, proxima ſunt magiſtratus, qui ſecundum eas LL. dant tutores. Et ex L. Attilia Romæ, prætor cum majore parte Tribb. plebis; vel potius prætor cum Tribunis; & ita apud *Livium l. 39.* Hiſpala Fecennia, tutorem à prætore & Tribunis petit; & quod majoris partis hic mentio fit, eo pertinet ut ei ſtatetur, quod majori parti Tribunorum placeret; cum alias quod & Hottom. hic notat, & innumeris Livii locis probetur, ita jus eſſet, ut unus Tribunus interceſſione ſua impedire poſſet, quod etiam ceteris omnibus placuiſſet; id jus ſublatum adeo in hac cauſa dandi tutores fuiſſe, apparet. Nimirum initio quidem duos tantum tribunos plebis, poſt decem creatos, & totidem perſeveraſſe ex Liv. conſtat.

Si cui nullus] Primus hic caſus eſt, quo ex iſtis LL. tutor datus, ſi omnes ſpecies tutelæ, de quibus hactenus actum eſt, deficiant. Sed quid cum fuiſſent tutores teſtamentarii, aut legitimi, & eorum unus reliquis decedit (nã ſi omnes moriantur, certũ jus eſt) an tum erit locus dativo in locũ demortui? Puto æſtimare prætorem an ſufficiant qui ſuperſint, & poſſe (non autem debere) ex cauſa in locũ defuncti dare alium, ut docet *l. ſi quis 11. §. ult. de teſt. tut.* & errat hic *Ioh. de Plat.* qui hoc tantum in teſtamentariis locum habere putat, non in legitimis: male adducta *l. 3. § ſed ſi 5. de legit. tut.* ubi excluditur ſequens gradus, quamdiu ſuperſunt ex præcedenti

cedenti proximo gradu; non autem excluditur dativus, ſi eum neceſſarium eſſe prætor deprehenderit.

Sed & ſi teſtament.] Alter caſus eſt, quo tutor quidem datus ſeu potius deſignatus eſt pupillo, ſed qui needum tutor eſſe poteſt: nam ut ſupra diximus, quoniam hic ſpes eſt teſtamẽtariæ, legitima ceſſat, tutor à magiſtratu datur.

Sub conditione.] Conditio ſuſpendit actum, adeo nullo modo poteſt interim dici tutor, ſed tantum ſpes eſt fore, ſicut in caſu conditionalis obligationis, ſpes tantum eſt, debitum iri §. *ſub conditione* 4. *infr. de V. O.*

Aut ex die certo.] Nam incertus ſub conditione cõprehenditur, de quo inf. Ratio a. hic poterat eſſe dubitandi, ut interim nõ tutor, ſed curator dandus videretur, argumento obligationis in diẽ; ex qua jam actio nata eſt, & debitum jam eſt, ſed tantum differtur actio. Ita & tutor ita datus videtur ipſo jure tutor eſſe, nec proinde admittere aliũ tutorem, juxta regulam §. *pen. inf. de curatorib.* Sed enim non bona eſt comparatio, nec quidquam adhuc juris ante diem habet tutor, nec ante quidquam in eum conferre voluit teſtator. An autem in locum legitimi, qui ad gerendum inhabilis eſt, interim tutor vel curator detur, dicemus *ad d §. pen.*

Quamdiu ex teſtamento.] Tertius caſus eſt, quo licet tutor pure ſit datus teſtamento, opus tamen eſt tutore dativo, ubi ſcil. needum hereditatis aditio facta eſt, quæ tum cetera, tum etiam tutelæ dationem cõfirmat *l ſi nemo 9. cum l ſeq. de teſtam. tut.* Poteſt autem longiuſculum tempus intercedere; quia forte condit o adſcripta, vel heres jure deliberandi utitur. Hottoman. hunc locum negligentiſſimeà Triboniano tractatum affirmat, eo quod pertineat hoc tantũ ad caſum pupilli exheredati, non etiã inſtituti. Eum reprehendit *Alber. Gent dial. 6.* ait utiq; hoc etiam obtinere quando pupillus non ſuus inſtitut⁹ eſt. Sed ſane huic jure nõ datur tutor, ut ſup a expoſuimus ad §. 2. *tit.* 13. adeo referendum ita fuerit ad caſum, quo tutor eget confirmatione, à patre, emancipato, vel à matre aut aliis pupillo inſtituto datis, de quo tractavimus quædam *ad §. certa ſup. ti* 14. tum etiam ubi pupillus inſtitutus fuit cui datus eſt tutor, tantũ illi datur tutor ad adeundam hereditatẽ: ut eo loco diximus; quod curator hic inutilis eſt ex ratione *l. curatorem 19 de autor. tut. l. 17. § 1. de appell.* atquin Juſtinianus hic magis agit de caſu, quo ſimpliciter non ad unum actũ tutor datur. Neq; tamen eſt quod reprehendatur Juſtinianus, qui tantum voluit tractare caſum, quo opus eſt tutore dativo; quod tantum illo caſu verum eſſe videtur, & neceſſarium, ubi confirmatio teſtamenti pendet à facto & aditione alterius; ceteroquin in tutela teſtamentaria pura ſi inſtitutum ponat pupillum, exiſtentia ipſa confirmabitur tutela, quæ verior eſt ſententia, utcumque acceperit pupillus coheredem vel ſubſtitutum, licet eo caſu communiter Dd. veliut jura ſutatis quodammodò vulneratt, &, ut not. Ang. hic, requirant hoc caſu Attilianum tutorem, cujus autoritate adeat pupillus. Illorum autem ſententia probanda non eſt, qui putant judicis autoritate adeundam hereditatem: neque enim iſtud ad officium magiſtratus pertinet. De ſuitate & ejus effectibus agemus *infra libro 2 tit. 19.*

Qui deſinebat] Repetit caſus quos propoſuerat. & pertinet hoc ad modos quibus finitur tutela dativa. quod attigimus *ad §. ad certum tempus tit* 14. poſſe magiſtratum uſq; ad tempus, & quaſi ad certam conditionem tutorem dare.

Ab hoſtibus quoque tutore capto] Atquin non videbatur tutori dativo, ſed potius curatori eſſe locus, per regulam *d §. pen. de curatorib.* quoniam reverſus ab hoſtibus, cum perinde habeatur, ac ſi retro ſemper in civitate fuiſſet, hac fictione ſtante fit, ut tutor intelligatur datus ei qui tutorem habuit. Et non confirmatur hic locus *ex l. 1. § 2. de legit. tutor.* quem ad hoc adducit Hot: ſed magis impugnatur: & ſcil. ſi proximus agnatus apud hoſtes ſit, negatur eſſe ſequenti locus. Propter jus poſtliminii ſcilicet, quod facit, ut pro tutore habeatur: quamvis ſane illa difficultas manet, quod *in d §. 2.* à prætore dandus dicitur, &, ut contextus arguit, *tutor*, videbimus *infra ad d § pen.* Interim hoc in mentem venit quoniam pupillo recte & plene per curatorem proſpici non poteſt, arg. *l. cum in una 17. § 1. de appell* in incerto eventu tutoris reditus, placuiſſe potius tutorem dari quam curatorem.

Recipiebat tutelam] Apparet adeo de eo tractari, qui cum jam tutor actu eſſet, ab hoſtibus captus fuit: ceteroquin facilius eſſet tutori locus.

Reverſus.] Quid ſi apud hoſtes deceſſerit? Conſtat eum perinde haberi, ac ſi ipſo puncto captivitatis mortuus fuiſſet; Quo poſito in veritate, locus fuiſſet legitimo, vel ſi agnatus tutor captus fuiſſet, agnato ſequentis gradus. Itaque ſi hanc rationem ſequimur, oportebit tum tutorem prætorium cedere, ad aliũ poteſtate juris tutela devoluta. Quod etiam addendum eſt & ſuppleudum ad *d. l. 1. §. 2.*

& ad

& ad §.1.h.t. in fin. ut nimirum ſi conditio, ſub qua tutor teſtamento datus fuerat, defecerint, tunc ceſſante dativa, incipiat locus eſſe tutelæ legitimæ, quod firmatur per caſum *l.ſi tutor §.1. de tut. & rat. diſtrah.*

Obiter hic notandum de LL. quarum in pr. tit. mentio fit. Ex citato a te loco e *Livio lib.39* apparere hanc Legem antiquam fuiſſe; quod unicum notat *A. Auguſt. de LL.* & ſuſpiciones tantum adducit *Hottomannus*. Bonus *Ferrarius Mont.* & eum ſecutus *Myſ.* confidenter ſcribunt, à L. Attilio, & Claudio Martio tribunis plebis latam hanc legem. Sed enim ſcriptum eſt apud *Livium lib. 9.* à L. Attilio & C. Martio latam Legem de Tribunis militum: hujus autem de qua quærimus, nullum veſtigium, & inſuper indocte vocatur Claudius Martius, cum utrumque & Martius & Claudius non prænomina, ſed gentis nomina ſint, quæ in uno non concurrebant, Julia quoque & Titia Lex, quando aut à quibus lata fuerit non reperio. *A Cæſare* vel Auguſto latam putat Weſemb. ſed LL. Juliæ nullam aliam habere conjunctam appellationem: hæc ante non eſt Lex Julia Titia; vitioſe enim dicitur L. Julia, Papia: ſed Lex Julia ſola ea de re fuit, à qua diverſa Papia Poppæa, quæ a Conſulibus nomen accepit.

TEXTUS.

1. Sed ex his LL. tutores pupillis dari deſierunt, poſteaquam primo Conſules, pupillis utriuſque ſexus tutores ex inquiſitione dare ceperunt: deinde prætores ex cõſtitutionibus. Nam ſupradictis Legibus neque de cautione à tutoribus exigenda rem ſalvam pupillis fore: nec de compellendis tutoribus ad tutelæ adminiſtrationem quidquam cavebatur.

COMMENTARIUS.

Multiplex jus circa dativam tutelam hoc tit. recenſet Juſtin. & poterat tamen ea ſuperſedere relatione, & ſimpliciter jus uſitatum proponere: primum eſt, de quo initio hujus tit. ex LL. Attilia, & Julia Titiaq; ſequitur alterum h. §.

Poſteaquam primo Conſules.] Hoc Claudio tribuit *Sueton cap.23.* ſanxit, ait, ut pupillis extra ordinem à Conſulibus tutores darentur; ejuſq; rei veſtigium eſt *in l.1.§.in fi. de conf. tut.* ubi ſi quid deeſt, ſupplendum dicitur, per conſulatem poteſtatem, & ut eſt in Græco, ἐκ τῆς τῶν ὑπάτων ἐξουσίας. Atqui cum Juſtinianus hic non obſcure innuat, jus conſulum in dandis tutoribus ad prætores poſtea tranſiiſſe, (quod M. Antonino Phil. tribuit *Cap. tol. cap.4* prætorem, inquit, tutelarem primus fecit, cum ante tutores à Conſulibus poſcerentur) non potuit tempore Modeſtini, qui utique poſt Antoninum vixit, ea poteſtas conſulum fuiſſe. An forte etiamtum jus iſtud aliquando ſibi conſules uſurparunt? an parum accuratus fuit Modeſtinus, dum meminit poteſtatis conſulatis, quæ tum ceſſabat hac in re.

Ex conſtitutionibus.] Cur ait ad prætorem hoc translatum ex conſtitutionibus, & hæc in re quaſi opponit jus anterius, quo Conſules dabant tutores, cum tamen ut oſtendimus, utrumque hoc fuerit ab Impp. antent magis dicitur ex conſtitutionibus eſſe, quod ſanxit M. Antoninus, quam quod Claudius? An quod de conſtitutionibus dicitur, ad utrumq; referimus, an quædam aliæ & poſteriores conſtitutiones prætoribus jus hoc iterum tribuerunt?

Ex inquiſitione.] An igitur tum demum & ſub Claudio per conſules ex inquiſitione tutores dari cœpti, & ante prætores cum Tribunis ſine inquiſitione tutores dederunt? Id ſane vix probabile eſt. An forte propria quædam tum ratio inquirendi inſtituta? Multa ejuſmodi non fingunt, ut modeſtius nos jura tractare conveniat, nec propterea velim eum Hott mutare textum & legere *ex juriſdictione*: quamvis ita Theoph habeat *κατὰ juriſdictionem*: neq; enim ille ſemper verbis Juſtiniani inhæret: & omnino non ſequitur conſules ceperunt date tutores ex inquiſitione; ergo ante prætor cum tribunis non inquirebat.

Nam ſupradd. LL.] Cauſam reddit, quare à jure veteri & LL. Attilia, Titia & Julia receſſum ſit, quoniam per illas non ſat pupillis proſpiciebatur. Duplex autẽ vitium illarum LL. notat, 1. quod iis nihil cautum erat, de ſatiſdatione exigenda à tutoribus de qua *inf. tit. 44.* Sed occurrit ſcrupulus ex *d. tit. 24. §. ult.* ubi dicitur, quod majores magiſtratus non exigant ſatiſdationem, adeo nec cõſules, nec prætores, de quibus h. §. agitur, & quomodo igitur hoc poteſt vitium notari in illis LL. ſi conſules & prætores, quib. jus hoc dandi tutores tributum eſt, non exigunt ſatiſdationẽ? Vix habeo quod reſpondeam; niſi forte poſt aliquid innovatum, ut ne prætores amplius exigerent ſatiſdationem: aut aliquando etiam ſatiſdationẽ ex ſpeciali

cauſa exigerent: aut prætorum poteſtas in dandis tutoribus non tantum finibus urbis Romæ concluſa fuit, ſed etiam ad municipia viciniora porrecta & pupillos ibi domicilium habentes, quibus ut darent tutores, magiſtratus municipales monebant (de quo *in §. ſeq.*) quibus ſatisdationem exigere incumbebat, quod bene confirmat *l. 5. de confirm. tut. & infr. de ſatiſd. in pr.* dicitur, curare debere prætorem ut tutores ſatiſdent, & tamen mox ſubjicitur, non ſatiſdare tutores ex inquiſitione datos, quomodo ſane dantur à prætore, adde quæ dicemus *infr. ad pr. de ſatiſd. tut.* Alterum vitium notatur, quod LL. illis non erat cantũ, de tutoribus ad adminiſtrationem compellẽdis; quod rurſus accipiendum eſt de certis inductis remediis, mulctis dicendis, & pignoribus capiendis; extra ordinem *l. 1. in pr. de admin. tut. l. 3. C. de ſuſpect. tut. l. 1. in fi. C. in quib. caſibus tut. hab.* adde notata *infr. ad §. ſciendum in fi. de ſatiſd. tut.* ceteroquin abſurdũ ſit exiſtimare, antea in arbitrio fuiſſe tutorum quos prætor & Tribuni plebis conſtituerant, an adminiſtrationẽ ſuſcipere vellent, necne. Addit Weſ. aliam rationem cur prior ratio dandi tutores ceſſaverit, quoniam poteſtas Tribunitia tum tranſlata fuerit ad Auguſtos. Sed errat. Et Impp. enim ut ſacroſancti eſſent, aſſumebant ſimul tribunitiam poteſtatem: ſed non propterea ſublati tribuni plebis; quos adhuc ſub Impp. fuiſſe certiſſimum eſt. Et tamen pro Weſembec. Suet. de Auguſto c. 27. Tribunitiam poteſtatem perpetuam recepit, in qua ſemel atque iterum per ſingula luſtra collegam ſibi cooptavit, & tamen cõtra videtur ſcribere *Dio. lib. 53.* quod Impp. quotannis poteſtatem hanc cum tribunis ejus anni renovent.

TEXTUS.

3. Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor, ſecundum ſuã Juriſdictionem: in provinciis autem præſides ex inquiſitione tutores crearent: aut magiſtratus juſſu præſidum, ſi non ſint magnæ pupilli facultates.

COMMENTARIUS.

Tertium iſtud vel potius quartũ jus eſto; quod in uſu eſſe perhibet Juſtinianus, ubi hoc addẽdum, quidnam ſit *Inquirere*: & nimirum duplex inquiſitio eſt, ubi confirmandus eſt tutor, & ubi ab initio dandus. In illa quæ ſpeciatim requirantur, docet *l. 7. §. 1. de conf. tut.* In genere & utrobiq; conſideratur, an perſona ſit apta *l. 1. §. 2. de conf. tut.* quod æſtimatur ex facultatib. & ex moribus *l. 8. de confirm. tut.* tum decretum interponendum eſt *d. l. 7. §. 1 in fin.* Duo autem h. §. occurrunt ſcrupuli. 1. Quod dicitur prætorem dare ſecundum ſuam Juriſdictionem. 2. Quod ſequitur, magiſtratus municipales dare tutores juſſu præſidum. Idque priori conſequens; quoniam eſt hoc ordinarii juris, ut quiſque juriſdictionem ſuam, & ea quæ ad juriſdictionem pertinent, & juriſdictionis eſſe dicuntur, alteri peragenda delegare, mandare & committere poſſit, *l. more 5. cum l. ſeq. l. ſolet 16. cum l. ſeq. de juriſdict.* utrique autem contradicit, tum quod Ulpianus ſcribit in *l. muto 6. § tutoris 2 de tutelis*, tutoris dationem non eſſe juriſdictionis, ſed ex ſpeciali conceſſione competere; tum quod mandari à præſide non poſſe jus dandi tutores reſponſum eſt in *l. nec mandante 8 de tutor. ib. dat.* & ita habet ſe res, ut hæc duo inter ſe opponi ſoleant, competere alicui vi juriſdictionis & jure magiſtratus; & competere ſpeciali Legis conceſſione; ita ut illa quidem mandari & per alium expediri poſſint; hæc autem non poſſint. quoniam Lex vel Princeps dum in ſpecie hoc magiſtratui permittit, ejus fidem & induſtriam elegiſſe intelligitur, & per eum ipſum voluiſſe expediri: & iſta probantur vulgato textu in *l. 1. in pr. de offic. ejus, cui mand. eſt juriſd.* iſta explicatione, non unius homonymiæ in verbis & phraſibus extricantur. Interpp. enim vulgo nihil hic intelligunt, & multos fundunt errores. Et initio juriſdictionis eſſe, vel vi juriſdictionis aut magiſtratus jure competere, dupliciter dicitur tum in ſpecie, tum in genere. Illo modo dicuntur & intelliguntur, quæ natura ipſa inſunt juriſdictioni, quam quiſque magiſtratus pro conditione ſua habet, more majorum, de quibus loquitur JCtus *in d. l. 1. de off. ejus cui mand. eſt jur. ſd.* quod nimirum iſta mandari poſſint. Hoc modo intelliguntur omnia ea, quæ à Lege vel conſtitutione non perſonæ ſingulari, ſed officio v. e. prætoris aut præfecti commiſſa ſunt. Et iſta mandari nequeunt. Et poſteriori hoc ſenſu tutelæ vel tutoris datio poteſt dici eſſe juriſdictionis prætoriæ, & prætor dare tutorem ſecundum ſuã juriſdictionem, ut hoc §. & eodem ſenſu dicitur tutorem dare, cujus de re juriſdictio eſt *l. 3. in pr. de poſtul. & in l. 3. §. ſed & ſi 5. judic. ſolu.* quamvis alii hæc omnia loca ita nec abſurde explicent, quod prætor det tutorem iis qui ſub juriſdictione ſua conſtituti ſunt; ut maxime enim ſpeciatim Lege hoc conceſſum

ſum ſit prętori, attamen non aliis pupillis, nec alios tutores dare poteſt, quã qui ſunt ipſius juriſdictioni & poteſtati ſubjecti, & de ejus, ut loquuntur, territorio. Addendum & hoc eſt, quod juriſdictionis verbum ſumitur aliquando latius, ut non tantum contineat ea quæ pertinent ad tractationem controverſiarum civilium, ſed omnia alia quoque quæ ſunt officii magiſtratus undecunque tãdem ea habeat: quam juriſdictionem legalem, vel ſingularem quidam ſolent appellare *Donell. 17. comment. 8. Scip. Gent. d. lib. 1. de Iuriſdict. c. 19.* Ex quibus intelligitur, quomodo h. §. prætor dicatur tutorem dare ſecũdum juriſdictionem ſuam, ceteroquin proprie & in ſpecie non dat tutorem vi magiſtratus & juriſdictionis ſuæ, quam more majorum habet, ſed ſpecialis conceſſionis. Idq; ipſe totus hic titulus oſtendet: quia in l. 10 L. Atilia Julia & Titia, prætori & Tribunis, poſt Claudius Conſulibus, mox M. Antoninus prætori proprium ius dandi tutores conceſſerunt. Et hęc ad primum ſcrupulum, an & quatenus ius dãdi tutoris poſſit dici juriſdictionis. Alter huic connexus eſt, & ex iis quæ jam diximus efficitur, cũ iſtud ius non competat vi ordinariæ juriſdictionis, mandari quoq; id non poſſe; & ſanę ſcriptum eſt *in l. 3. de tutorib. & cur. dat.* omnibus magiſtratibus municipalib. id ius eſſe conceſſum; adeo quod iam habent, ut illis mandetur neceſſarium non erit. Hinc natæ ſunt variæ explicationes ad hunc locum; & iſta verba, *Iuſſu præſidum.* Ego hoc ita explicare ſoleo. Magiſtratus municipalis habuit ius dãdi tutoris, ut ita dicam, particulare, in pupillos illius municipii; præſes autẽ habuit ius univerſale in omnes totius provinciæ, adeoque ſingulorum & univerſorum municipiorum pupillos. Itaq; præſes cum omnibus & ſingulis magiſtratib. municipalib. concurrit in iure dandi tutoris aut, cum ipſe præſes in magiſtratus iſtos imperium habeat, procul dubio eius ius fortius ſit & potentius & prius. Huic conſequens eſt, ut ubi caſus, quo dandus eſt tutor, contingit, referatur prius res ad præſidem, qui dabit tutorem ſi iure ſuo uti velit, & ceſſabunt tum partes magiſtratus municipalis: Ubi vero pręſes vel occupatus, vel aliis de cauſis tutorem dare nollet, tum illæ futuræ ſunt partes magiſtratus municipalis, qui ſcilicet dabit tutorem non mandatu præſidis, cum ipſe hoc ius ſibi conceſſum habeat *d. l. 3. de tutorib. dat.* ſed tamen cum prius expectare eum oporteat an ſuo iure uti præſes velit, fit, ut præſide hoc ad magiſtratus municipales remittente, videantur ipſius iuſſu dare tutores; quos ſane dant illius iuſſu & monitione præcedente, atque ita in *l. tutores 3.* de prætore dicitur, quod iuſſerit, ut magiſtratus ſcil. minores confirmarent tutores; hoc eodem ſenſu in *l. Lucius 46. §. cum teſtamento. 6. de adm. tut.* dicitur præcepto præſidis tutor datus à magiſtratibus municipalibus. Idq; eleganter confirmatur ex *l. 1. § magiſtratibus. §. 6. de magiſtr. conv.* ubi dicitur imputari magiſtratibus municipalibus, ſi MONITI non dederint tutores. Et nimirum officium erat illorum, ut referrent ad præſidem, quod pupilli indigerent tutoribus, & ſimul etiam quoſdam ex municipio nominarent tutores; quos pręſes aut dabat tutores, aut rem ad illos remittebat, ut apparet *ex d. l. 1. § ſi præſes 3. & §. ſi curatores 5. de magiſtr. conven.* Hæc eſt ipſiſſima veritas rei; & proinde quod in *d. l. §. 6. in fin.* de mandato dicitur, explicandum eſt *ex præcedd. dd. §§.* ut non intelligatur ita mandatum quaſi ipſi jus dandi tutores non habeant. Non obſtat item, quod proconſulis legatus poteſt dare tutorem *l. pen. de offic. proc. & leg.* qui videtur omnia habere ex mandata juriſdictione. Sed enim legatus ex ſpeciali conceſſione jus dandi tutores habet *l. 1. § 1 de tut. & cur. dat.* licet id jus demum exercere poſſit poſt mandatam juriſdictionem; quia tum demum legatus officio in provincia fungi intelligitur. Nec hic quidquam mutatum eſt, & errant poſt gl. Interpp. qui ſcribunt, hodie iſtud competere jure magiſtratus, & poſſe delegari, non tamen cuivis, ſed habenti juriſdictionem; quod merum eſt commentum.

Vel magiſtratus.] Non dubium eſt quin hic intelligantur magiſtratus municipales, ut monuimus quoq; ſupra *ad §. præterea 6. Quib. mod. jus pat. pot. ſolv.*

TEXTUS.

4. Nos autem per conſtitutionem noſtram hujuſmodi difficultates hominum reſecantes, nec exſpectata juſſione præſidũ, diſpoſuimus, ſi facultates pupilli vel adulti, uſque ad 500. ſolidos valeant, defenſores civitatum, una cum ejuſdem civitatis religioſiſſimo Antiſtite, vel alias publicas perſonas, id eſt, magiſtratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela ſecundum ejuſdem conſtitutionis normã præſtanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiunt.

AD TITULUM XXI. LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE AVTORITATE TVtorum.

TEXTUS.

1. Autoritas autem tutoris in quibuſdã cauſis neceſſaria pupillis eſt, in quibuſdam non eſt neceſſaria. Ut ecce ſi quid ſibi dari ſtipulentur, non eſt neceſſaria tutoris autoritas; quod ſi aliis promittũt pupilli, neceſſaria eſt auctoritas tutoris. Namq; placuit, meliorem quidem conditionem licere eis facere, etiam ſine tutoris autoritate deteriorem vero nõ aliter, quam cum tutoris autoritate. Vnde in his cauſis, ex quibus naſcuntur mutuæ obligationes, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depoſitis, ſi tutoris autoritas non interveniat, ipſi quidem qui cum his contrahunt obligantur: at invicem pupilli non obligantur.

COMMENTARIUS.

Continuatio hujus tit. videtur petenda ex §. pẽ. tit. præc. quoniam in eo quoq; cõſiſtit pars gubernationis, ut pupillo autoritas præſtetur, id eſt iis quæ pupillus gerit, & quæ ſcilicet legitima & valida ab eo geſta eſſe debent; quoniam cum inhabilis etiam num ſit & imperfecta iſta ætas, autoritate tutoris quodammodo habilitatur, ut mox dicemus ad §. 2. *hujus tit* Et eſt autoritas vel interpoſitio autoritatis nihil aliud quam approbatio negotii, quod pupillus gerit. Nam in adminiſtratione tutelæ, quædam agit tutor ſolus, quædam agit pupillus cum tutore, nam autoritatem præſtando, non tam agit tutor aliquid, quam pupillo agenti adeſt. Et rurſus id aliquando arbitrarium eſt, ut pupillus & tutor concurrant, (multa enim facere ſolus tutor poteſt, ſuper quibus pupillo ſi velit ea agenti poteſt adeſſe) aliquando neceſſarium, veluti, ſi agatur de adquirenda hæreditate, (quam tutor adire non poteſt, pupillus autore tutore poteſt, & debet §. 2. *h. t.*) conſtituendo procuratore. §. *ult. inf. de curatorib.* Et igitur in quibuſdam actibus oportet concurrere pupillum & tutorem; quoſdam tutor ſolus recte peragit, & quos ſi pupillus exſequi velit ſiquidem validi eſſe debeant, opus eſt autoritate tutoris; Ceteroquin ea deficiente ſunt invalidi per ſe, ſed ſuſtinentur favore pupilli in quantum ipſi utile eſt, & commodum. Id enim eſt, quod in *pr. tit.* dicitur, poſſe pupillum meliorem facere ſine tutore conditionem ſuam veluti ſi ſtipuletur ſibi quid dari; licet n. propter ætatem pupillarẽ ſit reipſa invalidus actus, de quo *inf. de oblig. & ad §. pupillus 9. infr de inutil. ſtip.* tamen favore pupilli ſuſtinetur actus, ut huic actio efficax contra alterum detur, cui merito imputatur, quod cum talis ætatis homine contraxit.

Dari ſibi ſtipulentur. Ita enim fit conditio pupilli melior. Nullũ periculum eſt, inquit ille apud Plautum in Pſeudolo, ſtipularier, obligatur enim qui promittit, non qui ſtipulatur; & eſt omnino iſte contractus μονόπλευρος.

Deteriorem] Dũ videlicet obligatur pupillus efficaciter, ut conveniri poſſit. Ceterò effectu non fit deterior cõditio ejus, quippe qui ſi quid ex tali obligatione ſentit damnum cum tutor imprudenter & non recte præbuit autoritatem, per actionem tutelæ indemnis ſervatur. Tutoris enim eſt expendere, an & quando debeat pupillo aliquid agenti præſtare autoritatem. Porro an & quando pupillus & quomodo, ſine tutore obligetur, ſaltem naturaliter, dicemus *infr. libr. 3 tit de inutil ſtip.*

Obligationes mutuæ] Opponuntur ſtipulationi, ex qua tantum ex una parte naſcitur obligatio, itaq; prout tutoris autoritas acceſſerit vel non; itemque prout pupillus, aut ſtipulatus eſt, aut promiſit totus contractus, aut validus, aut nullus eſt; ubi mutuæ ſunt obligationes, & pupillus ſine tutore contraxit: contractus, ut loquuntur, claudicat, & pro parte valet, qua cæteros alios teneat, pro parte non valet; & adde ad hæc *l. pupillus 11. de adq. rer dom. l. ſi ut 7. §. 5. de reſc vend l. Iulianus 13. §. ſi quis à 29. de act empti.* Ita autem obtinet in obligationibus, quæ ex conventione & facto aliquo naſcuntur; Ceteroquin ubi ex re actio venit, obligatur pupillus etiam ſine tutore, ut in ſpecie *l furioſus 46. de O. &*

eadem ratione pupillus ſine tutore adquirere non poteſt, quoniam & prætorius iſte hæres perinde ac civilis obligatur. Poteſt tamen ſupplere defectum tutoris judex ſive magiſtratus, ſi ex certa ſcientia pupillo petendi decernat bonorum poſſeſſionem *l. bonorum 7. C. qui admitti.* quod ipſum non dubito eſſe à juris veteris ratione alienum. Tutor autem hic ſolus bonorum poſſeſſionem petere poteſt, *l. 8. & 11. de bonor. poſſeſſ.* quia nulla hic ut per aditionem hæreditatis, adquiritur vel imprimitur qualitas perſonalis.

Neque hæreditatem ex fideicommiſſo] Et hic eadem ratio eſt, quoniam in eum qui accipit hæreditatem ita reſtitutã tranſeunt obligationes & actiones mutuæ. Unde ex conſtantia hujus rationis, ejus veritas arguitur. De fideicommiſſis & eorum reſtitutione agitur *inf. lib. 2 de fideicom. hæred.*

TEXTUS.

3. Tutor autem ſtatim in ipſo negotio præſens debet auctor fieri, ſi hoc pupillo prodeſſe exiſtimaverint: poſt tempus vero vel per Epiſtolam, aut per nuntium interpoſita auctoritas nihil agit.

COMMENTARIUS.

EST de modo & forma interponendæ autoritatis. Pupilli nimirum perſona inhabilis ad actus quoſcunq; rite gerendos, quodammodo integratur per interpoſitionem autoritatis; quę nihil aliud eſt, quam negotii à pupillo geſti, & plene ac plane cogniti, legitima approbatio; hoc enim eſt autorẽ fieri, ut ſcribit *Paulus in l. 3. h. t.* Legitime autem hoc fit tripliciter. 1. ſi ipſe tutor una cum pupillo negotium tractet, 2. ſi negotium à ſolo pupillo coram & præſente ſe geſtum, ſtatim ut perfectum eſt approbet; 3. ſi negotium etiã abſente ſe à ſolo pupillo geſtum, ſtatim ſuperveniens, & de omnib. ejus circumſtantiis edoctus, comprobet. De prioribus duobus membris, non eſt controverſia; poſterius ſunt qui negent, & omnino præſentiam tutoris in ipſo negotio urgeant, per hunc ipſum textũ *junct. l. obligari 9. §. tut. 5. h. t.* Sed non ſunt cavillanda Legũ verba ſatis n. intelligi: ut in ipſo quaſi negotio autor factus, ſi mox eo perfecto ſuperveniẽs id approbet, quam interpretationem & alii textus juris ſuadent, ut in *l. ſi quis 25. § juſſum de adq. hær.* ubi autoritas dicitur interponi perfecto negotio; & in *l. nunquã 31. in pr. de uſuc.* ubi dicitur tuuti iter interponi autoritas poſt longum tẽpus. Ita in *repræſenti* explicatur in *l. 1. inf. de ſolut.* ſtatim atq; ſolutũ eſt. Neq; verum eſt, quod autoritas ad ipſius actus ſolemnitatem pertineat, cum ſit nihil aliud, quam negotii approbatio, & adeo ipſius actus eſſentiam non ingreditur; & ambigue dicitur, quod per autoritatem tutoris integretur perſona pupilli; ſed imo actus integratur & validatur; quod etiam fieri poteſt autoritate mox ſecuta. Et alia epiſtolæ & nuntii, alia vero ipſius tutoris mox præſentis ratio eſt; quoniã poteſt abſens facile falli in expendendis & cognoſcendis omnib. negotii circumſtantiis; & vero non poteſt approbari recte negotium in his noſtris terminis, ad effectum ut pupillus obligetur, niſi plane & plene cognitum ſit. Poſuimus tres caſus & modos, quib. autoritas recte interponitur. Quæritur de quarto, an poſſit autoritas interponi ante negotium; ita ut tutor negotium gerendũ probet, quod mox abſente tutore pupillus ſolus expediat. Quod adfirmat *Cujac. 13. obſ. 11.* & jam olim probavit *Bart in d. l. 9. § inter 5. h. t.* ubi ait autoritatẽ poſſe interponi vel modicũ ante vel modicum poſt: ut non interveniat actus medius, ut hoc *accipit Ang. h. t.* Quod tamen ita accipiendum erit, ſi tutor diſceſſurus accurate pręſcribat, quomodo negotium gerendum ſit; à qua forma ſi diſcedatur, nulla erit autoritatis interpoſitio. Itaq; nihil obſtabit *d. l. 3 1. in pr. durae. cap.* Ubi initio venditionis tantum interfuit tutor, & cum diſceſſiſſet, pupillus cetera nulla ſibi præſcripta forma ex arbitrio ſuo egit; quod fit inutiliter.

Præſens debet autor fieri. Non tantum corpore, ſed etiam & magis animo, ut omnia quę aguntur intelligat *l 1. inf. & l. non multum 24. h t.* Et ita ut expreſſe probet actum, nec ſufficiat præſentem eſſe & tacere, adeo ut quidem quos refert *Angel hic* nec ſufficere putent, ſi tutor dicat ſe conſentire, ſed neceſſe ſit eum dicere ſe autorem fieri; quæ tamen ſententia procul dubio falſa eſt.

Si hoc pupillo prodeſſe. Ipſius n. judicio hoc permittitur, nec magiſtratus eum autoritatem interponere cogi, ſed ſi id non fecerit, & pupillus ita damnum paſſus ſit, eo nomine judicio tutelæ tenetur; ſicut & è contra ſi temere interpoſuerit autoritatem *l. tutor 10. & l ſi tut. 17. h. t. l. 1. & ſi tut. vel cur. interv.* Coguntur tamen defendere pupillum *l. ult. § C. de admin. tut.* An iſtud forte non eſt neceſſitatis præciſæ. An Juſtin. aliquid ibi novi conſtituit? aut an ideo eos initio hoc promittere vult, quod omnino velint defendere judicio pupillum.

TEXTUS

TEXTUS.

Si inter tutorem pupillumque judicio agendum ſit, quia ipſe tutor in rem ſuam auctor eſſe non poteſt, non prætorius tutor, ut olim, conſtituitur, ſed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragitur, & eo peracto curator eſſe deſinit.

COMMENTARIUS.

SUp. *tit.* 14. §. *certa.* pro regula traditur ad certum actum, certam rem aut cauſam non dari tutorẽ. Exceptio olim fuit, ſi lis judicio tractanda eſſet inter tutorem & pupillum & præter eum nullus alius eſſet tutor: (ceteroquin autoritate unius cum altero judicium ſuſcipitur *l. ſi plures* 24. *de tut. teſtam.*) quoniam enim ipſe tutor cui lis cum pupillo erat, autor eſſe non poterat, interim ad eum actum prætor dabat tutorem, idque moribus fieri ſcribit *Ulp. tit. XI. de tut. §. morib.* 23, atq; adeo oportet, aut ut Ulpianus refert jus vetus *d. §* 23. quod tum obſoletum erat, aut ut apud eundem Ulpianum in *l.* 3. §. 2. *& 3. de tutelis*, pro *tutore* ſubſtitutus ſit *curator.* Puto autem tutorem neceſſarium fuiſſe viſum, propter perſonam pupilli, à quo quæ agenda ſunt, non videntur recte ſuppleri per curatorem *arg. l. cum in una* 17. §. 1. *de appellat.* ſed nimirum cum judicia per quemcunq; procuratorem tractari poſſent, placuit poſt, & hic ſufficere curatorem. Hodie autem iſte caſus rarior eſt, ſiquidem Juſtin. & prohibet eum tutorem eſſe qui debet pupillo, vel cui pupillus debet, & ſi poſt tutelam cœptam tale quid accidat, adjungi tutorem vel curatorem perpetuum, jubet *N* 72. *cap* 1. *&* 2. adeo non opus erit, ut ad iſtum actum petatur curator, qui finito judicio diſcedat *h. §. in f.* 13. *C de in lit dand. tut.* dixi oportere hunc caſum eſſe rariorem: quoniam ſolent quidam limitare *d. N.* 72. in tutore teſtamentario, quem ex certa ſcientia pater filio dedit tutorem.

In rem ſuam autor.] Regula eſt hæc in *l. 1. in pr & l. quod dicimus* 7. *h. t.* & iſtud in noſtro caſu accideret abſurdi, ut idem eſſet Actor & Reus. Per cõſequentiam tamen & ex accidenti contingit, ut tutor quaſi in rem ſuam autor fiat, ſi pupillus autoritate tutoris adeat hereditatem ejus qui tutori debet *d. l. 1. h. t.* At quomodo aut quo autore obligatur pupillus tutori contraria actione? Diximus ad *pr. h. tit.* obligationem iſtam videri naſci ex ipſa re. Illud perſpicuum eſt, hic tractari non de judicio tutelæ quod finito demum officio locum habet, sed de judicio ex alia cauſa inſtituendo.

AD TITULUM XXII. LIBRI PRIMI INſtitutionum,

QUIBUS MODIS TUtela finitur.

TEXTUS.

1. Pupilli pupillæque cum puberes eſſe ceperint, à tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non ſolum ex annis, ſed etiam ex habitu corporis in maſculis æſtimari volebant. Noſtra autem majeſtas dignum eſſe caſtitate noſtrorum temporum exiſtimans, bene putavit, quod in fœminis, etiam antiquis impudicum viſum eſt, id eſt, inſpectionem habitudinis corporis hoc etiam in maſculos extendere. Et ideo noſtra ſancta conſtitutione promulgata pubertatem in maſculis poſt decimum quartum annum completum ilico initium accipere diſpoſuimus: antiquitatis normam in fœminis bene poſitam in ordine ſuo relinquentes: ut poſt duodecim annos completos, viri potentes eſſe credantur.

COMMENTARIUS.

1 *Pubertatis terminus.*
2 *Error Triboniani.*
3 *Cur fœminæ citius pubeſcant.*
4 *Tutela fœminarum an perpetua.*

PRima hic quæſtio eſt de termino pubertatis in † maſculis & fœminis. De fœminis fatetur Juſtin. & olim, annis XII pubertatem definitam fuiſſe. 1
In maſculis ante ſe pubertatem non annis certis tãtum, ſed & ex inhoneſto adſpectu corporis fuiſſe æſtima-

æſtimatam. Id ego, ut quam ſimpliciſſime eloquar,
2 falſum eſſe dico, † nullus locus ex idoneo autore deduci poteſt, quo probetur, Romanos ad dinoſcendam pubertatem nuda maſculorum corpora inſpexiſſe. Apud Platonem *XI. de LL.* locus eſt hac de re, ut magiſtratus ad exiſtimandum de aptitudine ad contrahenda matrimonia maſculos nudos, & fœminas uſque ad umbilicum nudatas inſpiciat. Sed nihil tale apud Romanos, neq; ex LL. illis Platonis imaginariis, ſed ex uſu receptis apud Græcos LL. Decemviri tabulas & LL. compoſuere, & Plato poſt Decemviros vixit. Et ut forte primis temporibus tale quid factitatum demus, quod tamen demonſtrari non poteſt: utique tamen conſtat longe ante Juſtin. pubertatem in maſculis 14. anno fuiſſe definitam. Tertullian. qui 300. annis vixit ante Juſtinianum *d. vel virg.* Tempus, inquit, Ethnici obſervant, nam fœminas quidem à XII. annis, maſculum vero à duobus amplius ad negotia mittunt. Apud *Macrob. 7. Saturn. cap. 7.* ſecundum jura publica duodecimus annus in fœmina, & quartus decimus in puero definivit pubertatis ætatem. Et *1. in ſomn. Scip. 6.* poſt annos bis ſeptem ipſa ætas neceſſitate pubeſcit. Inde anno 14. factio teſtamenti permiſſa *l. qua ætate 5. de teſtam.* & maſculi uſq; ad 14. annum dicuntur impuberes *l. 2. in pr. de vulg. ſubſtit.* & ante eum annum non torquentur. *l. de minore 10. in pr. de quæſtion.* Et falſo itaque Juſtinianus ſibi hoc tribuit, quod corporis inſpectionem abrogaverit, *hic & l. ult. C. quand. tut. vel cur. eſſe d. ſin.* Nec quidquam facit pro Triboniano, q Ulp. ſcribit *tit. XI. de tutel.* fuiſſe, qui ex habitu corporis æſtimandam cenſerēt pubertatem: tum quia eorum ſententia recepta nō fuit: tum quia non inſpectionem propterea corporum probaverunt, ſed eum puberem haberi ſum putarunt, qui effectu & facultate generandi ſe talem probare poſſet: quæ etiam ſententia eſt *l. 4. C. qui teſtamen. facer. poſſ.* Illud obiter quæritur, cur fœminæ duobus annis † citius pubeſcant quam mares.
3 Iocoſa illa ratio eſt, quod mala herba cito creſcat, qua Accurſius alibi utitur. Traditur & alia phyſica, quod cum pubertatis termini præcipue nuptiarum gratia ſint conſtituti, fœmina ſe habet paſſive, & facilius eſt pati quam agere. Macrob. 7. *Saturn.* 7. Quod cito admoventur generationi, non nimii caloris, ſed naturæ infirmioris eſt: ut exilia poma celerius matureſcunt, robuſta, ſerius. Et *1. in ſomn. Scip.* De tutela, inquit, fœminæ, propter votorum feſtinationem maturius biennio legibus liberantur. Accedit, quod cum citius ceſſet in fœminis vis generationis, non à ratione alienum, ut maturius incipiat.

Difficilius videtur, quod Juſtinianus hic tutelam fœminarum † ait finiri XII. ætatis anno, quod quidē loco Macrobii modo citato convenit: ſed multa repugnant, quæ fœminas in tutela perpetua fuiſſe probant: & inprimis *Ulp. tit. XI. de tutelis in pr.* tutores etiam fœminis puberibus dari ait, ex ſpeciali ratione, propter forenſium rerum ignorantiam: cui convenienter *Cicero in orat. pro Muren.* mulieres omnes propter infirmitatem conſilii in tutorum poteſtate eſſe voluerunt. Et *Cato apud Liv. libr. 34.* Majores noſtri nullam ne privatam quidem rem ſine Autore fœminas agere voluerunt, ex quo *Cicer. in orat. pro L. Flacco*, dotem quam fœmina dixit ſine tutore autore, nullam eſſe dixit: quomodo & Ulpian. *d. tit. XI § ex Lege 19.* fœminis ad dotem dandam tutore opus eſſe ait, & *tit. 20. de teſtā. § pen.* ad teſtamētum faciendum. Eoque pertinet quod *Boet. ſcribit lib. 2. com. in Topic. Cicer.* mulieres antiquo jure perpetua tutela continebat, recedebant vero à poteſtate tutoris, cum in manum viri conveniſſent. Iſtud autem juri noſtro parum convenit, & probatur nō obſcuris textibus, puellas XII. anno liberatas tutela exinde curatorem accepiſſe: adeo ut datio tutoris poſt annum XII. nulla ſit *l. Seia 26. de tutor. & cur.* Idē probatur *l. ſi impuberi 13. § ult. eod. tit. & l. admonendi 7. C. Qui pet. tut.* & pubertatis certum tēpus fuiſſe oſtendunt *l. tutor. 28 in pr. de admin. tut. l. cum filio 50. de legat. 3 l. ult. de iur. de lib.* vix dici poſſit iſta loca, & ſi quæ ſunt alia, à Triboniano eſſe mutata. An diſtinguimus inter tutelā pupillarem & muliebrem, quæ à pubertate ceperit? ſed quorſum novus tutor, cum ſufficere poſſit prior: & in *d. 13. de tut. & cur. & in l. 7. C. Qui pet. tut.* fœminæ puberi dātus eſſe curator dicitur, ſupra monuimus videri Ulp autem quædā referre ex veteri obſervatione. Et Boetius *d. loco* jure antiquo ita obtinuiſſe ſcribit. Nec dicere poſſimus ad actus quoſdam ſingulares, veluti dotem dādam, aut teſtamentum faciendum etiam poſt opus fuiſſe tutore. Etenim imo curatoris autoritate dotē cōſtitui, & ad hoc etiam dari curatorem probatur *l. non tantum 7. de tut. & cur. l. quæro 60. cum l. ſeq. de iur. dot.* Quæ faciunt, ut nec cum *Contio 2. ſubſec. lect. 13.* diſtingui poſſit, inter tutelam negotiorum & autoritatis. Etenim ſimpliciter curatorem datum etiam ad ea quæ ante tutore autore fiebant, citati textus evincunt. Obiter annoto duo 1. olim fœminas quæ tres liberos enixæ eſſent à tutela fuiſſe liberatas, ſi fides *Plutarcho in Numa*, ut ſcribit, quod

nis eſt mors tutoris *h. text verſ. ſimili.* nulla enim tutela tranſit ad heredes qua tales: ſed legitimam proprio jure agnationes liberi capiunt, *l. tutela* 16. §.1. *de tutela.* communis ſunt item excuſatio & ſuſpecti remotio §. *ult. h. t.* de quibus plenius ſuo loco. Et mors rurſus vel naturalis vel civilis, ſi tutor civitatem vel ſimul libertatem amittat *h. text. verſ. ſed & capitis in pr.* proprius modus quo finitur tutela teſtamentaria proponitur in §. *ſed etſi & in §. præterea* exiſtentia conditionis & diei ad quā tutor datus eſt: ita enim tantum tutor dari teſtamēto poteſt, ut notatum ad § *ad certum ſup. t.* 14. Cui connexus eſt proprius modus finiendi tutelam dativam, ſi teſtator dederit tutorem ex die & ex conditione: qui enim interim datur a magiſtratu, tutor eſſe deſinit, ubi venit dies vel extitit conditio juxta §.1 *de Attil. tutore.* Proprius itidem modus finiendæ tutelæ legitimæ a † traditur in § *ſed & cap.* 4. *h t.* minima capitis diminutio: de qua propter mutationem novi juris *N.*118.*cap.*5. plenius dicendum eſt. Cum teſtamentaria & dativa tutela etiam deferatur filiisfam. conſequenter licet tutor adrogetur, hæ tutelæ non pereunt. Legitima defertur proximis agnatis: filiusfam autem proximus agnatus eſſe non poteſt: itaque ſi cum ſui juris eſſet legitima tutela ei delata fuit, poſt ſi efficiatur filiusfam. perire tutelam cōſequens eſt: cum etiam per adrogationem familiam mutare conſtet. Atq; ad hanc tutelam legitimā, quæ per excellentiam talis eſt, iſtud pertinet: nam legitima patronorum tutela minima capitis diminutione non perit, quia nec jus patronatus ita amittitur: notat *Cujac. ad Ulp. de tutelis.* Hæc ex jure veteri certa ſunt. Sed poſtquam hodie pariter cognatis tutela legitima defertur, fit ut non tantum de adrogatione, ſed & emancipatione in perſona legitimi tutoris quæri poſſit, quandoquidem recte dicimus tutelam legitimam hodie etiam filiofam. qui ſcil. per adrogationē talis factus eſt, deferri. Et nimirum filiusfam. vel eſt naturalis ex juſtis nuptiis procreatus, vel legitimus tantum, per arrogationem factus. Illi, quem omnino pater præcedit gradu, nec hodie legitima tutela deferri poteſt, itaque & fruſtra quæritur de ejus finitione. Sed filiofam. legitimo, etiam dum adhuc in poteſtate exſiſtat, tutelam legitimam hodie deferri, verius eſt, quia utiq; manet cognatus: & patet adoptivus, filii arrogati cognatis nec cognatus nec agnatus efficitur, itaq; filio ſuo quo minus huic deferatur tutela legitima jure cognationis obſtare non poteſt: neque ea tutela per emancipationem ſecutam, quæ etiam rem in priſtinum ſtatum magis reponit, finiri poteſt. Et conſequenter ſi poſt delatam tutelam adrogandum ſe det filius, cum maneat cognatus, legitima tutela finiri non poteſt. Atque adeo non amplius procedit, quod hoc loco ſcriptum eſt. Ceterum enim eſt, quod hodie emancipatis & capite minutis deferatur tutela legitima, cum ſint cognati adeoque cum adrogatione licet ſecuta maneat jus cognationis, & maneat proximitas gradus, non video qui fieri poſſit, ut finiatur tutela: nec adeo dubitandum eſt hic errare *Donell.* 3. *comm.* 14. dum putat & hodie per minimam capitis diminutionem tutelam legitimam perire.

AD TITULUM XXIII. LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE CURATORIBUS

TEXTUS.

Maſculi quidem puberes & fœminæ viri potentes uſque ad viceſimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes ſint, adhuc tamen ejus ætatis ſunt, ut ſua negotia tueri non poſſint. Dantur autem curatores ab iiſdem magiſtratibus, à quibus & tutores, ſed curator teſtamento non datur: datus tamen confirmatur decreto prætoris vel præſidis. Item inuiti adoleſcentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam cauſam dari poteſt.

COMMENTARIUS.

HActenus de una ſpecie eorum qui ſunt ſui juris, pupillis: ſequitur altera, qui ſunt in cura, & dicuntur (qui ob ætatem in cura ſunt) minores. Jus autem novum fecit, (quo filiifam. bona quędam plena proprietate habent) ut etiam fil. fam. talium bonorū habeant curatores, ſive diſpenſatores

aut gubernatores appellari malis, ut in caſu *L. ult. §. ſin autem inf. C. de bon. qua lib. N. 117. c. 1. § 1.* ubi etiam hoc ſingulare quod talis curator teſtamento ordinari poteſt) quo etiam refero caſum *L. ult. §. minores 2. C. de ſent. paſſ.* revera cum ibi, cũ filius in poteſtate ſit, curator eſt bonorum, quorum adminiſtratio patri negatur, ſed vocatur tutor, vel ob ætatem ejus cujus bona ſunt, vel quia patre damnato nec dum reſtituto vere tutor fuit.

Poſt XXV. annum completum.] Ita & *tit. prac. in prin.* puberes fieri dicuntur completo anno XIV. Et hoc ipſum eſt utile minori, ut ſi etiam poſtremo die 25. anni cœpto nec dum exacto læſus ſit, reſtitui poſſit *l. 3. § minorem 3. de minor.* Et Dd. communiter pro ut illud utile ſit alicui, ita diem cœptum poſt terminum modo pro completo haberi, modo non haberi, tradunt *Chriſtoph. Porc. in §. Eidem ſup. qui manum. non poſſ. n. 5.* & illius exempla ſunt in *l. qua ætate 5 de teſtam. l. 1. de manũ. l. ad rempub. 8. de muneri. & honorib.* ubi etiam annus cœptus habetur pro completo: contra ubi de vacatione tutelæ agitur, annum impletum eſſe oportet *l. 2. de excuſ.* Et quod hic dicitur eo pertinet, ut impubes vel minor antequam totus annus impletus ſit, non liberetur à tutela, neque ut hac liberatione ullus poteſt conſiderari favor. Ceteroquin ſi v. c. curator moriatur, cum jam adultus attigit annum 25. ætatis, nõ putaverim ei novum curatorem dandum: ſicut & æſtimabit magiſtratus, ſi tutor mortuus ſit cum prope pubertatem pupillus eſſet, an ei novus tutor, an protinus ſit dandus curator. In termino curæ conveniunt fœminæ & mares: cum pubetes citius fiant, ſupra diximus. Ut autem citius liberari deberent cura, nulla ratio fuit, quin propter infirmitatem conſilii, rationis videri poterat, eas diutius ſub cura detineri. Et hic eſt terminus ordinarius, poteſt tamen minor impetrare veniam ætatis, ut citius adminiſtret bona ſua, de quo *t. C. de his qui ven. at.* Negat *Angel. hic* hanc veniam poſſe concedi ab aliis licet non recognoſcant ſuperiorem, quia ſit de reſervatis princip. Inepte, quoniam qui non recognoſcit ſuperiorem, ſive ſit populus, ſive optimates, tantum poteſt in territorio ſuo quantũ princeps. Contra terminum illum communem in fœminis quoque non leviter fecit, quæ duob. annis citius & ſcil. XVIII. anno veniam ætatis impetrare poſſunt *L. 2. § 1. C. de his qui ven. at.* ubi ceſſat ratio generationis, Et an ergo citius ſapiunt, cur non ig tur & citius à cura liberantur, vix horum ſolida ratio reddi poſſe videtur.

Adhuc tamen ejus ætatis ſunt.] Redditur ratio curæ, ab ætate etiamnum in lapſ. m lubrica, & facili quæ decipiatur. (ut pluribus *Ulpian. l. 1. de minorib.*) ut ei cura & adminiſtratio rerum tuto committi non poſſit. Eſt autem totum hoc poſitivi juris: nec ego aliquam reperio cauſam aut ex jure gentium, aut aliarum Rerumpub. inſtitutis, ob quam anno viceſimo quinto perfecta ætas fuerit definita. Et *Theod. Marcill ad LL XII. tabb. cap. 27.* non lege aliqua, ſed à media Juriſprudentia diſtinctionem curæ & tutelæ, & utriuſque temporum introductam fuiſſe ſcribit. Iſtud autem difficile eſt, & Juſtin. ſibi contradicere videtur, dum in *pr.* ait eſſe minores ejus ætatis, ut negotia ſua non poſſint tueri: mox in *§. 2.* quaſi oblitus ſui ſcribit, Invitis adoleſcentibus non dari curatores: hoc enim non poteſt recte factum aut dictum videri, ſiquidem per ætatem necdum negotia ſua tueri poſſint. His enim adminiſtratio rerum non eſt permittenda. Et auget difficultatem, quod præciſe ſcribitur in *l. 1. & ſeq. de minoribus.* quod ante 25 annum non permittatur adminiſtratio minoribus, licet rem ſuam bene gerentibus, ut nec propter liberos, quos ſuſceperunt eam eis ut recipiant: (eum tamen alias ſinguli liberi faciant, ut citius & iisdem annis maturius admittantur ad magiſtratus & honores *d l. 2. de minorib.*) & vix Imp. reſcripto aliquando & raro illis adminiſtratio indulgeatur *l. 3. in pr. de minorib.* Ut tui Ulpianus in *d. l. 1. de minor.* particula *Hodie*, reſpiciens nimirum ad conſtitutionem Imp. Marci Philoſophi, de quo *Capitol. cap. 4.* de curatoribus, cum ante non niſi ex Lege Lætoria (alii Lectoria) vel propter laſciviam vel propter dementiam darentur, ita ſtatuit, ut omnes adulti curatores reciperent, nõ redditis cauſis. Unde hanc rem Hottom. hoc loco explicare conatur: non eſſe Ulpiani mentem, quod præciſe omnibus omnino minoribus curatores dentur, ſed eũ ita 'o-qui oppoſitive ad jus anterius, quo ſaltem adoleſcentes malæ famæ & vitæ eũ nota accipiebant curatores: ſed poſt Marcum citra notam propter ætatis adhuc infirmitatem conſtitui curatores. ſed non convenit, quod in *d. l. 1. § 1. l. 2. & 3. de minorib* ſcribitur, nec decreto quidem Impp. niſi raro adminiſtrationem minoribus permitti. Et movit iſtud *Cujac. ut in l. 1. de excuſat. tut.* putatis quod *§. 2. h. t.* dicitur, per ſocordiam & incogitantiam Triboniani ex jure veteri Legis Lætoriæ eſſe adſcriptum. Sed nec hoc veroſimile eſt, cum ICti noſtri fere omnes, ex quib. haud dubie liber iſte Inſtitutionum compoſitus eſt, ſint recentiores M. Antonino: & amplius, quod

præciſe

præciſe omnes omnino minores non habuerint neceſſario curatores, veſtigiis juris noſtri nō obſcuris deprehenditur: veluti quod nemo curatorem regulariter petit minori, ſed ipſe ſibi minor petit *l.1.§.hac quidem 4 cū §.ſeq Qui pet. tut.* quod diſtinguitur, inter minores qui curatorem habent & qui non habent, *l.1.C.de in int.reſtit.* & nō uno juris loco præponuntur minores qui non habent curatores *l.ait 7.§.2.de minorib.l.1.& l.admonen 7.C Qui pet.tut. junct.l.mutus 43.§.is qui 3.de proc.* Fortaſſis ita diſtinguendū, ut interſit an quis jam habeat curatorem, jure propter ætatem ſibi cōſtituturum, qui ea cura liberari vix poſſit, ad quem caſum referendi ſunt textus in *d.l.1.2.& 3.de minor.* vel curatorē non habeat, vel habere deſierit: veluti ſi mortuo patre aut curatore, ejus ætatis reperiatur (quid ſi n. forte 23. aut 24. ſit annorum,) ut veroſimile ſit eum res ſuas bene curaturum: quem quidem invitum curatore gravari fuerit abſurdum: niſi ad litem, hunc enim accipit invitus, quia in cauſa propria propter beneficium reſtitutionis idoneam perſonam ſtādi in judicio non habet *l.2. C. qui legit. perſ. ſtandi in jud.* ut proinde cum eo agere nemo teneatur, niſi minor curatorē accipiat, quod & in ſolutione facienda obtinere docet *d l.7.§ 2. de minorib.* Idq; de curatore in litē procedit, ſive agat, ſive cōveniatur minor *l 2.C.qui leg.perſ ſtandi*: ex hypotheſi ſc. actionis introductę in judicium, quod non poteſt fieri ſine curatore. Ceteroquin præciſe qui acturus eſt minor, non cōpellitur accipere curatorem: ſed ſi nolit, repellitur à limine judicii, & negatur ei actio: at eū invitus excipere actionem cogatur, ſimpliciter verum eſt, eum invitum accipere curatorem ſi conveniatur: quæ veriſſima differentia eſt & diverſitas, quam non intellectam, male improbant *Angel & Hottoman.hic.* ubi inepte ait hoc quæri & inepte diſtingui, ipſe ineptus.

Dantur ab eiſdem magiſtratibus.] Relatio eſt ad titulum 20.*ſup.de Attil.tut.* ubi tractatur, qui magiſtratus dent tutores.

Sed curator teſtamento non detur.] Noto exceptionem ad *pr.h.t.* Videtur non cohærere cum præmiſſis. Sed nimirum *d. tit.* 20. dixerat Juſtin. tum demum dari tutorem à magiſtratu, ubi nullus alius, & præcipue teſtamentarius eſſet tutor. Et itaque innuit hac in re differre tutelam à cura; quæ nulla ſit teſtamentaria, *l.tutela 7.C.de teſt. tut l curatorem 6. C.de negot.geſt.* qua deficiente demum locus ſit dativæ. An ſit cura legitima dicemus *ad text.ſeq.* Sed quærenda eſt ratio ob quam curator teſtamento non detur. Non acquieſcit animus in ea quam adſcribit *Pac. in notis poſt Cuj. in Notis*, quod hoc nulla Lege cautum ſit: hoc enim ipſum quærimus, cur iſtud nulla lege ſit cautum, & cur non pariter permiſſum fuerit parentibus, ut liberis in poteſtate, curatores cōſtituere poſſent. Nec placet quod *Ioh. Faber.* ait Legem magis voluiſſe ſubvenire pupillo, qui minoris conſilii eſt. Angelus in §. *permiſſum 3. ſup.de tut.* duplicem reddit rationem: tum quod curator non detur invito: tum quod tutor de jure patriæ poteſtatis, quæ verſetur circa perſonam, non circa bona, quibus non perſonæ, detur curator. Prior ratio ex jam dictis dubia ſit, & maxime ſi filius vix ſit egreſſus pubertatem, ut merito pater videatur proſpicere de curatore qui ei in adminiſtrādo adſit. Altera ratio non eſt melior: quin imo cū pater poteſtatis jure omnia acquirat per filiū, eumque exheredare potuiſſet, eum & ſubſtituere impuberi & puberem fideicommiſſo gravare poſſit, nihil videbatur obſtare, quo minus etiam adminiſtrationi bonorum proſpiceret pater. Ego cauſam repetēdam puto ex jure veteri, quod olim ante Marcum Imp. adoleſcentes inviti etſi ob laſciviam & malos mores, curatorem non accipiebant, ſed ipſi res ſuas adminiſtrabant. Itaque ſicut puberibus teſtamentum facere, ita quoq; iis curatores dare pater non poterat. Nihil autem mutavit in hoc expreſſe ſanctio nova Antonini; itaq; jus vetus manſit.

Datus confirmatur.] Nulla eſt cura teſtamentaria pura, quæ ſola diſpoſitione patris nitatur: ſed eſt mixta: quę vel maxime poſt conſtitutionem M. Antonini admiſſa fuiſſe videtur: ante enim ad notam hoc filii pertinuiſſet, accepiſſe curatorem teſtamēto patris. Confirmatur igitur curator *d §.& l.1 C de conf.tut.* quod & obtinere ſi à matre datus ſit, docet *l 2.§.1.de conf.tut.* idem in curatore furioſi vel prodigi *l.pen.de curat.fur.* ubi expreſſe dicitur his datū à patre dari à prætore: ut penitus errens, qui ob id patrem his dare curatores potuiſſe putavit, quia ipſi ſibi petere non poſſint, aut non petant. Juſtin. tamē parum accurate ita loquitur in *l. de creationis 27.C. de Epiſc aud.* ac ſi datio curatoris à patre facta filio furioſo in teſtamento, omnino jure ſubſiſteret. Ex his notari ſolent differentiæ tutelæ & curæ. Illa in perſonam magis eſt, hæc in rem & bona. Illa in perſonam & univerſa bona, hæc etiam ad certos & ſingulos actus. Illa in invitos etiam, & ex teſtamento quoque, hæc non ex teſtamento.

TEXTUS.

2. Furioſi quoque & prodigi, licet majores XXV. annis ſint, tamen in curatione ſunt agnatorum, ex Lege XII. tabb. ſed ſolent Romæ præfectus urbi vel prætores, & in provinciis præſides, ex inquiſitione eis curatores dare, ſed & mente captis, & ſurdis, & mutis & qui perpetuo morbo laborant, quia rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, curatores dandi ſunt.

COMMENTARIUS.

1 *Puberum cura cur non legitima.*
2 *Furioſorum & prodigorum cura.*
3 *Prodigo quomodo interdicatur bonis.*
4 *Furioſus minor in quali cura ſit.*
5 *Diſtinctio curæ.*

MINORUM puberum cura non eſt teſtamentaria: non etiam eſt † legitima, quonian
1 ceſſat ratio, quæ fecit, ut tutela legitima deferretur agnatis, jus ſcilicet certum ſuccedendi, *ſup. inſ. de legit. patr. tut.* puberes autem teſtamentum facere & agnatos excludere poſſunt, quæ propria eſt ratio, cur ceſſet & nulla ſit cura legitima. Eadem facit, ut ſit cura legitima in furioſos *l. 3. inſ pr. de tutelis*, & prodigos, h. §. quoniam iſti teſtamentum facere non poſſunt, eoq; ſucceſſores habent agnatis. Et
2 differentiam hactenus faciunt inter furioſus & † prodigos, *Hott. 8. obſ. 6. & Marc. 9 ad LL. XII. tabb c. 32. & 33.* quod illorũ cura ſit ex verbis L. XII. tabb. hæc ex mente & propter jus ſucceſſionis, perinde ac tutela patronorum ita & hoc ſenſu legitima appellatur. Quod ego in medio relinquo, quamvis ſane tutela prodigorum ſimpliciter referatur ad LL. XII. tabb *l. 1. & l. ſæpe 13. de curat. fur. junct. l. is, cui 18. in pr. de teſt* & ſatis clare *Ulp. tit. 12. de curator. §. 1.* Lex XII. tabb. furioſum & prodigum jubet eſſe in curatione agnatorum. Verum quomodo Ulp. quod *in d. l. 1.* tribuit Legi XII. tabb. mox ait moribus introductum fuiſſe; cum utiq; mores omnino differant à L. XII. tabb. Dicam etiam ante L. XII. tabb. receptum fuiſſe, ut prodigi eſſent in cura, quod Lex XII. tabb. ſecuta confirmavit: quam quæ anteceſſerant, licet forte ex LL. Romuli aut aliorum Regũ obtinuiſſent, fere ad mores referri ſolebant: maxime quod Leges eæ forte in ſcripturam non erant redactæ, ut hactenus ſimilia iſta videantur iis quæ ſine ulla Lege in uſum venerãt: quomodo jure noſtro patria poteſtas (ut ſupra tractatum) quæ ex L. Romuli erat, moribus tamen recepta dicitur, quæ & poſt LL. XII. tabb. confirmata fuit. Sed qui factum, ut pene ſublata hac cura quoque legitima, magiſtratus furioſis & prodigis darent curatores, ut hic teſtatur *Juſtin. poſt ICtum in l. 1. de curat. fur.* Puto inde contigiſſe, quod magiſtratum plerunque cognoſcere oportebat, an quis vere furioſus, & maxime an prodigus eſſet: ſuper quo cum cognoviſſet, ſimul & curatorem ut daret conveniens erat: ita tamen ut proximum agnatum, ſiquidẽ habilis & idoneus erat, præferre ceteris ſoleret, ut docent *l. ſæpe 13 de curat. fur. l. ne lucrũ 5. C eod.* qui textus *junct. l. de creat. 27. C. de Epiſ. aud. verſ. ſin autẽ* oſtendunt, non plane & omnimodo tutelam legitimam prodigorum & furioſorum fuiſſe ſublatam, itaque non neceſſe eſt cum Hottom. hic nugari: & quod eodem modo ut hic Juſtin. de tutoribus dativis ſcribit *Ulp. in l. 1. de cur. fur.* accipere de non prodigis, ſed laſcivis ſaltem, qui bona ſua nõ ſatis caute adminiſtrant: cum ipſe contextus aperte probet, à legitima tutela fere itum ad dativam: quod & de furioſis probat *l. nec. 8. in f. de tut. & cur. dat.* Quod dixi de cognitione magiſtratus præcedente, (quoniã & huc omnino pertinet, quis prodigus ſit) movet me, ut explodam eorum errorem, qui prodigo ſtatuunt interdici † bonis ſola poteſtate L. 3
XII. tabb. citra ullum factum magiſtratus, & imperite abutuntur textibus *in l. 1. de curat. & in l. is cui 8. in prin. de teſtam. l. mu. um 5 §. 1. de adq. hered.* quorum quæ ſententia ſit, optime declarat hic locus; & enim rum quod prodigi & furioſi ſint in cura agnatorum ex L. 12. tabb. aut ſi quis amplius quid diſpoſitum putet per *LL. 12. tabb.* ut iis interdictũ ſit bonis, utique illud fateri oportebit, antequam hæc interdictio habeat effectum, conſtare debere quis ſit prodigus, qua in re ignorantiam eorum miror, qui ipſo jure quem prodigum intelligi & quaſi fieri, aut declarari ſtatuunt; quod quidẽ nec ipſi Juſtin. aut Papiniano affirmantibus, crederem; & repugnãt principia Ethica de virtutibus & vitiis, quæ actiones utrarumq; æſtimandas docent ex circumſtantiis; cum etiam amplius non una actio, ſed plures vitioſæ contrahant & inducant habitum, & faciant, ut quis prodigus haberi debeat; de qua re, ut quæ conſiſtit in ſingularib. Lex judicare non poteſt: ſed nec privatus poteſt, ſed omnino neceſſaria eſt cognitio magiſtratus, ſaltem ut hunc vel illum prodigum eſſe declaret, qua declaratione facta,

ſtem, admitti poteſt, quod ſuccedat poteſtas L. 12. tabb. & adminiſtrationem prodigo quaſi adimat, quamvis omnino verius ſit per decretũ ſimul prodigo interdictum bonis fuiſſe, cujus decreti formula eſt apud *Paul. 3 ſent. 4. de teſtam & Vlpian. tit. 12. de curat.* §. 1. Lex 12. tabb. prodigum, cui bonis interdictum eſt, (ſcil. à magiſtratu) jubet eſſe in curatione agnatorum, facit quod *in §. Item 2. inſ. quibus non eſt permiſſ. fac. teſt.* Prodigus ita deſcribitur, cui interdicta eſt bonorum adminiſtratio; quod ſane Lex in individuo facere non poteſt. Objicitur, quod ratio jam dicta ſuadeat, ut non minus neceſſaria ſit cognitio magiſtratus, ubi quæritur an prodigus redierit ad ſanos mores, & tractatur de cura finienda; nam & iſtud ex circumſtantiis pendet. Atqui non hic non eſſe eam neceſſariam, videtur probari ex *d. l. 1. inſ. prin. de curat. fur.* Ubi ait JCtus, ſi prodigus ſanos mores receperit, IPSO JURE deſinere eſſe in poteſtate curatorum. Nimirum textus juris ita ſunt explicandi, ut ne rationi certæ & principiis diſciplinarum aliarum repugnent. Qui fieri poſſit, ut citra magiſtratus cognitionem & authoritatem, qui fuit prodigus ſe liberet à cura, & qui ipſi curator datus fuit, curam & adminiſtrationem rerum deponat; aut qui ſecutus erit, qui cum eo contrahet, cum nec ipſi qui prodigus fuit, nec curatori ejus, nec aliis privatis hoc permitti poſſit, ut ſtatuant & judicent, an ſani mores redierint? Et verba, *ipſo jure*, quæ extant in *d. l. 1. inſ. princ.* non vero modo uſurpantur; & dicam minime per ea declaratoriam ſententiam excludi, ſed opponi quodammodo curam prodigi, curæ minoris, quæ certo & ſtatuto tempore annorum 25. finitur quod in illa ſecus eſt, quæ quandocunque mores in melius mutaverint, finitur, idque ex ipſa 12. tabb. ratione. Apparet hinc male admitti à Dd. quod cura Prodigi finiatur ipſo jure citra declarationem magiſtratus; & inepta eſt ratio diverſitatis & nulla quam addunt, quod unumquodq; facile redeat ad ſuam naturam. Et tamen Ang. *in §. Inſt.* Item *2. inſ. quibus non eſt perm. fac. teſt.* refert Dd. ſtatuentes opus eſſe declaratione judicis, niſi notorium ſit, aut certo probetur prodigum rediiſſe ad ſanos mores. Equidem vitia & virtutes propriam ſuam eſſentiam habent, nec pendent à cognitione & ſententia magiſtratus, verum nos hic quærimus de effectibus politicis; an prodigus teſtamentum facere, an obligari, & qui cum eo contraxerunt, efficaciter contra illum agere poſſint, de quibus ex tempore cognitionis & decretis magiſtratus regulariter eſt ſtatuendum. Niſi forte quis cum eo contraxerit, quem ſciebat & luxurioſum, & proſinus pecuniam male conſumturum, ut notant Dd. *arg. l. ſi quis 8 pro empt. add. not. Vigl. in §. Item prodigus 2. inſ. Quib. non eſt perm. fac. teſt*

Licet majores 25. annis.] Quid ſi furioſi, aut prodigi † ſint minores, an habebunt tutorem legitimum qua furioſi an dativũ, ut adhuc minores; Poſterius verius videtur per *l. 3. in pr. de tutelis.* Licet enim de pupillis furioſis ibi agatur, tamen eadem eſt ratio puberum ante 25. annum, poſtquam placuit eos regulariter in cura eſſe debere. Et notãt hic Interpp. quod quando concurrunt duæ cauſæ, una naturalis, altera accidentalis, prævaleat naturalis, quod latius tractat *Porcius n. 13.* Et tamẽ plenius cogitandum. L. 3. agit de pupillis, de quibus non locuta eſt L. 12. tabb. & non ſenſit, dum furioſorum tutelam detulit agnatis, cũ ex eadem L. de tutela pupillorum cautũ eſſet At L. 12. tabb. de nulla alia cura agit minorum. Ergo dum defert tutelã agnatis, procul dubio intelligit omnes alios furioſos vel prodigos, præter pupillos. Idq; omnino liquidiſſimum dixerim, ſi, qui furioſus vel prodigus factus eſt, non habeat curatorem (& utiq; qui habet, non poteſt eſſe prodigus) tum enim omnino cum prodigalitas ſit cauſa tutelæ, quamvis minor ſit, curæ legitimæ agnatorum locum eſſe defendam; & alias longa alia obligationis ratio eſt, in minore qua tali tantum, & qua prodigo. 4

Sed & mente captis.] Omnis utique furioſus mente captus eſt, & ita in genere mente capti accipi videntur in *l. humanitatis 9. C de impub. & al. ſubſt. §. 1. inſ. de pupill. ſubſt. l. 2. C de cur. fur.* Sed in ſpecie mente capti appellari ſolent, qui citra rabiem laborãt, tranquilla quadam mentis alienatione, qui & paſſim à furioſis diſtinguuntur *l. ſi furioſi 25. C. de nupt. l. 2 de inoff. teſt. l. cum dementis 28. C de Epiſc. aud* notat hanc differentiam *Alciat. 2. parerg* 16.

Surdis & mutis] De his etiam in *l. nec mand. 8 §. ult. de tutor. & cur.* & in genere de his qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, in *l. his qui & in princ. eod. tit.* quæ verba limitant & declarant antecedentia hujus loci, ut intelligantur ita laborantes morbo perpetuo, & tales ſurdi & muti, qui res ſuas ipſi curare non poſſint, nec alii modis de iis curandis providere: & maxime ſi ſint ſurdi & muti ſimul: Ceteroquin cur iis curator detur cauſa non eſt. Apparet ex hactenus dictis, curiam in genere ita diſtingui poſſe, † ut alia ſit ordinaria in minores propter ætatẽ, alia magis extraordinaria, ob alium quendam 5

deſe-

defectum & vitium, & hoc vel animi, furorem & prodigalitatem; vel corporis, veluti morbum perpetuum, aut defectum loquelæ vel auditus. De cæcis nihil hic dicitur, aut alibi, itaque nec nos dicemus; ſatis enim hi ſibi proſpicere poſſunt, cum & judices & ſenatores eſſe poſſint, *l. 1. §. ſecundo 5 de poſtul l. cæcus 6. de iudic.* Dubitandum autem non eſt, quin iſta cura ægrotorum, mutorum, ſurdorum, ſit dativa; & male eam *Iohan de Plat hic* appellat legitimam, inepte abutens *N 72. c 5. §. 1 verſ. & har.* Nã & hoc à LL. eſt, ut hic dentur curatores, ſed alio ſenſu curam vel tutelam legitimam appellamus, quæ certis perſonis ob jus ſucceſſionis defertur, quod & obſervavit Faber hic, nec quod muti & ſurdi teſtamentum facere nequeunt, juxta *l. 10. C. qui teſt. fac. poſſ de quo inf. lib. 2. tit. 12.* protinus inde eorum tutelam legitimam eſſe conſequitur; quod & cont. *Bald & Ioh. de Platea* probat *Ang. hic.*

TEXTUS.

3. Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, ut puta ſi legitimus tutor non ſit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non poteſt. Item ſi teſtamento datus tutor, vel à prætore aut præſide, non ſit idoneus ad adminiſtrationem, nec tamen fraudulenter negotia adminiſtret, ſolet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, ſed ad tempus à tutela excuſantur, ſolent curatores dari.

COMMENTARIUS.

INſtat exceptionis hoc habet, quod ait, etiam pupillis curatores dari, quos ſcilicet hactenus docuerat in tutela eſſe. Sed eſt revera ambiguitatis fallacia, nam exempla quæ hoc §. ſubjiciuntur, oſtendunt pupillum non eſſe ſine tutore, qui accipit curatorem; cum ipſe Juſtinianus pro ratione ſubjiciat, habenti tutorem non dari tutorem; Ceteroquin ſi proponatur pupillus ſimpliciter non habens tutorem, ei non curator ſed tutor daretur.

Porro iſta regula, Tutorem jam habenti tutorem non dari, præter hunc §. exſtat *in l. idem 27 in princ. de teſtam. tut l. cum jure 9. C. qui pet. tutor. l ſi ſororis 9. Cod. qui dar. tut. l. pen. C. in quib. cauſ. tut. hab. l. ſcire 13. §. ita vero 5. de excuſ tut.* Unde quia Reipublicæ cauſa abſens tutor manet, dicitur in ejus locum dandus curator *l. in omnem 15. cum l. ſeq. de tutel & cur. dat.*

Et ratio iſtius regulæ hæc tradi ſolet, vel quod tutor ſit domini loco *l. tutor 27. de admin. tut.* vel potius, quoniam tutor vel tutores ſemel conſtituti acceperunt plenam curam & adminiſtrationem, & perſonæ pupilli in ſolidum, & univerſo ejus patrimonio dati ſunt §. *datus 17. inf. de excuſat.* itaque citra notam & injuriam tutoris, non poteſt eo adhuc exſiſtente tutore, alius tutor dari; quæ ratio ceſſat in curatore, qui juvandi ſaltem & ſublevandi cauſa adiungi intelligitur. Unde nihil prohibet eo qui habet curatorem, alium curatorem dari, cauſa tamen cognita *l curatorem 10, C. qui dar. tut.* Et illa ratio fortior eſt in legitimo tutore, qui inſuper ius quoddam in bonis, & propter jus illud ſuccedendi, tutelam ſibi à Lege delatam habet. Notandum autem hic; *Habere tutorem* ambigue dici. Et quidem qui tutorem ita actu habet, ut adminiſtret, ei certiſſimo iure non datur tutor, ſed ſi forte non ſolus poſſit obire omnia, adiungitur curator. At de eo quæritur, qui tutorem quidem habet, ſed qui quo minus adminiſtret, variis cauſis impeditur, quo caſu demum quæritur, an tutor an curator conſtituendus ſit.

In primis hic rurſus diſtinguendum eſt, an quis tantum tutor conſtitutus fuerit, & necdum adminiſtraverit, an vero iam adminiſtrare cœperit, & poſt impedimentum ſupervenerit. In illo videtur diſtinguendum inter tutorem legitimum & alios tutores. Et de teſtamentario ſupra diximus ex §. 1. *de Attil. tut.* etiamſi datus ſit ex die certo, tamen interim tutorem dari quoniam patria diſpoſitio eo tempore adveniente demum operatur, nec aliud eſt in die aut conditione tacita, ſi pater v. c. minorem dederit tutorem, ut nunc alius tutor dandus interim ſit *argum. 2 ſup. tit. 14.* Atquin Lex potentius operatur, & cum fundetur in iure agnationis & ſucceſſionis, ſimpliciter facit tutorem proximum agnatum; qui adeo licet necdum perfectæ ætatis ſit, tamen cum ipſo iure tutor ſit, non alius tutor, ſed curator interim conſtituendus videtur, per *l non ſolum 10. §. ſi libertus 8. de excuſ. tut.* ex quo §. *in pr.* apparet ſpeciale eſſe in tutore liberto impubere, quem patronus tutorem dederit, teſtamento libertis ſuis, qui ibi cum impubere legitimo tutore confertur, quamvis ſane in Græco textu Modeſtini ibi ſit verbum κηδεμὼν, quod generale eſſe ad tutorem & curatorem, videtur, nam licet Modeſtin. paſſim tutores alias ἐπιτρόπους appellat, tamen idem curatores

in

in ſpecie dictos, ipſo hoc nomine *κουράτορες* indigitare ſolet. Porro in altero caſu ubi poſt adminiſtrationem cœptam ſupervenit impedimentum, quæſtio præcipue difficultatem habet, propter non uno modo hac de re loquentes textus. Et ſiquidem impedimentum ſit temporarium & determinatū, itemque ſi non ſit plenarium, quod nec impediat quo minus autorari poſſit pupillo tutor, ſi forte morbo laboret tutor; utiq; curator dandus erit, per *text. generalem in l. non ſolum* 10. § *ſimiliter* 6. *de excuſ. tut.* & *h.* § *noſtro in fin. ſo et* 13 *de tut.* Nec dubium eſt illud ſi cum plures eſſent tutores impedimentum tale acciderit uni, propter quod alias forte dandus eſſet tutor, tamen quoniam, quæ partes tutorum ſunt, poſſunt per reliquos expediri, ſi ratio adminiſtrationis id exigat, non tutorem ſed curatorem dandum eſſe *l. 2. C. in quib. caſib.*

Ex adverſo illud conſtare debet, ubi tale incidit, à quo non eſt regreſſus ad tutelam, tum dandum eſſe tutorem, veluti ſi tutor, remotus, aut excuſatus in perpetuum fuerit, ut ex hoc noſtro §. *in f.* à contrario ſenſu probatur, & manifeſta ratione, pupillum omnino uſq; ad pubertatem deſtitui tutore, cum præſertim quædam ſint, quæ per curatorem commode expediri nō poſſint *l. cum in una* 17. § 1. *de appell.* quæ ratio feciſſe videtur, ut aliquando repugnante licet ſummi juris ratione, tamen exigente id utilitate pupillorum daretur tutor potius quam curator, ut colligitur ex *l. penult. de tutel.* ubi dicitur multa eſſe facta SCta, ut in locum furioſi, ſurdi, muti tutoris alii tutores dentur, quibus SCtis ut fere alias à ſummi juris ratione videtur fuiſſe diſceſſum; quamvis etiam ſententia *d. l. penult.* habeat perſpicuam rationem, quod furor non habet determinationem & incertum eſt, an ſit reditura ſana mens ante pubertatem, à vitio autem ſurdi & muti ſemel contracto, vix datur regreſſus ad habitum, itaq; ſublata ſpe recuperandæ tutelæ, merito alius tutor dari debet: eoq; pertinet quod eſt *in l. poſt* 40. *de admin. tut.* furioſum, ſurdum, mutum, cæcum, ſuſceptam tutelam deponere, & itaq; amplius tutores non ſunt. Quod autem ibi de valetudinario dicitur, ne pugnet cū *l. ſolet* 13 *in pr. de tut.* accipiendum eſt de valetudine, quæ tutorē omnino inhabilem reddit adminiſtrationis per *l. non ſolum* 50. §. *ultim. cum l. ſeq. de excuſ. tut.* ubi & illud addendum, pertinere ad cognitionem magiſtratus, an permittendum ſit tutori, deponere omnino tutelam, an ei adjungere curatorem; ſecundum quod explicandum eſt, quòd in *l. non ſolum* 10. §. *ſi quis* 8. & *in l. 12. de excuſ.* in locū tutoris furioſi effecti interim curator dandus dicitur; cognoſcet n. prætor de cauſa & qualitate furoris, an facile ſit ſanabilis nec ne, & maxime ſi legitimus tutor ſit, difficilius alium tutorem dabit. Magis videntur pugnare textus in terminis tutoris relegati, in cujus locum dicitur dandus tutor *l. pen. C. in quib. cauſ. tut. hab.* contra curator, *l. tutor.* 28. § *ult. de adm. tut.* ex quo negatur hoc caſu actioni tutelæ quæ nondum ſc. finita ſit eſſe locus *l. ſine* 32. § *ult. de admin. tut.* & quod difficultatē auget, idem ſtatuitur, etiamſi in perpetuū ſit relegatus tutor *l. quod ſi* 14. §. *quid ergo* 3 *de ſolutionib.* Quod poſterius ſane perabſurdū eſt, repugnans rationi & textui in *l. plane* 28 *de exc.* & dixerim ibi verbū curatoris in *d. l.* 14 generalius ſumi; nam, quod & alibi obſervandum eſt, ex ejuſmodi locis, in quib. aliud tractant JCti, argumenta ſolida deduci non poſſunt; velut in *d. l.* 14. hoc tantum quæritur, an tutori relegato antequā alius ei ſubrogatus ſit, recte ſolvatur. Et itaq; poterit *d. l. pen. C. In quib. cauſ. tut. hab.* accipi de relegato in perpetuū; aut ex tempore relegationis æſtimabitur an ſit dādus interim tutor vel curator, quid enim ſi excurrat ultra tempus pubertatis, ut nulla ſpes ſit regreſſus ad tutelā? Et hujuſmodi diſtinctionib. etiā componendi erūt textus, qui in locū tutoris Reip. cauſa abſentis, modo curatorem, modo tutorem dandum eſſe dicunt. Tutorem *l. 1. Cod. in quib. caſib. tut. hab. l. quaſitū* 12. *de tut. l. 3.* §. *ſi quis* 10. *de ſuſp. tut. l. ſi tutor* 9. *in pr. de tut.* & *rat. diſtrah.* ubi etiam tamquam finita quodammodo tutela dicitur eſſe locus judicio tutelæ, ubi abeſſe debet & proficiſci; & tamen conſtat quod reverſus recipiat tutelam *d. l. 1. C.* & *d. l. 12. de tutel.* Curatorem autem, in ejus locum dari ſcriptum eſt in *l. omnem* 15. & *l. ſeq. de tut.* & *cur. dat.* ubi & negatur quod deſinat eſſe tutor. Aut an præter ſupradicta, intelligimus *d. l. 15* & *16.* ubi alii ſunt plures tutores. Illud nō abs re ſit addere quod hic Hott. monet, tutorē habenti poſſe dari alium tutorem, ſi ille alter tutor ultro fieri hoc patiatur; nam cum rationem iſtius regulæ hinc petierimus, quod per dationem novi tutoris, priſtino fiat injuria, volens injuriam non patitur. Deniq; addo ex *l. propter* 21. §. *ult. de excuſ.* poſſe dari tutores novos pro rebus adminiſtrādis, quæ ſunt in diverſis provinciis; facit *l. tutores* 39. §. *patruus* 8 *de adm. tut.* nam & hoc caſu initio diverſis illis & diſſitis quaſi patrimoniis diverſi poſſunt conſtituti tutores *l. ſi tamen* 15. *de teſtam. tut.* ſed de hac re plus ſatis. Porro h. §. Juſtinian. caſum ſecundum de non adminiſtrante fraudulenter ideo

defectum & vitium, & hoc vel animi, furorem & prodigalitatem, vel corporis, veluti morbum perpetuum, aut defectum loquelæ vel auditus. De cæcis nihil hic dicitur, aut alibi, itaque nec nos dicemus; ſatis enim hi ſibi proſpicere poſſunt, eum & judices & ſenatores eſſe poſſint, l. 1. 5. ſecundo 5 de poſtul l. cæcus 6. de iudic. Dubitandum autem non eſt, quin iſta cura ægrotorum, mutorum, ſurdorum, ſit dativa; & male eam Iohan de Plat. hic appellat legitimam, inepte abutens N 72. c 5. 5. 1 verſ. & har. Nã & hoc à LL. eſt, ut hi dentur curatores, ſed alio ſenſu curam vel tutelam legitimam appellamus, quæ certis perſonis ob jus ſucceſſionis defertur, quod & obſervavit Faber hic, nec quod muti & ſurdi teſtamentum facere nequeunt, juxta l. 10. C. qui teſt. fac. poſſ de quo inf. lib. 2. tit. 12. protinus inde eorum tutelam legitimam eſſe conſequitur; quod & cont. Bald & Ioh. de Platea probat Ang. hic.

TEXTUS.

3. Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, utputa ſi legitimus tutor non ſit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non poteſt. Item ſi teſtamento datus tutor, vel à prætore aut præſide, non ſit idoneus ad adminiſtrationem, nec tamen fraudulenter negotia adminiſtret, ſolet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, ſed ad tempus à tutela excuſantur, ſolent curatores dari.

COMMENTARIUS.

INſtar exceptionis hoc habet, quod ait, etiam pupillis curatores dari, quos ſcilicet hactenus docuerat in tutela eſſe. Sed eſt revera ambiguitatis fallacia, nam exempla quæ hoc §. ſubjiciuntur, oſtendunt pupillum non eſſe ſine tutore, qui accipit curatorem; cum ipſe Juſtinianus pro ratione ſubjiciat, habenti tutorem non dari tutorem; Ceteroquin ſi proponatur pupillus ſimpliciter non habens tutorem, ei non curator ſed tutor daretur.

Porro iſta regula, Tutorem jam habenti tutorem non dari, præter hunc §. exſtat in l. idem 27 in princ. de teſtam. tut l. cum jure 9. C. qui pet. tutor. l ſi ſororis 9. Cod. qui dar. tut. l. pen. C. in quib. cauſ. tut. hab. l. ſcire 13. §. ita vero 5. de excuſ tut. Unde quia Reipublicæ cauſa abſens tutor manet, dicitur in ejus locum dandus curator l. in omnem 15. cum l. ſeq. de tutel & cur. dat.

Et ratio iſtius regulæ hæc tradi ſolet, vel quod tutor ſit domini loco l. tutor 27. de admin. tut. vel potius, quoniam tutor vel tutores ſemel conſtituti acceperunt plenam curam & adminiſtrationem, & perſonæ pupilli in ſolidum, & univerſo ejus patrimonio dati ſunt §. datus 17. inf. de excuſat. itaque citra notam & injuriam tutoris, non poteſt eo adhuc exſiſtente tutore, alius tutor dari; quæ ratio ceſſat in curatore, qui juvandi ſaltem & ſublevandi cauſa adiungi intelligitur. Unde nihil prohibet eo qui habet curatorem, alium curatorem dari, cauſa tamen cognita l curatorem 10, C. qui dar. tut. Et illa ratio fortior eſt in legitimo tutore, qui inſuper ius quoddam in bonis, & propter jus illud ſuccedendi, tutelam ſibi à Lege delatam habet. Notandum autem hic; Habere tutorem ambigue dici. Et quidem qui tutorem ita actu habet, ut adminiſtret, ei certiſſimo iure non datur tutor, ſed ſi forte non ſolus poſſit obire omnia, adiungitur curator. At de eo quæritur, qui tutorem quidem habet, ſed qui quominus adminiſtret, variis cauſis impeditur, quo caſu demum quæritur, an tutor an curator conſtituendus ſit.

In primis hic rurſus diſtinguendum eſt, an quis tantum tutor conſtitutus fuerit, & necdum adminiſtraverit, an vero iam adminiſtrare ceperit, & poſt impedimentum ſupervenerit. In illo videtur diſtinguendum inter tutorem legitimum & alios tutores. Et de teſtamentario ſupra diximus ex §. 1. de Attil. tut. etiamſi datus ſit ex die certo, tamen interim tutorem dari quoniam patria diſpoſitio eo tempore adveniente demum operatur, nec aliud eſt in die aut conditione tacita, ſi pater v. c. minorem dederit tutorem, ut nunc alius tutor dandus interim ſit argum. 2 ſup. tit. 14. Atqui Lex potentius operatur, & cum fundetur in iure agnationis & ſucceſſionis, ſimpliciter facit tutorem proximum agnatum; qui adeo licet needum perfectæ ætatis ſit, tamen eum ipſo iure tutor ſit, non alius tutor, ſed curator interim conſtituendus videtur, per l non ſolum 10. §. ſi libertus 8. de excuſ. tut. ex quo §. in pr. apparet ſpeciale eſſe in tutore liberto impubere, quem patronus tutorem dederit, teſtamento liberis ſuis, qui ibi eum impubere legitimo tutore confertur, quamvis ſane in Græco textu Modeſtini ibi ſit verbum κηδεμων, quod generale eſſe ad tutorem & curatorem, videtur, nam licet Modeſtin. paſſim tutores alias ἐπιτρόπους appellat, tamen idem curatores in

in ſpecie dictos, ipſo hoc nomine [illegible] indigitare ſolet. Porro in altero caſu ubi poſt adminiſtrationem cœptam ſupervenit impedimentum, quæſtio præcipue difficultatem habet, propter non uno modo hac dere loquentes textus. Et ſiquidem impedimentum ſit temporarium & determinatũ, itemque ſi non ſit plenarium quod nec impediat quo minus autorari poſſit pupillo tutor, ſi forte morbo laboret tutor; utiq; curator dandus erit, per *text generalem in l. non ſolum 10. § ſimiliter 6. de excuſ. tut. & h. § noſtro in fol. ſolet 13 de tut* Nec dubium eſt illud ſi cum plures eſſent tutores impedimentum tale acciderit uni, propter quod alias forte dandus eſſet tutor, tamen quoniam, quæ partes tutorum ſunt, poſſunt per reliquos expediri, ſi ratio adminiſtrationis id exigat, non tutorem ſed curatorem dandum eſſe *l. 2. C. in quib. caſib.*

Ex adverſo illud conſtare debet, ubi tale incidit, à quo non eſt regreſſus ad tutelam, tum dandum eſſe tutorem, veluti ſi tutor, remotus, aut excuſatus in perpetuum fuerit, ut ex hoc noſtro §. *in f.* à contrario ſenſu probatur, & manifeſta ratione, pupillum omnino uſq; ad pubertatem deſtitui tutore, cum præſertim quædam ſint, quæ per curatorem commode expediri nõ poſſint *l. cum in una 17. § 1. de appell* quæ ratio feciſſe videtur, ut aliquando repugnante licet ſummi juris ratione, tamen exigente id utilitate pupillorum daretur tutor potius quam curator, ut colligitur ex *l penult. de tutel* ubi dicitur multa eſſe facta SCta, ut in locum furioſi, ſurdi, muti tutoris alii tutores dentur, quibus SCtis ut fere alias à ſummi juris ratione videtur fuiſſe diſceſſum; quamvis etiam ſententia *d. l. penult.* habeat perſpicuam rationem, quod furor non habet determinationem & incertum eſt, an ſit reditura ſana mens ante pubertatem, à vitio autem ſurdi & muti ſemel contracto, vix datur regreſſus ad habitum, itaq; ſublata ſpe recuperandæ tutelæ, merito alius tutor dari debet: eoq; pertinet quod eſt *in l poſt 40. de admin. tut.* furioſum, ſurdum, mutum, cæcum, ſuſceptam tutelam deponere, & itaq; amplius tutores non ſunt. Quod autem ibi de valetudinario dicitur, ne pugnet cũ *l. ſolet 13 in pr. de tut.* accipiendum eſt de valetudine, quæ tutorẽ omnino inhabilem reddit adminiſtrationis per *l non ſolum 50. §. ultim. cum l. ſeq de excuſ. tut.* ubi & illud addendum, pertinere ad cognitionem magiſtratus, an permittendum ſit tutori, deponere omnino tutelam, an ei adjungere curatorem; ſecundum quod explicandum eſt, quòd in *l. non ſolum 10. §. ſi quis 8. & in l. 12. de excuſ.* in locũ tutoris furioſi effecti interim curator dandus dicitur; cognoſcere n. prætor de cauſa & qualitate furoris, an facile ſit ſanabilis nec ne, & maxime ſi legitimus tutor ſit, difficilius alium tutorem dabit. Magis videntur pugnare textus in terminis tutoris relegati, in cujus locum dicitur dandus tutor *l pen C. in quib. cauſ. tut. hab.* contra curator, *l tutor. 28. § ult. de adm. tut* ex quo negatur hoc caſu actioni tutelæ quæ nondum ſc. finita ſit eſſe locum *l. ſine 32 § ult. de admin. tut* & quod difficultatẽ auget, idem ſtatuitur, etiamſi in perpetuũ ſit relegatus tutor *l. quod ſi 14. §. quid ergo 3 de ſolutionib.* Quod poſterius ſane perabſurdũ eſt, repugnans rationi & textui in *l plane 28 de exc* & dixerim ibi verbũ curatoris in *d. l. 14* generalius ſumi: nam, quod & alibi obſervandum eſt, ex ejuſmodi locis, in quib. aliud tractant JCti, argumenta ſolida deduci non poſſunt; velut in *d. l. 14.* hoc tantum quæritur, an tutori relegato antequã alius ei ſubrogatus ſit, recte ſolvatur. Et itaq; poterit *d. l pen. C. in quib. cauſ. tut hab.* accipi de relegato in perpetuũ; aut ex tempore relegationis æſtimabitur an ſit dãdus interim tutor vel curator. quid enim ſi excurrat ultra tempus pubertatis, ut nulla ſpes ſit regreſſus ad tutelã? Et hujuſmodi diſtinctionib. etiã componendi erũt textus, qui in locũ tutoris Reip. cauſa abſentis, modo curatorem, modo tutorem dandum eſſe dicunt. Tutorem *l. 1. Cod. in quib. caſib tut. hab. l. quæſitũ 12. de tut. l. 3. § ſi quis 10. de ſuſp tut. l. ſi tutor 9. in pr. de tut. & rat. diſtrah.* ubi etiam tamquam finita quodammodo tutela dicitur eſſe locus judicio tutelæ, ubi abeſſe debet & proficiſci; & tamen conſtat quod reverſus recipiat tutelam *d l 1. C. & d l. 12. de tutel.* Curatorem autem, in ejus locum dari ſcriptum eſt in *l omnem 15 & l. ſeq. de tut. & cur. dat.* ubi & negatur quod deſinat eſſe tutor. Aut an præter ſupradicta, intelligimꝰ *d. l. 15 & 16.* ubi alii ſunt plures tutores. Illud nõ abs re ſit addere quod hic Hott. monet. tutorẽ habenti poſſe dari alium tutorem, ſi ille alter tutor ultro fieri hoc patiatur; nam eum rationem iſtius regulæ hinc petierimus, quod per dationem novi tutoris, priſtino fiat injuria, volens Injuriam non patitur. Deniq; addo ex *l. propter 21. §. ult. de excuſ.* poſſe dari tutores novos pro rebus adminiſtrãdis, quæ ſunt in diverſis provinciis; facit *l. tutores 39. §. patruus 8 de adm tut.* cum & hoc caſu initio diverſis illis & diſſitis quaſi patrimoniis diverſi poſſunt conſtitui tutores *l ſi tamen 15 de teſtam tut.* ſed de hac re plus ſatis. Porro h. §. Juſtinian. caſum ſecundum de non adminiſtrante fraudulenter ideo

adcommodaſſe videtur ad tutelam teſtamẽtariam; quoniam legitimorum honori parcendum eſt, etiamſi quid forte peccaverint, ut potius eis curator adjungatur, quam ut penitus cum nota removeantur, *arg. l. ſi tut. 9. de ſuſp. tutorib.*

TEXTUS.

4. Quod ſi tutor vel adverſa valetudine vel alia neceſſitate impediatur, quominus negotia pupilli adminiſtrare poſſint, & pupill⁹ vel abſit vel infans ſit: quẽ velit actorẽ periculo ipſius tutoris, prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto conſtituet.

COMMENTARIUS.

UBi impedimentum adminiſtrandi eſt univerſale & perpetuum, vel diuturnum ibi de ſubrogando vel adjungendo tutore vel curatore tractatur juxta d. § præced. Hic autem tractatur de impedimento momentaneo vel breviuſculo, & propter quod tutor negotium aliquod in præſens, uti neceſſitas vel pupilli utilitas exigit, nequit expedire. Et iſtud negotium eſt vel extrajudiciale vel judiciale. Ad utrumque in iſtis terminis non datur curator, qui fere & regulariter ad unum ſolũ actum & ubi tutor alias habilis eſt, conſtitui non ſolet, & qui conſtituitur pure autoritate magiſtratus, non à tutore: ſed ubi hujuſmodi impedimẽtum eſt, ipſi tutori jus conſtituendi eſt, non tamen ſimpliciter, verum accedente decreto magiſtratus. Et quidem qui propter extrajudiciale negotium adſciſcitur, videtur in ſpecie dici Adjutor *l. ſolet 13. §. 1 de tut.* ubi requiritur decretum prætoris. Ad judiciale & ad agendum ex ipſa re & in ſpecie dicitur Actor, id enim apparet ex omnibus locis qui meminerunt Actoris à tutore conſtituti *l. un. Cod. de act. à tut. dand. l. ſi actor 10 C. de appell. l. actor 9. rem rat. hab. l. tutor. 6. Quand. ex fact. tutor.* Et rurſus uterq; actor & adjutor datur periculo tutoris ipſius qui conſtituit eum *h. §. & d. l. 13. de tutelis.* licet interveniat decretum prætoris, cujus de Actore mentio *in d. l. C. de l. un. C. de act. à l. tut. dand.* Idq; neceſſitas exegit in caſu quo ipſe tutor litem movere nõ poteſt, & quo litem necdum conteſtatus eſt; quo facto alias dubio procul ſubſtituere procuratorem ad judicia poſſet *l. neq; 11 in fin. de procur.* Sed ante litem cont. id non poteſt, verum actorem conſtituere debet. *d. l. 11. in pr.* quem ſimul & voluntas tutoris legitimat & decretũ magiſtratus. Ratio eſt ſubtilis juris, quod nemo niſi dominus procuratorem recte conſtituit: itaque ſi pupillus præſens ſit & fari poſſit, nihil neceſſum eſt recurrere ad prætorem pro decreto & Actore, ſed cum pupillus autore tutore conſtituit procuratorem, idque eſt, quod hic dicitur Actore opus eſſe, ſi pupillus abſens ſi aut fari non poſſit: eodemque pertinet, quod de actore per abſentem tutorem conſtituto dicitur in *d. l. un. C. de act. à tut. dat.* qui ita abſens fuit à loco judicii, ut ab eo quoque & ſcil. à tutore abeſſet pupillus. Neque vero tutor ſolum dat actorem, ſed etiam ex jam d. cauſa curator *d. l. un Cod. de act. vel curat. dand. d. l. ſi actor 10. C. de appellat.* Illud addendũ, quod de actore in locum tutoris relegati conſtituto dicitur in *l. ſine 32. §. ult. de admin. tut.* ubi aut verbum Actoris uſurpatur latius, aut, quod magis puto, intelligitur ibi actor datus à tutore antequam in exilium iret; nam ut probavimus, Actor dicitur, qui ad agendum datur, nec placet quod Theop. ideo actorem dictum ait, quoniam apud acta & quaſi per acta conſtituatur.

AD TITULUM XXIV.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE SATISDATIONE TUTORUM vel curatorum.

TEXTUS.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, & eorum qui quæve in curatione ſunt, negotia à curatorib. tutoribuſve conſumantur, vel diminuantur, curet prætor, ut & tutores & curatores eo nomine ſatiſdent. Sed hoc non eſt perpetuum: nam tutores teſtamẽto dati ſatiſdare non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipſo teſtatore adprobata eſt. Item ex inquiſitione tutores vel curatores dati, ſatiſdatione non onerantur, quia idonei electi ſunt.

COMMENTARIUS.

1 *An ante adminiſtrationem ſpeciali decreto opus.*
2 *An prætor exigat ſatiſdationem.*

3 *Qui tutores ſatiſdent.*
4 *Hypotheca in bonis tutorum.*

HActenus ſpecialia tutelæ & curæ. Sequuntur h.t. & duobus ſeqq. utrique communia. Et primo de ſatiſdatione. Tractant in genere Doctores eſſe quæ præcedant ipſam adminiſtrationem. Et primum iſtud ut tutores ſatiſdent, de quo mox plura. Alterum ut inventarium conficiant, juxta *l. tutor qui 7. de admin tut.* Tertium, ut juramentum præſtent ſuper adminiſtrandis fideliter rebus pupilli. *N. 27. c. 2. & ult* & inſuper ſpeciatim de eo defendendo, ut no ant Interpp. *per l. ult. § pen Cod de adm tut.* ubi tamen in terminis non fit mentio juramenti, quod ante in ſpecie in curatoribus furioſorum conſtituerat Juſt. in *l de creat. 27 in pr. C. de Epiſc. aud.* Quartū ſolet addi, ut ſpeciali decreto tu-
1 torib. † permittatur adminiſtratio; quod ita diſpoſitum eſt in Conſt. noviſſimis Imperii, Reformatione Politiæ *Auguſtæ Anno* 1548. *tit.* Von Pupillen und Vormundern. Sed videtur id etiam juri noviſſimo Juſtinianeo cōvenire *in l ult. §. illo procul. C. Arbit tut ubi itemq; ad pr tit. ſup. de leg. agn tut* Interpp. id cōmuniter tradunt. Sed id utiq; abhorret a ratione Juris noſtri; & in *d l ult.* ante omnia inventarium confici vult Juſt. & ut ita tutori res confecto inventario tradantur; quibus verbis utique non ſignificarut decretum magiſtratus. Sed hoc obiter. Nos de ſatiſdatione agamus. Finis omnis cautionis eſt, ut proſpectum ſit alicui, & res ejus ſint in tuto collocatæ. Hunc finē initio ſtatim proponit Juſtinianus, *Ne pupillorum negotia conſumantur, aut diminuantur. Diminuere* hic paulo laxius accipiendū eſt, nam & tenetur tutor, ſi ejus negligētia & culpa bona pupilli non fuerint aucta: hoc enim procul dubio venit in actionem tutelæ, per *l 1. in pr. de tut. & rat. d. ſtr. l ſi tutor 15. l qui negat. 58. §. qui pupillo 5. de admin. tut.* adeo etiam in actionem ex ſtipulatu per *l. cum pupillus 9. rem pup ſalu. fore.* Satiſdatio hæc fit, quæ etiam regulatis natura eſt cujuſvis ſatiſdationis, datis fidejuſſoribus, *l. ſi poſtea 10. & l ult. rem pup. ſalu fore l. 1 §. 2. junct. l. 7. de prætor. ſtipulat.* qui ſc. juxta cum tutore promittunt & obligantur, rem pupilli vel adoleſcentis ſalvam fore.

a *Curet prætor* † *ut ſatiſdent*] Supra hoc quoq; tractavi, *ad §. ſed ex his de Attil. tut.* quomodo prætor curare dicatur, ut ſatiſdent, cum tamen ipſe ſatiſdationem non exigat *§. ult h. t.* ſed ex inquiſitione tutores det, quo caſu ſatiſdatio ceſſat *in ſi hujus pr.* Et tamen eſt in *l 2. in fi. & in l. 3. rē pup ſalu fore*, quod ſtipulatio illa & ſatiſdatio apud prætorē, & eo curante præſtetur. Hæc nemo movet, aut explicat. Nec poteſt rem extricare, quod d. loco diximus curam prætoris etiam extra Romā in civitates & municipia ſe portexiſſe, quippe cum *d. l. 2. & 3.* tractetur de ſatiſdatione, quæ apud ipſum prætorem & ejus cura expediatur; & igitur nō exegerunt ibi magiſtratus inferiores cautionem, nec exigendam eam aut tutores dandos prætor demandavit; nec videtur Romæ alius magiſtratus fuiſſe extra prætorem tutelarem, qui jus dandi tutores haberet. Et fatendum itaq; erit, non ſemper prætorem dediſſe tutorem ex inquiſitione. At enim utique non dedit ſine decreto, hoc antē requirit cauſæ cognitionem. An forte cauſæ cognitio locum habet, ut tamen non ſit neceſſaria inquiſitio? Aut non ſemper ubi decretum interponitur ſuper officio aliquo decernendo, opus eſt cauſæ cognitione, velut hoc caſu, ſi nihil habeat tutor quod excipiat aut excuſet, quo minus ſuſcipiat tutelam? At enim ſi ita ſimpliciter decernit prætor, & tum curat interponi ſatiſdationem, quomodo non verum erit, quod exigat prætor ſatiſdationem, contra apertiſſimum textum *in §. ult. h. t.* & ſi exigit tenebitur quoque illa actione ſubſidiaria contra *d §. ult. & l 1. § 1 de magiſtrat conven.* Et quomodo igitur iſta non pugnant: & quis tandem erit qui ſatiſdationem, quæ præſtanda eſt curante prætore apud prætorem *d. l. 2. & 3. Rem pup. ſalu. for.* An è municipiis tutores à magiſtratibus evocandi fuerunt Romam, ut ibi ſatiſdarent? At enim bono, & cur non id fieri potuerit æque in ipſis municipiis aut coloniis? Videtur ſcrupulum hunc aliqua vidiſſe, Hottom. qui confugit ad ſcribam prætoris cui hic negotiū dederit exigendi ſatiſdationem: In urbe inquit, ſcriba, in provinciis, municipiis & coloniis, defenſores & magiſtratus municipales ſatiſdationem exigebant. Sed vitioſa eſt comparatio, nam magiſtratus municipales habuerunt jus dandi tutores *l. 3 de tut. & cur. dat.* quis autem umquam audivit hoc habuiſſe ſcribam prætoris? quod ſi prætor datis tutoribus juſſit ſcribam exigere ſatiſdationem, utique jam dicetur prætor exegiſſe, cum ſcriba tantum ſit nudus miniſter: & duumviri quoque apparitores habuerunt, quorum miniſterio poterūt exigere ſatiſdationem: nec tamen apparitores eam exegiſſe dicuntur. Et vero ubi prætor tutores dedit ex inquiſitione, negamus opus fuiſſe ſatiſdatione: & quomodo tum igitur ſcriba eam exigebat? Sed & *l. ult C. de magiſtr. conv.* eſt Zenonis Imp. Conſtantinopolitani, ſub quo forma veteris Reipub.

 pub.

pub. mutata fuit: Et necibi dicitur quod ſcriba exigat ſatiſdationem, ſed quod æſtimet facultates pupilli, ut ſecundū eas accipiantur fidejuſſores. Ergo totum iſtud Hottomanni cōmentitium eſt. An forte referimus iſtud ad tutores non dativos, ſed teſtamentarios, (aliquando) & legitimos; quos prætor non dat, ſed tamen ab illo aliquando ab his fere ſemper curat exigi ſatiſdationem Romæ. Et tamen negatur actio ſubſidiaria in prætorem: itaq; fatendum omnino eſt, eum hanc curam miniſtris ſuis delegaſſe ſolitum, qui exigerent ſatiſdationem; licet hoc apud prætorem præſtaretur.

Hoc non eſt perpetuum.] Exceptiones latius patent quam Regula. Nam cum ſint tres ſpecies † 3 tutorum, teſtamentarii non ſatiſdant *h. text. & l. teſtamento 17. de teſtam. tut.* extra quam ſi quid novi emergat. *arg. l. 4. in fin. de teſta. tut. l. in confirm. 8. cum 2. ll. ſeqq. de conf. tut.* Ex legitimis, eximuntur patroni cauſa cognita & parentes *l. legitimos 5 §. 1. de legit. tut.* Ex dativis non ſatiſdant, quia dantur ex inquiſitione à majoribus magiſtratibus *h. text. in fin. l. pen. C. de tut. qui ſatis non ded.* Itaq; inepte opponunt vulgo Interpp. ex § *noſtra autem. ſup. de Attil. tut.* qui aperte loquitur de minoribus magiſtratibus, qui ſine inquiſitione dant tutores: quod non intellexerunt veteres Interpp. qui etiam his jus inquirendi tribuunt, ſecundū quæ explicanda & limitanda ſive declaranda eſt *l. 5. C. de t.* quæ ſolos tutores teſtamentarios eximere videtur à neceſſitate ſatis dandi: ſcilicet quoniam de nullo alio genere tutoris id abſolute prædicari poteſt. At enim dixerit quis, cū ſatiſdationis hic finis ſit, ne pupillorum negotia deminuantur, in pr. h. t. & maxime LL. faveant pupillis, videri contra utilitatem pupillorum, ut quibuſcunque tandem tutoribus cautio remittatur: & cum LL. velint omnia negotia pupilli integra eſſe & ſalva, omnibus tutoribus onus ſatiſdationis fuiſſe injungendum.

Reſpondeo, rationes quę tutores quoſdam liberant à cautione, ita comparatas eſſe, ut ſimul excludant cauſam, quæ neceſſariam facit ſatiſdationem, & ita ſimul excludat periculum pupillorum. Nam quod ad datos ex inquiſitione attinet, ratio hic redditur, quod ſint electi idonei, videlicet, cum in bona & mores ſit inquiſitum; ut amplius eos per ſatiſdationem idoneos fieri non oporteat. Teſtamentarii ſunt idonei præſumptione juris, quæ ſta à judicio patris *per l. amiciſſimos c. 36. de excuſat.* & h. text. ubi dicitur, quod fides eorum à teſtatore cui Leges plurimum tribuunt tamquam patri, ſit approbata, ut adeo paternum teſtimonium ſufficiat pro ſatiſdatione *l. ult. §. & ſiquidem 5. C. de curat. fur. l. de creat. 27. in pr. Cod. de Epiſc. aud.* Et iſtæ approbationes per patrem & magiſtrum majorem ſunt ſpeciales ſuper ſingulis perſonis; itaque hæc ratio in legitimis non procedit: quoniam Lex non ſingularem & certam perſonam, ſed ſimpliciter agnatos vocat: neque Lex inquirere aut judicare de perſona poteſt.

Intelligimus ſcilicet jure teſtamentarios tutores, aut utique à patre datos, ceteri enim niſi per inquiſitionem confirmati ſint, ſatiſdare coguntur, ut explicavimus ad §. *permiſſum ſup. tit. XIII.* Illud hic addendum, quibus caſibus cavendum eſt, ſatiſdationem adeo neceſſariam eſſe, ut ante eam præſtitam, quidquid tutor egit, ipſo jure ſit nullum. *l. 3. C. de tut. qui ſat. non ded.*

Nec iſtud omittendum, quod licet teſtamentarii † & quidem dativi non dent fidejuſſores, tamen alia cautione pupillis eſſe proviſum, 4 quod nimirū univerſa tutorum bona pro adminiſtratione pupillis ſunt tacite pignori obligata: hæc enim hypotheca procul dubio generalis eſt, & ad omnes tutores pertinet *l. pro officio 20. C. de admin. tut.* quā hypothecam quidam demum à Conſtantino per d. l. 20. putant eſſe introductam. Itaque in quibuſdam tutoribus eſt cautio hypothecaria, à quibuſdam inſuper fidejuſſoria exigitur; quod hodie tamen per conſt. Imperii in comitiis Auguſt. Anni 1548 generaliter obſervatur, ut omnes tutores fidejuſſoribus cavere teneantur. Juris veteris hæc erat formula, ut tutor & fidejuſſores vel ipſi pupillo, ſi præſens eſſet farique poſſet, vel ſervo ejus, vel in ſubſidium, ſervo publico & ſcilicet tabulario, aut ei quem prætor deputaverat, quin & ipſi magiſtratui municipali rem ſalvam fore ſtipulato promitterent *l. 2. 3. & 4. in pr. & l. 6. rem pup. ſalv. for. l. 1. §. exigere 15. de magiſtrat. conv.*

TEXTUS.

2. Sed ſi ex teſtamento vel inquiſitione duo pluresve dati fuerint, poteſt unus offerre ſatiſdationē de indemnitate pupilli vel adoleſcētis, & cōtutori ſuo vel concuratori præferri, ut ſolus adminiſtret: vel ut contutor aut cōcurator ſatis offerens præponatur ei; ut & ipſe ſolus adminiſtret. Itaq; per ſe non poteſt petere ſatiſdationem à contutore ſuo vel concuratore, ſed offer-

offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori ſuo, utrum velit ſatis accipere an ſatisdare. Quod ſi nemo eorum ſatis offerat, ſi quidem adſcriptum fuerit à teſtatore, quis gerat, ille gerere debet. Quod ſi non fuerit adſcriptum, quem major pars elegerit, ipſe gerere debet, ut edicto prætoris cavetur. Sin autem ipſi tutores diſſenſerint circa eligendum, cum vel eos qui gerere debent, prætor partes ſuas interponere debet. Idem & in plurib. datis ex inquiſitione comprobandum eſt, id eſt, ut major pars eligere poſſit, per quem adminiſtratio fiat.

Commentarius.

Exceptio eſt ad illud quod in pr. traditum eſt, tutores teſtamentarios & ex inquiſitione datos, non ſatisdare. Etenim hoc quidem ut ſatisdent directo ab iis peti, iiſque imponi non poteſt, ſed provocando alter alterum, (ubi plures ſunt) facere poſſunt, ut qui in adminiſtratione ceteris præferri vult, ſatiſdare cogatur. Hoc ſumma ratione admiſſum fuit, ut cum tutores ita teneantur, ut periculum cõmune ſit, & ad omnes pertineat, quod unus quoque male geſſit, illi potius permittatur adminiſtratio qui offert ſatiſdationem, quæ ceteros quoque ſecuros reddat: dum qui offert, metuens forte & ſuſpectam habens collegarum negligentiam, ipſe adminiſtrare cupit; quam conditionem ſi ceteri recuſent, & quaſi adminiſtrare velint, quod ipſis permittitur *l. teſtamento 17. in pr. de teſtam. tut.* æquiſſimum eſt, ut eadem Lege adminiſtrent, & alterum qui obtulit, cautione præſtita faciant ſecurum, quomodo tutores ſeſe invicem provocare dicuntur *l. ſi nemo 19. de teſtament. tut.* Hæc una ratio iſtius rei fuit. Altera eſt, ut potius per unum, qui idonee cavet, adminiſtretur tutela quam in plures ſpargatur: quod ut fieret curæ prætori fuiſſe ait ICtus *in l. 3. §. apparet. C. de admin. tut.* qua occaſione hic ſimul tractatur & docetur ordo, quem in hac re præſcripſit prætor, ut pluribus delatæ tutelæ adminiſtratio ad pauciores, & potius ad unum derivaretur. Primum gradum facit Juſtinianus ejus tutoris qui ſatisdat, ſecundum, ſi nemo offerat, ejus cui ex pluribus adminiſtrationem committi voluit teſtator. Sed Hottom. contra huic præfert, utcunque alius ſatiſdare velit. Imprudenter, cum textus quem ad hoc adducit ex *l. 3. §. 1. de admin. tut.* declaretur eadem *L. §. pen.* ubi diſerte dicitur, non teneri contutores acquieſcere deſignationi patris, ſed poſſe contradicere, ſi nolint eſſe ſuccedanei alieni periculi; & quanto magis igitur poterunt contradicere & recuſare, offerendo ſatiſdationẽ: &, quod non obſervavit Hottoman. in toto illo loco *l. 3. §. 1. cum ſeqq. de admin. tut.* caſus ille oblatæ cautionis non tractatur, ſed extra illum, quo ordine in adminiſtratione committenda procedatur. Et itaque potior omnino eſt, qui offert ſatiſdationem, nec enim voluntas teſtatoris ceteris præjudicium facere poteſt: quod & oſtendit *d. l. teſtamento 17. de teſt. tut.* proximus huic eſt quem teſtator deſignavit; neque hic tantum tribui poteſt judicio teſtatoris, quantum male exiſtimat Hottomannus, quoniam agitur de præjudicio tertii, & videlicet collegæ; quæ ratio facit, ut & citra oblationem ſatiſdationis poſſint collegæ contradicere, ut modo dicebamus. Tertio loco, ſi teſtator neminem deſignavit, ſtatur conventioni tutorum, ut adminiſtrent, quos major pars elegerit *h. §. & d. l. 3. §. ſi non 7. de admin. tut.* Quarto, ſi non conveniant in eligendo, prætor ſtatuet h. §. Hoc ita, ubi tutores volunt adminiſtrari tutelam per unum, vel aliquot: ceteroquin ſi omnes velint adminiſtrare, prætor hoc eis permittit, *d. l. 3. §. pen. de admin. tut.* quod & eveniet, ſi omnes ſatiſdare ſint parati, ut videtur Ulpianus velle *in d. l. 17. in fi. pr. de teſtamen. tut.* vel magis idoneum deligit prætor ut eſt in *l. quod ſi 18. de teſtam. tut.* Atque hęc ita regulariter obtinent. habent enim exceptiones; v. c. ut aliquando judicio teſtatoris non ſtetur ex cauſis relatis *in l. 3. §. quamvis 3. de admin. tut.* Itemque aliquando ſatis offerens non audiatur, ex rationibus *in l. 17. §. 1. de teſtam. tut.*

Idem & in pluribus.] Ait idem eſſe in pluribus tutoribus datis ex inquiſitione; quamvis ſane magiſtratus nõ temere plures tutores dare debet, quã adminiſtrationis ratio exigit; teſtator autem liberum habet arbitrium, poteſt autem & ille plures dare, ut tanto melius ſit conſultum pupillo, cui expedit plures habere obligatos. Juſtin. autem mox illud quod dixerat, videtur reſtringere ad unicum iſtud de electione majoris partis. Verum id tantum exempli gratia poſitum videtur: ne omnia ſuperiora repetere neceſſe eſſet; & rationis eſt, ut etiam hic invicem ſe offerendo ſatiſdationem provocare poſſint. An forte non poſſunt? quoniam cum

magiſtratus eos omnes & ſingulos per inquiſitionem idoneos elegerit non eſt eorum ut à ſe invicem exigant ſatiſdationem: quomodo judicium magiſtratus in dubium vocaretur. Et hæc ratio vera videtur: cum & ICtus in *l. ſi nemo 19. § 1. ad teſtam. tut.* illi clauſulæ ſubjectos eſſe dicat ex inquiſitione datos, ut is gerat quem major pars elegit; & porro conſequenter huic, ſi non conveniat, ut prætor partes ſuas interponat; nam hoc ſub illo per conſequentiam quandam continetur. Quod autem de deſignatione teſtatoris dictum eſt, palam eſt hic non obtinere. Ubi Ita unus ex plurib. adminiſtrat, ceteri vocantur honorarii tutores, ad quos in ſubſidiũ, ſi alter non ſit ſolvendo, aut ſi alias in eo non arguendo ſuſpecto fuerint negligentes, periculum quoque ſpectat, de qua re eſt *l. 3. §. 2. de admin tut. l. quod ſi 14. §. 1. de ſolut.* Quomodo alias, ubi inter plures de aliquo non convenit res tranſigatur & expediatur, tractant Interpp. *Ioh. de Plat. & Ang.* hic, qui etiam in genere tractant, an & quomodo ſtetur ei quod major pars facit aut decernit, de quo etiam Porcius *hic in fin.*

TEXTUS.

3. Sciendum autem eſt non ſolum tutores vel curatores pupillis vel adultis ceteriſque perſonis ex adminiſtratione rerum teneri, ſed etiam in eos, qui ſatiſdationem accipiunt ſubſidiariam actionem eſſe, quæ ultimum eis præſidium poſſit afferre. Subſidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino à tutoribus vel curatoribus ſatiſdari non curaverunt, aut non idonee paſſi ſunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentum reſponſis, quam ex conſtitutionibus Imperialibus etiam in heredes eorum extenditur. Quibus conſtitutionibus & illud exprimitur, ut niſi caveant tutores & curatores, pignoribus captis coerceantur.

COMMENTARIUS.

1 *Subſidiaria actio an ſit extremum præſidium.*
2 *Quid ſit coercere captis pignoribus.*

PAtris judicio in dandis tutoribus res tota committitur: itaq; nõ habet hic pupillus alios quos conveniat ob non recte adminiſtrata negotia, quam ipſos tutores. Idem in iis qui ſunt dati ex inquiſitione ut idonei. At in legitimis, & his qui dantur à minoribus magiſtratibus quoniam iſtæ rationes ceſſant, ut proſpectum eſſet pupillo, conſtitutum eſt: ut exigeretur ſatiſdatio, & ſcil. cautio fidejuſſoria; ut ſi non ſufficerent tutores, in fidejuſſores eſſet actio. Et igitur hoc pertinet ad officium magiſtratuum minorum, ut cautionem exigant fidejuſſorum à tutoribus, & eum ſcil. idoneum pro modo facultatum pupilli, per *l. ult. C. de magiſtrat. con.* Quod ſi non faciant, & ſcil. aut omnino non, aut non idoneam exigant ſatiſdationem, tenentur ipſi pupillis actione propria, quæ à re ipſa ſubſidiaria eademque utilis *l. 1. C de magiſtr. conven.* dicitur; quia datur in ſubſidium, aliis remediis deficientibus, cum nec à tutoribus nec à fidejuſſoribus pupillus, quod ſibi debetur, poteſt conſequi. Itaque à Juſtiniano hic ultimum appellatur præſidium, quod illis ſcilicet datur, poſt conventos tutores ſimul & fideiuſſores, Ita in *l. Lucius 46. §. pen. in fin. de admin. tut.* non poſſe agere pupillum contra magiſtratus, niſi omnes tutores ſint excuſſi, & inſuper fideiuſſores. *l. 4 C. de magiſtrat. conven.* Cui tamen † ſententiæ contradicit *l. 1. §. uſque adeo 15. de tut. & rat. diſtr.* ubi Ulp. ait. prius magiſtratus eſſe conveniendos quam eatur ad collegas contutores. Ne multis morer, ita oportet diſtingui; quod aut contutori aliquid poteſt imputari circa adminiſtrationem collegæ, aut nihil ei poteſt imputari. Imputari duo poſſunt & imputantur contutori, ſi cum ſciret cautum non eſſe, non hoc poſtulavit & exegit, ut cautio præſtaretur *d. lib. 1 §. 15. in fin. l. etiam 14. de admin. tut. l. 2. in fin. de magiſtr. conven.* Deinde (idque magis perſpicuum eſt) ſi contutorem male adminiſtrantem non facit ſuſpectum *dd. textibus. l. 1. §. 2. de admin. tut. & paſſim alibi.* Hoc ſi acciderit, & alterutrum horum non fecerit, ipſe conveniendus ante magiſtratum. Si autem & caverit tutor, & nihil tale fecerit, ex quo ſuſpectus argui poſſit, ſi poſt pro parte ſatisfacere non poſſit, prius itur ad magiſtratum, optima ratione; quoniam hic intelligitur culpa huius, & tutorem ſive fidejuſſorem non idoneum fuiſſe; idque probatur *ex d. l. 2 junct. l. ſeq. de Magiſtr. conven.* Ubi contutori qui pro collega ſolvit, datur regreſſus contra magiſtratum, ſi ei neutrum ex illis duobus imputari poſſit. Et hæc nimirum diſtinctio eſt in *d. l. 1 §. uſque 15. de tut. & rat. diſtrah.* ubi Ulp ait, quod placuit

Digitized by Google

cuit & reſcriptum eſt, Quandiu unus ex tutoribus idoneus eſt, non poſſe ad magiſtratum veniri, ſic accipiendum eſſe, ſi contutor ob hoc conveniatur, quod ſuſpectum facere vel ſatis exigere noluit; hæc enim certa illius loci ſententia eſt, eaque expeditior & magis perſpicua, ſi ita ut dixi legatur, *ſi contutor*, ſublata negatione, (vulgo enim legitur, *ſi non contutor*, quam etiam ſuſpectam habet ipſe Acc. & notat varietatem lectionis: & potuit affinitas duarum ſyllabarum, NON & CON, errori cauſam præbuiſſe. Hæc neceſſario hic tractanda & explicanda fuerunt, ne quis nimis præciſe acciperet, quod hic Juſtinian. actionem iſtam ultimum præſidium appellat.

Ceteriſq. perſonis] Scilicet ſurdis, mutis, furioſis; prodigis, &c. de quibus actum *tit. præced*

Ex adminiſtratione rerum.] Hæc eſt cauſa actionis, quæ contra tutores vel curatores datur, qua conveniuntur, ut adminiſtrationis reddant rationem *§. ult. ſup. de Attil tut. l. rationes* 14 *C. de admin tut.* In quam actionem venit, quod committendo vel omittendo peccatum eſt *l pro officio* 10. *C. de admin tut.* quæ ſigillatim proponuntur *s. t. de tut. & rat diſtr. D. & C. de admin. tut.*

Qui aut omnino.] Hactenus ſcilicet verum eſt, nihil intereſſe an omnino non, an non idoneè ſit cautum *l. quoties 6. qui ſatisd. cog.*

Quæ quidem.] Videtur Edicto prætoris actio hæc utilis propoſita in magiſtratus, & quidem hos ſolos; quæ poſtea Interpretatione prudentum & reſcriptis ſive decretis principum in heredes producta ſit, arg. hujus loci, & facit *l. quod ad 6. de magiſt. conven.* Quod ſuaſit favor pupillorum: ceteroquin videtur iſtud eſſe quædam delicti ſpecies; actiones autem ex delictis non dantur in heredes. Idque fortaſſis fecit, ut ſpeciale hæc actio haberet: quod cum actiones quæ natura ſua in heredes dantur, eodem modo & iiſdem caſibus in eos competant: iſta actio tum demum datur in heredes ubi lata culpa & dolo magiſtratus peccavit: in ipſos vero magiſtratus, ſi etiam levi culpa peccaverunt *l nõ ſimiliter 4. & l. 6. de magiſtr. conven l 2. C. eod.* Et hoc non ex mera ratione juris, ſed ex miſeratione pupilli, qui dolo magiſtratus læſus fuit, ut damnum hoc omnimodo ei reſarciatur: ceteroquin quod defunctus in dolo fuit, non facit, ut tanto magis teneatur heres imo ut tanto minus; cum actiones ex delicto non dentur in heredes de quo *in fr. de perpet & temp act.* & ſumtus fuit hic color, quaſi magiſtratus dum dolo aut lata culpa peccavit, hactenus eſſet loco fidejuſſoris, cujus etiam heredes tenentur; ſed color tantum, alias nihil impediiſſet, quo minus etiam ob magiſtratus levem culpam heredes tenerentur. Sed ut dixi, reſpexerunt favorem pupilli, & noluerunt præter communem rationem juris nimis producere hanc actionem.

Quibus conſti utionibus.] De compulſione iſta diximus, & *ſup. ad §. Sed ex his in fin. Attil. tut.* Id juris ordinarii eſt, ut quod quemque facere oportet, id ſi non faciat, legitimis remediis facere compellatur. Duo ſunt quæ facere debet tutor principaliter, ſatiſdare, & adminiſtrationem ſuſcipere. Modi cogendi ſunt, multæ dictio, & pignorum capio, *h. loco*, ſed quid ſi ne ſic quidem faciat? Tunc iſta loco pœnæ erunt; præciſe enim ut faciat cogi non poteſt: & ſupererit, ut ſuſpectus poſtuletur (hoc enim & ante cœptam adminiſtrationem fieri poſſe dicitur titul. ult.) & cum nota removeatur vel abſtinere tutela jubeatur *l præſes 3 C. de ſuſpect. tut.* Porro quid ſit mulctam indicere, nimis quam notum eſt. Forte non æque quid ſit coercere † captis pignoribus. In 2 cauſam judicati pignora capi dicuntur, dum bona per executores capiuntur & diſtrahuntur, ut victori ſatisfiat, ubi debitor non ſolvit. Hoc modo pignora capi ſi hic accipias, concurret cum dictione multæ, imo nihil erit aliud quam executio & exactio multæ quam magiſtratus indixit: Atqui videmus, multæ dictionem & pignoris capionem, ut diverſa remedia proponi *l ſacrilegi 9. in fin. ad L. Iul. pecul.* & hic pignorum capio tamquam proprius coercitionis modus proponitur: ceteroquin multæ dictionis potius meminiſſet Juſtin. Forte an hoc explicandum ſit ex *Cicerone lib. 3. de oratore. in princ.* ubi de Craſſo & Philippo. Cum inquit, ita, Craſſus, Philippo quaſdam quaſi verborum faces admoviſſet, non tulit ille & graviter exarſit, & pignoribus ablatis, Craſſum inſtituit coercere, Tum Craſſus inter alia. An tu, cum omnem autoritatem univerſi ordinis pro pignore putares, eamque in conſpectu populi Rõ. concideres, me his pignoribus exiſtimas poſſe terreri? non tibi illa ſunt cædenda. ſi Craſſum vis coercere, hæc tibi eſt excidenda lingua, &c. Ex quibus verbis intelligimus, ejuſmodi genus coercitionis in uſu fuiſſe, ut res ablatæ in pœnam contumaciæ corrumperentur & conciderentur; & an forte tamen aliquo tempore retinerentur, ſi contumax mutata ſententia pareret. His modis

multæ

multæ dictiones pignoris capione coercere poterant magiſtratus majores, municipales non poterant, facit *l. 4. §. 2. de damn. inf.*

TEXTUS.

4. Neq; autem præfectus urbi neq; prætor, neq; præſes provinciæ, neq; quiſquam alius, cui tuto es dandi jus eſt, tenebitur hac actione: ſed hi tantummodo, qui ſatiſdationem exigere ſolent.

COMMENTARIUS.

DOcet, contra quos magiſtratus datur illa ſubſidiaria actio: & de eo quod à majori magiſtratu non exigant ſatiſdationem, abunde diximus ad *§. ſed ex hoc 15. ſup. de Attil. tut. & ad pr. hujus tit.* Unicus hic occurrit ſcrupul⁹, quod in genere negat eos teneri hac actione, quibus eſt jus dandi tutores. Ita enim concluditur ad abſurdum. Qui jus habent dandi tutores illi non tenentur hac actione *h. §. & l. §. 1. de magiſtr. conu.* Atqui magiſtratus municipales habent jus dandi tutores *l. 3. de tut. & cur. dat.* Ergo non tenebuntur hac actione; quod eſt falſũ perſpicue. Ruſſus hinc concludam hoc modo. Magiſtratus municipalis hac actione tenetur. Atqui hic magiſtratus habet jus dandi tutores. Ergo quidam habent jus dandi tutores tenebitur hac actione. Quod eſt cõtra iſtum §. Fallacia ambiguitatis eſt in verbis, *Ius dandi tutores habere*, quo modo loquendi hic ſtrictius utitur Juſtin. cum ICto *in l. 1. §. 1 de magiſtr. conu* ſignificans tale jus, quod eſt plenum & liberum, cum nullo concurrens, & non ſuſpenſum arbitrio ſuperioris; atqui magiſtratus municipales dicuntur illi quidem habere jus dandi tutores *d. l. 3. de tut. & cur. dat.* ſed ita ut hac in re juſſum & monitionem ſuperioris expectare teneantur, ut explicavimus *ſup. de Attil. tut. d. §. ſed hoc.* Poſtquam tamen hoc jus auxit Juſtin. magiſtratibus municipalibus, *d. tit. in §. ſed noſtra*, ut etiam citra monitionem aliquam præſidis ſuo jure poſſint dare tutores pupillis, intra certum modum, difficilius eſt iis negare ſimpliciter jus dandi tutores; niſi ut in magis excellentiori gradu accipias hoc jus, poſſe ſcilicet dare tutores indiſtincte & pupillis omnibus,

AD TITULUM XXV. LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE EXCUSATIONIBUS TUtorum vel curatorum.

TEXTUS.

Excuſantur autem tutores & curatores variis ex cauſis, plerumque tamen propter liberos, ſive in poteſtate ſint, ſive emancipati. Si enim tres liberos ſuperſtites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, à tutela vel cura poteſt excuſari, exemplo ceterorum munerum: nam & tutelam & curam placuit munus publicum eſſe. Sed adoptivi liberi non proſunt, in adoptionem autem dati naturali patri proſunt: Item nepotes ex filio locum proſunt, ut in locum patris ſui ſuccedant: ex filia non proſunt. Filii autem ſuperſtites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excuſationẽ proſunt, defuncti autem non proſunt Sed ſi in bello amiſſi ſunt, quæſitum eſt, an proſint. Et conſtat eos ſolos prodeſſe, qui in acie amittuntur, hi enim qui pro Repub. ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

COMMENTARIUS.

1 *Præmia patrum ob liberos.*
2 *Munera civilia.*
3 *Tutela quale munus.*

ROmani hoc unice egerunt, ut copioſam Remp. & plurimos cives haberent, ut prole continuo & perpetuo ſuccreſcente non deeſſent ad bellũ milites. Itaq; variis præmiis maritos & patres honorarunt, † contra cœlibes & orbos pœnis quibuſdam

dam coercuerunt; in quam rem præcipue latæ LL. Julia de maritandis ordinibus, itemque Papia Poppæa; de quibus hic agere & exſequi iſta prolixius non eſt inſtituti noſtri, videantur præ aliis *Vertran. Maurus, lib. ſingul. de jur. libr. & Lipſ. ad 3. annal. Tac. non multo poſt princip.* ubi de Lege Papia Poppæa. Unum genus præmiorum fuit, immunitas a publicis onerosis functionibus, muneribus civilibus pro numero liberorum; *l. 1. & 2. de vacat. mun. l. 3. §. quamvis 6. de mun. & hon. l. ſemper 5. §. 2. de iur. immun.* horum enim exemplo receptum teſtatur expreſſe hoc loco Juſtinianus ut hæc cauſa etiam à tutela, vel cura præſtaret immunitatem. Nec hoc Romanis proprium fuit. Scribit *Ariſtot. 2. politic. 9* Legem eſſe Spartanis τὸν γεννήσαντα τρεῖς υἱὸς, ἄφρουρον εἶναι, τὸν δὲ τέτταρας, ἀτελῆ πάντων; quamvis *Ælian. 9. Var. hiſtor. capit. 6.* ſcribat, apud Spartanos eum qui quinque liberos genuerit Reipublicæ πασῶν τῶν λειτουργιῶν ἀφεῖσθαι. Ad hoc exemplum liberi apud Romanos vocationem præſtiterunt, & quidem à tutela juxta hunc textum liberi, tres, quatuor, quinque, reſpective, ut cives urbis Romæ, cæteris Italicis, hi provincialibus præferrentur & potiori jure eſſent *l. 1. Cod. qui numer. libr.* Licet enim omnes etiam provinciales cives Rom. facti ſint, tamen non ob id omnis differentia ſublata eſt, ut paret ex *§. per traditionem infr. de rer. div. in princ. infr. de uſucap.* Sed & quo ad civitatem Rom. plurimum quo ad varia jura inter incolentes urbem Romam, & ceteros intererat, neque enim omnes æquo & optimo jure cives Romani erant.

Exemplo ceterorum munerum.] Munera hic civilia ſummuntur † in ſpecie, pro talibus functionibus, quæ publicum commodum reſpiciunt, & una cum ſumptu & operam perſonæ requirunt, & ſine dignitate geruntur, quomodo diſtinguuntur, ab honoribus *in l. honor. 14. de muner. & honor. fac. l. honorem 10. eod.* & quorum exempla videntur eſſe quæ referuntur in *l. maximarum 12. Cod. de excuſat. mun. lib. 10.* & eodem ſenſu honores & munera civilia opponuntur in *l 2. §. 1. de vocat muner.* Et ab hujuſmodi muneribus civilibus oneroſis & ſine dignitate, & quæ videntur quaſi ſordida vocari in *l. ſordidorum 13. Cod. de excuſat. muner.* excuſat hic numerus liberorum. Et licet tutela non ſit forte ſordidum munus, tamen eſt pure oneroſum & ſine dignitate, ſecundum hæc quod dicitur in *l. 1. in fin. de vacat. mun.* accipiendum eſt de provincialibus; ſententia enim ICti eſt, quod duæ imperfectæ cauſæ, licet concurrentes non pariant excuſationem: Icidē ex his *l. 1. Cod. de his qui numer. liber.* aut de oneribus patrimonialibus accipienda eſt, aut pro *oneribus* legendum eſt *honoribus*: ab his enim numerum liberorum non excuſare docet *Vlpian. d. l. 2. §. de vacat. muner.* Numerus nimirum ordinarius ille trium, quatuor, quinque liberorum, qui à muneribus civilibus excuſat; Ceteroquin numerus major, & nimirum 16. liberorum ab omnibus & muneribus & honoribus liberat; quomodo omnino & verbum, *munerum*, latius accipiendum eſt in *l. ſemper 5. §. 2 de iur immun.* neque enim omiſiſſet ICtus, ſi poſt Pertinacem, cujus in *d. §.* mentio, Severus aliquid novi conſtituiſſet, ut quidam factum putant per *l. 1. Cod. qui num. lib.* Julianus Imp. poſt pro XVI. ſufficere putavit XIII. *l. qui pater 15. Cod. Th. de decurionib.* Quod rurſus Tribonianus mutavit in XII. quamvis ea conſtitutione relata in *l ſi quis 24. Cod de decurionibus* licet Cujac. putet, *in dict. leg 55 pro* XIII. Legendum XVI. Sed nihil abſurdi eſt, ſi Juliano ſufficiens viſus fuit numerus XIII. liberorum. Nimis forte evagamur. Redeamus ad textum.

Nam & tutelam placuit.] Ipſum verbum, *placuit*, arguit, tutelam † & curam non eſſe proprie civilia & publica munera; Ceteroquin ipſa rei & muneris qualitas, facit ut munus ſit civile & publicum, nec à diſpoſitione hominum pendet, & definitio munerum civilium publicorum in *l. 14. de muner. & honoribus* non convenit tutelæ: quippe munera publica concernunt commodum & adminiſtrationem Reipub. quo (niſi per conſequentiam & improprie loquendo) non pertinet tutela *l. 2. §. pen. ad municip.* itaque negatur eſſe Reipub. munus *l ſi duas 6. al l. Athletæ § tutela 15. de excuſ. tut.* Quo eodem tamen loco dicitur munus civile, & conſequenter etiam publicum,) quoniam omne munus civile publicum eſt:) non quod revera civile & publicum ſit, ſed quia ſecundum quid pro tali habetur: unde hic dicitur, *exemplo ceterorum munerum.* & in *l. 1. in f. C. quod cum eo qui in al. pot.* tutela exemplo ceterorum civilium munerum introducta eſt; cujus rei effectus ibidem proponitur, ut pater pro filio teneatur; Et ideo nihil neceſſe eſt, ut cum *Cui* hic *d. § tutel.* ſpurium eſſe dicamus. Et publice intereſſe intelligitur, ut huic ætati proſpiciatur: idque ad curam publicam pertinere teſtatus eſt Severus, *l. 2. §. divus qui pet. tut.* ex quo etiam (quod in privatis ſecus eſt) tutores ad munus iſtud ſuſcipiendum compelluntur juxta not.

Digitized by Google

ttat *Porcius* & ex inepta ratione, quod duplex fictio non poſſit concurrere. Illud denique addendum, ſpectari hic textus, quo de excuſatione tractatur: ut videl. non proſit, ante tres vel 4. habuiſſe liberos, nec noceat poſtea aliquos mortuos; ut tutelam ante delatam recipere teneatur, *l. 2. §. 4 h. t.*

TEXTUS.

2. Item D. Marcus in Semeſtribus reſcripſit: eum qui res fiſci adminiſtrat, à tutela vel cura, quãdiu adminiſtrat, excuſari poſſe. Item qui Reipublicæ cauſa abſunt, à tutela vel cura excuſantur. Sed & ſi fuerint tutores vel curatores dati, deinde Reip. cauſa abeſſe cœperint, à tutela vel cura excuſantur, quatenus Reip. cauſa abſunt, & interea curator loco eorum datur: qui ſi reverſi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni vacationem habẽt, ut Papinianus libro quinto reſponſorum ſcripſit: nam hoc ſpacium habent ad novas tutelas vocati. Et qui aliquam habent poteſtatem, ſe excuſare poſſunt, ut D. Marcus reſcripſit: ſed ſuſceptam tutelam deſerere non poſſunt.

COMMENTARIUS.

1 *Capita cauſarum excuſationis.*
2 *Poteſtatis & Imperii verba.*
3 *Magiſtratus municipales an immunes.*

1 Cauſæ excuſationum † in univerſum diſtingui poſſunt: quod vel ſunt à privilegio, vel ab aliqua inhabilitate adminiſtrandi tutelam delatã: quæ inhabilitas vel eſt abſoluta aut in pupillo, minore vel ab aliis cauſis ſpecialibus dependet: quæ faciunt, ut credatur quis tutelam recte, aut ex fide non adminiſtraturus: idque fere dupliciter, tum ob odium erga pupillum: tum ob alias occupationes: quæ occupationes vel conſiderantur ſolæ, ut ſi qui tres habeat tutelas: vel concurrunt cum privilegio, v. c. quod ob liberos, dignitatem, aut profeſſionem & magiſtratum, legationem, &c quæ omnia ſimul habent occupationes ſuas, conceſſum eſt. Rurſus quædam cauſæ liberant tantum à tutela ſuſcipienda, quædam faciunt, ut et jam onus jam ſuſceptum deponatur: & prout illa cauſa eſt vel in perpetuum ut novus plane tutor detur, vel ad tempus, dum impedimentum durat, ita ut interim magis detur curator: de quo diximus *ad §. pen. ſup. de curatoribus.*

In Semeſtribus.] Suet. de Auguſto ſcribit *cap. 35.* Inſtituit ſibi conſilia ſortiri Semeſtria, cum quibus de negotiis ad frequentem Senatum referendis, ante tractaret. De eodem *Dio. li. 53.* ἐκ τῶ λοιπῶ τῶν βουλευτῶν πλήθους, πεντεκαίδεκα τὰς κλήρῳ λαχόντας συμβούλους ἐς ἑξάμηνον παρελάμβανε. Tale quid, aut ſimile machinatus videtur Marcus, & ex hujuſmodi conſiliis hoc quoq; conſtituiſſe quod hic proponitur, ut qui fiſci res adminiſtraret, officio durante haberet vacationem à tutelis. Et horum Semeſtrium Marci eodem ſenſu mentio eſt in *l. poſſum. 46. de pactis,* & citra mentionem Marci ſimpliciter, in *l. ei qui 12 de adq. hæred.*

Qui res fiſci.] Idem in eo qui res principis adminiſtrat *l. adminiſtr. 41. h. t.* ſcilicet privatas quas à rebus fiſcalibus ſeparatas, in ſpecie privatas principis fuiſſe notum eſt, de quo aliquid in *§ ult. inf. de uſucap.* Huc etiam referri poſſunt exactores tributorum *l. exactores 10. C. h. t.*

Qui Reipub. cauſa.] Duplex beneficium præ aliis, qui ob officium & magiſtratum excuſantur, iſti habent, 1. ut etiam jam ſuſceptam tutelam interim ponant, quoniam abeſſe coguntur. Illi vero non deponunt *verſ. ſeq.* 2. Ut reverſi à novis tutelis habeant vacationem anni: quam rurſus illi non habent: ut apparet ex *verſ. præced.* ubi Juſtin. ait adminiſtratorem fiſci excuſari *QUAMDIU* adminiſtrat. Itaque cum pingue ſatis ſit privilegium abſentium Reip. cauſa ambigo an recte Weſemb. hic tamquam rem liquidam, iſtud pariter de iis qui municipii & cujuſvis alterius civitatis cauſa abſunt, accipiat: cum imo Modeſtinus, in l. *non ſolum 10 in pr. h. t.* ad Rempub. Rom. id non obſcure referre videatur: utique quod eſt de vacatione anni: nam minus illud ut dum abeſt, interim alius pupilli negotia curet, ipſiſſima ratio ſuadet. Et non procedit argumentum, ex *tit. reſtitutione majorum*: ibi enim eadem ratio eſt, ut abſentibus cujuſcunque Reip. cauſa reſtitutio concedatur: & tamen adhoc reſcripto Impp. opus fuiſſe, docet *l. legatis 8. Ex quib. cauſ. major.*

Interea curator datur.] De hoc ſup. diximus *ad §. pen. de curatorib.*

Et qui poteſtatem.] Nullus magiſtratus poteſt eſſe ſine poteſtate † & imperio, & ex fundamentis po. 2

liticis contradictio eſſet in adjecto, magiſtratus ſine imperio & poteſtate; & *Ariſtot. 4. polit. 15.* magiſtratum definit & æſtimat ἐν τῷ ἐπιτάττειν. Sed verba non raro extra propriam ſuam ſignificationem trahuntur, & cum latius pateant, ex uſu reſtringuntur, quomodo præſertim verbum *Imperii* Romanis fere uſurpatum fuit ſtrictius; pro Imperio militari, quod majores magiſtratus ituri ad bellū Lege curiata accipiebant, ut late contra *Gruchium* diſputat *Sigonius l. 3. de iure antiq provinc. inf.* Sed jure noſtro Imperium ita ſtricte non uſurpatur, ſed in materia juriſdictionis poteſtate gladii, & alterius gravioris coercitionis, itemque poteſtate exequendi etiam in cauſis civilibus, & aliis quæ pertinent ad magiſtratus majores, ut in *l. ult. de offi. ejus l. 3. & 4. de iuriſdict. l. ea quæ 26. ad municip.* Quo ſenſu minores magiſtratus dicuntur eſſe ſine imperio & poteſtate *l. nec magiſtr 32. inf. de iniur.* aut ad forte poteſtatis verbum etiam ad inſignia magiſtratuum pertinet, faſces ſcil. ſecures & lictores, quæ habebant tantum majores magiſtratus, quomodo id hic interpretatur Ho 16. Sed videri poſſint etiam magiſtratus in coloniis & municipiis faſces habuiſſe, per *l. duumvirum 53 de decur. lib. 10.* niſi quis ibi per metaphoram poteſtatem faſcium pro juriſdictione dictam putet. Et tamen ut non faſces, ſicut Romæ, attamen aliquid loco faſcium & bacillos prælatos fuiſſe magiſtratibus municipalibus, docemur ex *Orat. Cicer. agraria 2. in Rullum paulo ante fin.* ubi agit de ſuperbia novæ coloniæ. Capuam deductæ. Cum inquit, in ceteris coloniis, duumviri appellētur, hi ſe prætores appellari volebant: deinde anteibant lictores, non cum bacillis, ſed ut hic prætoribus anteeunt, cum faſcibus duobus. Et ergo duumviri habuerunt lictores. Id ſub principibus poſt forte mutatum: ſiquidem ſcribit *Tacit. 2. annal.* de Germanico Hinc ventum Athenas, fœdeique ſociæ & vetuſtæ urbis datur, ut uno lictore uterentur. Sed quidquid ejus ſit, poteſtatis verbum in excellentiori ſignificatu hic ſumi apparet inde, quod magiſtratus ædilitatis à tutela non excuſat *l. non tantum 17. § is qui 4. h. t.* De magiſtratibus muni-
3 cipalibus, qui utique † poteſtatem præcipuam ibi habent, quæritur, an ſint excuſati à tutela: qua in re textus juris invicem pugnare videntur. Affirmatur hoc in *l. ſi duas 6. §. remittuntur 16. h. t.* ubi Græcus Modeſtin. ἄρχοντες ἐν ἐπαρχίαις καὶ ... τῶν πόλεων: per quos intelligi municipales, ſupra diximus ad *§. præterea 6 t. 12.* ſive generalius quācunque civitatem, hoc enim nomen generalius eſt quam municipii. Negare contra videntur textus in *l. Spadonem 15. § ſi civitatis 9. l. propter 23. h. t. l. 3. Qui pet. tut. l. ubi 19. § 1 de tut & cur. dat.* Ut paucis agam, affirmans ſententia vera eſt; licet enim iſti ſint magiſtratus minores, ſi conferantur cum Romanis, tamen in municipio ſupremam poteſtatem habent, eoque à tutela pupillorum ejus municipii eos excuſari æquum eſt. Ad textus contrarios reſpondeo, & ad *l. 15. §. 9. h. t.* ibi agi de tutela ei delata, qui jam magiſtratu abierat, & qui non ab officio magiſtratus, ſed hinc excuſationem mutuabatur, quod & duas tutelas haberet, & ipſe adhuc magiſtratus tutores dederat, hujus tertiæ tutelæ periculum ſuſtinebat, juxta *§. ſciendum titul. prac.* hoc nimirum ad excuſationem non prodeſſe, nec periculum illud, quod in ſubſidium conveniri poteſt magiſtratus in numero trium tutelarum computari reſpondet ibi ICtus. Ad *l. 3 Qui pet. tut & l 19 de tut & cur.* una reſponſio eſt: Hanc eſſe ibi rationem dubitandi, quod ob defectum juriſdictionis non videbatur valida datio; cujus contrarium reſpondetur, & quod poſſit dari tutor: quod autem etiam protinus, dum adhuc magiſtratum gerit, tutor eſſe cogatur, illis locis non probatur. Denique in ſpecie *d. l. 23. h. t.* nedum eſt magiſtratus municipalis: & ibi Romæ à magiſtratu majori tutor conſtitutus fuiſſe videtur. Et poterit tamen procul dubio præſes aliquando ex cauſa, inopia aliorum ipſum duumvirum tutorem conſtituere. Unum ſupereſt in textu noſtro. Ait

Suſceptam deſerere non poſſunt.] Et igitur ſi quis jam tutor, fiat prætor vel conſul, nihilominus manet tutor: nimirum ſi Romæ moretur: ſi enim ipſi in provinciam eundū ſit, ſpeciali & alia ratione, de qua ante, deponit tutelam. Scrupulum tamen hic movet, quod dicitur in *l. Spadonem 15. §. ſi quis 3. h. t.* ſi quis cum tutor eſſet non ſenatoris vel alter non in dignitate poſiti, fiat Senator, eum continuo abſolvi a tutela: & quanto magis igitur ſi quis conſul aut prætor fiat, à tutela liberandus erit. Reſponderi debet, aliud eſſe accedere alicui dignitatem & magiſtratum, aliud mutari plane ordinem. Notavimus ſupra tres ordines fuiſſe Romæ, Senatorium, equeſtrem & plebeium. Si quis Senatorii ordinis cum eſſet tutor filii ſenatoris, conſul vel prætor creatus fuerit, tutelam non deponit. Sed ſi plebeius vel ex equitum ordine tutelam gerens ejuſdem ordinis pupilli, in Senatorium ordinem fuerit adſcriptus, liberatur tutela *d. l. 15. §. 3. h. t.* Ex quo etiam eſt, quod ingenuus libertino tutor dari non

poterat

Digitized by Google

poterat *l. cum ex 44. in pr. eod.* Sed obſtare huic reſponſioni, & pugnare ſecum ipſe videtur JCtus in *d. l. 15. verſ. ſeu §. ſtatim antecedente*, ubi ait ſenatorem eſſe tutorem & eorum qui inferioris ſunt ordinis quam ſenatorum. Et poſſit forte dari differentiæ ratio, quod jam Senator datur ex certa ſcientia, & cum fiat tutor, videbitur quaſi renuntiare ſuo juri. Sed enim ut vulgo legitur iſte locus, ita datur jure tutor inferiori, ut excuſare ſe non poſſit: libertino autem ſi detur ingenuus excuſare ſe poteſt, quod ſi non faciat merito manebit tutor *l. pupillo 27. de tut. & curat. dat.* Quod ſi igitur Senator cogitur eſſe tutor inferioris, qui fiet, ut inferioris, factus Senator deponat tutelam, cum res non veniat in ſtatum à quo incipere non poteſt, vitioſa interpretatio nodum hunc nectit. Græcus textus habet, ita, quod Senator poſſit dari liberis ſenatorum inferioris ordinis, ita ut diſerte ſenatores cum ſenatoribus conferantur, *συγκλητικὸς ἐπιτροπεύσει καὶ τοῖς καταδεεστέρας τάξεως συγκλητικῶν.* Ex ſenatoribus qui magiſtratus geſſerunt ſuperioris, qui non vel qui minores, inferioris ordinis dici poſſunt. *Livius lib. 29. in f.* Notati ſeptem (Senatores) nemo tamen qui ſella curuli ſediſſet, id eſt, qui ſuperiores magiſtratus geſſiſſet. Idem vitium interpretationis parit aliam objectionem ex *l. & qui 22. de tut. & cur. dat.* ubi, ut rectiſſime *A. Aug. lib. ſing. ad Modeſtin. βυλευταὶ* non ſunt ſenatores Romæ, ſed decuriones in aliis civitatibus, qui ut ſupra not. ad *§. noſtra de Attil. tut.* erant loco ſenatorum: & etiam liberis nõ decurionum poterãt dari tutores: neq; enim in municipiis ea ordinũ quæ Romæ, fuit diſtinctio. Apparet autem ex modo dictis: in ipſo ordine ſenatorum, rurſus diverſos ordines (ſed ſuo ſignificatu) fuiſſe.

TEXTUS.

3. Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excuſari non poteſt: niſi forte de omnibus bonis vel hereditate controverſia ſit.

Huic §. propter adfinitatem addendi ſunt §. *Item ſi 9. cum 3. ſeqq. h. t.*

Item ſi propter inimicitias aliquem teſtamento tutorem pater dederit, hoc ipſum præſtat ei excuſationem: ſicut per contrarium non excuſantur, qui ſe tutelam adminiſtraturos patri pupillorum promiſerunt. Non eſſe autem admittendam excuſationem ejus, qui hoc ſolo utitur, quod ignotus patri pupillorum ſit, Divi fratres reſcripſerũt. Inimicitiæ quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, ſi capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, à tutela vel cura ſolent excuſare. Item is qui ſtatus controverſiam à patre pupillorum paſſus eſt, excuſatur à tutela.

COMMENTARIUS.

PAter intelligitur amiciſſimos liberis ſuis dare tutores *l. amiciſſimos 36. h. t.* plurimum enim intereſt, ut cui & pupilli perſona & omnia ejus bona committuntur, bene ſit erga pupillum affectus. Et proinde qui erga pupillum male affectus eſt, hic ad tutelam gerendam exiſtimatur inidoneus, & adeo ad eam admittendus non eſt. Et quamvis his textibus tantum de excuſando tutore agatur, tamen ad officium magiſtratus pertinere crediderim, ut omnino talem tutorem non admittat: & dicemus infra quoſdam qui tutores eſſe non poſſunt, dici tamen excuſari, verbo paulo minus proprie ſumpto, idque probatur ex *l. ſi pupillum 20. de excuſat.* Adeo eſt hæc ſpecies inhabilitatis, cujus ſupra ad §. 1. meminimus.

Item propter litem.] Quælibet lis & controverſia cum pupillo non præbet excuſationem *l. propter 21. in pr. h. t.* Id hodie ſecus eſt poſt N. 27. ut notavimus ad §. *ult. ſup. de aut. tut.*

Niſi de omnibus bonis vel hereditate] Non dubitari poteſt quin hæc hodie ſit juſtiſſima excuſationis cauſa: Imo tutor talis omnino admittendus non eſt *d. N. 27.* Intelligo autem hereditatem illam ipſam, quæ à patre qui tutorem dedit, obvenit pupillo: nam ſi præter eam forte ab alio quodam ſit inſtitutus pupillus, quam tutor quoque ſibi vindicet, fortaſſis ex ratione juris veteris non ſimpliciter habebit locum excuſatio, ſed pertinebit ad cognitionem magiſtratus. Atque ita etiam accipio *l. ſi ut 16. C. h. t.* eaque interpretatio firmatur ex *l. ſi pupillum 20. h. t.* ubi patruus qui tutor eſſe debet, contendit, ſe inſtitutum, & pupillum à patre eſſe exheredatum. Ait *omnibus bonis*, ut tanto liquidior ſit excuſatio: Idem autem eſt, ſi de majori parte bonorum controverſia ſit *l. propter 21. in pr. h. t.* Sed an non

Divi fratres reſcripſerunt.] Obiter addo hos intelligi non Antoninum Caracallam & Getam Severi filios, qui breviſſimo tempore ſimul imperarunt, ſed M. Antoninum Philoſophum, & Ælium Commodum. Verum, quem ille in conſortium imperii adſumpſit: quorum non uno in loco mentio *l. 1 in pr. de vent. inſpic. l. 3 §. ſi in locis 10. de jure fiſc l. 2. de teſtam. tut l. tut. 10. l. his qui 12. §. 1. de tut. & cur dat. l. cognuit 13. inf. de off. præp. l. de qua 18. de inoff. teſt. l. paupertas 7. de excuſ. tut l. ſed Divi 7. de rer. div. l. divi. 39. de religio l. 6. §. ult. l. 6. §. 1. de rer. div.* & nominib. expreſſis in *l. divi. 24. de tut & cur. dat. & in l. ſi duas 6. al. l. athleta §. pen. de exc. tut.* (Ita enim ibi legendum *Marcus & Verus*, ut in Græco Modeſtini, Μάρκος καὶ Βῆρος, ubi vitioſe legitur *Severus*, neque n. hic cum Marco imperavit) & ita D. Marcus cum fratre in *l. divus. 31. ad L. Corn. de falſ* eaq; ſententia eſt *§. ſed & 6. h. t. tam Divi fratres, quam per ſe D. Marcus:* quod & Marcus cum fratre, & ſolus (multis enim annis poſt fratrem ſolus imperavit) ita reſcripſerit. Ignoſcendum eſt Accurſio rudi hiſtoriarum, qui in *d. l. 18. de inoff. teſt.* intelligit Severum & Antoninum: hi enim pater & filius fuerunt. Et quid ni ignoſcamus Accurſio, cum ita *Goth ad Theoph. in §. ſed & paupertas, h. t.* adſcripſerit Divi fratres, Severus & Antoninus: neque decebat ſequi errorem Theophili, ſive ille potius exſcriptoris eſt.

TEXTUS.

Ex §. Item tria 5 & ſeqq.

Item tria onera tutelæ non affectatæ vel curæ præſtāt vacationem, quamdiu adminiſtrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela vel cura eorundem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur. Sed & propter paupertatem excuſationem tribui, tam Divi fratres, quam per ſe Divus Marcus reſcripſit, ſi quis imparem ſe oneri injuncto poſſit docere. Item propter adverſam valetudinem propter quam ne ſuis quidem negotiis poteſt intereſſe, excuſatio locum habet. Similiter eos, qui literas neſciunt, eſſe excuſandos, D. Pius reſcripſit: quāvis & imperiti literarum poſſint ad adminiſtrationem negotiorum ſufficere.

COMMENTARIUS.

Iſta quoque ſub cauſam generalem inhabilitatis recte referuntur: Eſt enim ſpecies inhabilitatis, intuitu quartæ tutelæ: ſi quis jam tribus tutelis gravatus ſit, ut videatur quartam recte & ex utilitate pupillorum non poſſe adminiſtrare: tum etiam nemo ita onerandus eſt alienis negotiis, ut ſuis ipſius nō poſſit supereſſe. Et igitur excuſationē præſtant tria onera tutelæ vel curæ *h. §. & l. 2. §. ult. eod.* Eadem enim hic ratio curæ & tutelæ eſt: & male notat ibi Goth. quod eæ ſint duæ imperfectæ excuſationis cauſæ. Nec intereſt an ſit cura adoleſcētis, an furioſi aut prodigi *d. l. 2 §. ult.* Et inter tres tutelas computatur etiam tutela filii emācipati *l. ſpadonem 15. § ſi quis 16. h. t.* ubi ratio dubitandi: quod ea tutela videbatur affectata, quam facto ſuo pater quæſiverat: ſed nihil eſt quod imputetur patri, qui ſuo jure uſus eſt. Amplius computantur ad excuſationem tutelæ tres patris & filii qui in poteſtate eſt, ut ſufficiat tres eſſe tutelas in una domo, *l. 4. § h. t.* ſi modo ad patrem etiam ſpectet periculum tutelarum quas filius gerit *l. tria 5. h. t.* Sed quid ſi eum à tertia quis appellaſſet, deferatur nova alia? ſiquidem hanc ſuſcipere cogatur, fiet, ut ſi ſuccumbat in judicio appellationis, habeat quatuor tutelas; ſin ab ea excuſetur, fiet, ut ſi vincat, habeat tantum duas; Itaq; interim res in ſuſpenſo potius erit, & expectabitur finis appellationis *l. diximus 4. in pr. h. t.* Quid ſi habenti duas tutelas, ſimul deferantur duæ aliæ? ſiquidem inter eas ordo eſt, priorem ſuſcipiet, & excuſabitur à poſteriori; ſin ordo non ſit, electio erit magiſtratus, quam ſuſcipiat, *l. ſi duas 6. in pr. h. t.* Ait Juſtin. *Tutelæ non affectatæ.* Itaq; qui ſe obtulit ultro aut dum lucrum aliquod captat, eam appetiit, non excuſabitur à quarta. Sed & ſi quis tutelam modici valde patrimonii ſuſcepit, & hoc egit ut ita evitaret tutelam oneroſiorem, tutela pro affectata habebitur, eoque refero quod eſt apud Modeſtinum, *in l. ſpadonem 15 §. eſt autē 15. h. t.* ἤδη δὲ καὶ ὁ μέτριον γε ὑμῶν ἐπίτροπος ἀποδειχθεὶς δοκεῖ quod qui factus eſt tutor mediocris pupilli ſive patrimonii, videatur affectaſſe ubi inepte. Hottomānus legit ὀλίγου ὤν, & reddit, *qui cum tenuis eſſet*, nullo ſenſu. Illud a. rectum habet ſenſum, quoniam tutelam minimi patrimonii vix computatur in numero trium tutelarum. Et emphaſin habet, quod in *l. 5. h. t. & hoc noſtro §.* dicitur tria ONERA, non autem cenſetur hactenus oneratus, qui minimi patrimonii tutelam adminiſtrat. Ex quo in *l. ſi is 31. §. cum qui 3. h. t.*

ritus literarum, nam memoria ſæpe fallit: & non ſatis tuto hoc alterius fidei committitur. Atque ita etiam accipio, quod Paulus ait in *l. ſi duas 6. alias l. Athleta §. ult. h. t.* non eſſe recipiendam excuſationem ejus qui imperitus eſt literarum, ſi non ſit expers negotiorum: nimirū ita non expers, ut gerendæ tutelæ quæ defertur ſufficere poſſit, ſi forte ſit parva & expedita, maxime ſi habeat contutorem. Quo modo iſta duo loca *h. 6 & d. §. ult. l. 6.* facile componuntur. Cujacii ſentētia in *d. l. 6. § ult.* quod Pius hac in re jus novum conſtituerit, ſocordiæ arguit Tribonianum, qui jus correctum, ut ipſe putat retulerit in Inſtitutiones, & tamen jus factum à D. Pio in Pandectis reliquerit.

TEXTUS.

5. Itē major ſeptuaginta annis à tutela & cura ſe poteſt excuſare. Minores autē vigintiquinq; annis, olim quidem excuſabantur, noſtra autem conſtitutione prohibētur ad tutelam vel ad curam adſpirare: adeo ut nec excuſatione opus ſit. Qua conſtitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: cū ſit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus ſuis adminiſtrandis egere noſcuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam ſubire.

COMMENTARIUS.

HÆc quoque ſpecies eſt inhabilitatis, ab ætate, eaque duplex; tum provecta nimis, tū tenera nimis. Et excuſantur igitur & removentur, tum nimium ſenes, tum nimium juvenes. Nimium ſenes hic dicuntur, qui ſunt majores 70. annis, *h. §. & l. un. C. Qui ætate l. 3. de jur. immun l. 2. in pr. h. t.* Itaq; quod in *l. ult. C. Qui æt. vel prof. l. 10.* legimus de 55. annis, de aliis & mere perſonalibus muneribus, quæ opera corporis tantum perficiuntur, accipiendum eſt, quamvis *Cujac. ibi* in numeris & incuria exſcriptoris erratum putet. At cur [illegible] num 70. annis vacatio datur? quæ videbatur concedenda ſexagenariis. *Plinius 4. Epiſt. 23.* Prima vitæ tēpora & media, patriæ extrema nobis impertire debemus, ut ipſæ LL. monent, quæ majorem annis LX. otio reddūt. Varro *3. de vit pop. Rom.* Cum in quintum gradum pervenerant, atque habebant LX. annos, tum denique erant à publicis negotiis liberi atque otioſi: unde forte natum vulgatum illud, ſexagenarios de ponte dejici, quia non amplius ſuffragia ferebant, quæ ferri ſolebant per pontes. Et cur igitur qui egreſſi ſunt LX. annos onerantur tutela? An hoc favore pupillorū: an ſpeciale in iis muneribus, quæ majorem laborem corporis aut animi requirunt, an poſterior ætas tempora vacationis coarctavit? Annum autem LXX. oportet eſſe completum *l. 2. de excuſ.* & dubium tamen ſit, imponi tutelā novam ei, qui forte ultimum diem agit anni LXX. & qui ita uſq; ad exitam ætatem tutelam gerere teneatur. Quod ad ætatem nimis teneram attinet, diſtinguendum eſt tum inter ſpecies tutelæ, tum inter tutelam ipſam & ejus actualem adminiſtrationem. Teſtamento minorem tutorem dari poſſe eſt in *§. 2. ſup. tit. 14.* ſed ita ut nec interim tutor omnino ſit, nec adminiſtret, & ſub conditione cum erit annorū 25. datus intelligatur. De pupillo ineptū ſit quærere, quia fieri vix poteſt ut is idoneus ſit, antequā pupillus cui datus eſt, attingat pubertatem: & ſi quo rariſſimo caſu contingat, veluti ſi ſit 13. annorum, & cui datus eſt adhuc infans, exiguum prorſus tempus ſuperfuturū eſt adminiſtrationi: Dativa tutela nō recipit diem aut conditionem *l. 6 §. 1. de tut.* Itaque alterutrum ſtatuendum erit, ut aut minor inutiliter prorſus detur, aut prorſus utiliter. Et ſcribit *Cuj. ſup. de ſſdu tut. in f.* minorē recte fuiſſe datū tutorem, ſed interim fuiſſe excuſatum, cujus ſententiam totidem verbis ibid. Pacius adſcripſit. Sed ego iſtā opinionē falſam eſſe non dubito. Enimvero excuſare ſe à tutela dativa non erat neceſſitatis, verū voluntatis: & potuit igitur minor ſi recte datus eſſet, etiam ſuſcipere tutelam: id vero cum potuiſſe facere falſiſſimū eſt. Quod ſi non potuit, efficitur, ut minor à magiſtratu intelligatur datus ex die, ubi ad 25. annum pervenerit: quomodo tutorem dari non potuiſſe à magiſtratu certum eſt, & quā ridiculū ſit, ita dari à magiſtratu tutorem, ut protinus aliū dare neceſſe habeat. Decepit, ut puto Cujaciū conſtitutio Juſtiniani, in qua tamquam derogans juri priori, ſancit, ut hi tantum qui ſunt ætatis perfectæ, dativi vel legitimi fiant tutores. Sed enim non novum eſt, ut Tribonianus in explicatione juris veteris erraverit: quod & ipſi hic accidiſſe exiſtimo: maxime cum ex princ. illius ſanctionis in *l. ult. Cod. de legit. tut.* ſatis appareat, non putaſſe Juſtinianum, quod potuerint minores olim adminiſtrare actu tutelam. Rationem enim ipſe reddit, propter quam mutarit jus vetus, hanc, quod utiq; imminere debeat periculū propriæ adminiſtrationis, ne alieno

onere prægravetur. Et anne igitur olim potuit minor à judice ita dari, ut ipſe interim tutor ipſo jure eſſet, alius periculo ejus adminiſtraret? Hoc quoque procul dubio falſum eſt: & ita minorem potuiſſe dari tutorem, itidem falſum eſt. Puto Tribonianum deceptum eo eſſe, quod legitima tutela olim etiam his, qui ætate minores erant, deferebatur, propterea, quod Lex ſimpliciter agnatos proximos deſignabat: ex quo fiebat, ut quiſquis proximus gradu eſſet, idem quoq; tutor eſſet: unde olim tractatum, quod ſupra ad §. *pen. de cur.* diximus an hoc caſu tutor alius, an interim curator eſſet dandus. Sed utrum quis ſtatuat, illud falſum eſt, quod qui interim datus fuit, periculo minoris qui ipſo jure tutor erat, adminiſtraverit. Porro ſi quid novi fecit Juſt. hoc tantum etiã in legitima tutela, ut videlicet ea amplius proximo agnato, ſi minor ſit, nec deferatur quidem, ſed aut illi ſoli, qui in eo gradu ſunt, perfectæ ætatis, aut protinus ex ſequenti gradu vocentur. Cum adeo interſit inter tutelam ipſo jure delatam ex jure veteri, & eam actu adminiſtratam, & eum qui nudo nomine tutor eſt, æquivoce nec perfecte ſit tutor, nihil neceſſum eſt, ut *in l. tutela 16. §. 1. de tut. l. qua defunct. 4. & l. ſi reliquero. 8. de legit. tut.* (quæ loquuntur de legitima & fiduciaria tutela, nam & in hac eadem ratio eſt) verba *perfectæ ætatis* à Triboniano adjecta dicamus, quia commode intelliguntur ea loca de tutela cum effectu pleno adminiſtrationis deferenda. Ex his apparet falſum eſſe, quod *Weſemb.* ſcribit ad § 2. *ſup. tit. 14.* minorem etiam ita tutorem dari potuiſſe à magiſtratu, ut actu gereret: falſum, quod Hotoman. hic ait, in locum minoris teſtamento dati, interim curatorem datum fuiſſe: falſum quod idem ait; ſi minori legitima tutela delata fuiſſet, alio curatore interim dato ad legitimum periculum tutelæ pertinuiſſe: falſius, quod hoc ita in minore per judicem dato obtineret. Nec minus falſum, quod reſponſum *Modeſtin. in l. 10 § 7. h. t.* ad omnes ſpecies tutelæ pertineat: cum nominatim de teſtamentariis & legitimis loquatur; quod ipſum argumento eſt, minores non poſſe dari tutores à magiſtratu. Deniq; apparet hinc, rationem Juſtiniani in *f.* §. ambiguam, aut falſam eſſe, quod incivile ſit, alterius tutelam ſubire eum, qui ipſe alterius cura egeat, hæc enim ratio facit ne adminiſtratio ante ſit iis permittenda: quam olim permiſſam fuiſſe minoribus omnino falſum eſt.

* * *

TEXTUS.

6. Item & in milite obſervandum eſt, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.

COMMENTARIUS.

Nihil affine habet hic §. *cum præc.* niſi quod & minor quoq; omnino ad tutelam vel curam gerendam non admittitur. Multa autem concurrunt in milite, privilegiũ, dignitas, & præcipue (idque facit, ut nec volens admittatur *h. § & l. ab adm. 8. C. de legit. tutor. l. 4. C. qui dar. tut.*) occupationes militares: pro defenſione enim Reipubl. milites ſemper ſignis ſuis adhærere, nec ab illis abeſſe oportet: ex quo fit, ut nec procuratores eſſe, nec cõducere aliena prædia poſſint §. *ult. infr. de except. l. filiusfam. 8. §. 2. de procuratorib. l. milites 31. C. de locat. & conduct.* Hæc ita in militibus actu: qui honeſte dimiſſi ſunt, poſſunt quidem eſſe tutores ſi velint, ſed poſſunt ſe excuſare, prætcrquam à tutelis filiorum quos reliquerunt commilitiones *l. ſed & 8. h. t.* ubi plura de militis miſſis.

TEXTUS.

7. Item Romę, Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria ſua has artes exercent, & intra numerum ſunt, à tutela & cura habent vacationem.

COMMENTARIUS.

Alia cauſa excuſationis, à profeſſione & exercitio artium, Grammatices, Rhetorices, &c. tum quod hi inſervire intelliguntur utilitati publicæ, dum juventutem informant: tum quod ob hoc & iſtas occupationes aliis negotiis vacare non poſſunt. Et his de cauſis id privilegiũ iis datum. *l. ſi duas 6. §. 1. cum ſeqq. h. t.* Nam à dignitate fruſtra arceſſas hoc privilegiũ, quæ nulla eſt in his profeſſionibus, certe apud Romanos pro nulla, imo vile habitum fuit Rhetorem agere, ut apparet vel ex illis verſiculis Juven.

Si fortuna volet, fies de Conſule Rhetor.
Si volet hac eadem fies de Rhetore Conſul.

Et apud *Plin. 4. Epiſtol. 11.* de Liciniano. Et decidit, ut exul de Senatore, Rhetor de oratore fieret: & ipſum refert dixiſſe: Quos tibi fortuna ludos facis? Facis enim ex profeſſoribus Senatores, ex Senatoribus profeſſores: quamvis eam functionem poſt honoratiorem habitam, arguat oratio Eumenii pro reſtau. ſcholis.

Qui

Qui in patria ſua. & qui intra numerum.] Hęc non ſunt accipienda conjunctim, quaſi vacationem demum habeant, qui in patria ſua intra numerum exercent has artes; ſed disjunctim, quod quicunque in civitatibus intra numerum determinatum *l.6.§.2.h.t.* profitentur has artes; & inſuper qui in patria ſua eas profite tur, vacent à tutelis, ſicut & aliis muneribus, ut docet *d.l. 6.§. 1. & § amplius 9.h.t.* Medici intelliguntur, qui medicinam faciunt ægrotis, de quibus *d.l. 6. dd.§. 1. & 9.* Idem beneficium habent Philoſophi *d.l. 6.§. Et Philoſophos 5. & § Eſt autem 8 h.t.* Tractant Interpp. quare Doctores LL. non gaudeant hoc beneficio, præterquam ſi Romæ doceant *d.l.6.§ legum 12.h.t.* Reſpōdent fere id factū favore pupillorum, quod illi & elius ſciant tractare negotia, quam Grammatici & Rhetores, & ea occaſione præcipue Angelus alia multa recenſet privilegia JCtorum. Fortaſſis nō ita neceſſaria fuit habita iſta diſciplina, quā artes Grāmaticæ & Rhetoricæ pro informatione juventutis. Ac ſpecialis forte ratio, quod nec tum temporis jus Romanum in omnibus provinciis obſervabatur, utique in *l. medicos 6. C. de profeſſ. & med* (quæ eſt Conſtantini) ab omnibus muneribus civilibus & publicis Doctores LL. liberantur.

TEXTUS.

8. Qui autem vult ſe excuſare, ſi plures habeat excuſationes, & de quibuſdam non probaverit, aliis uti intra tēpora conſtituta non prohibetur. Qui autē excuſare ſe volunt, non appellant, ſed intra quinquaginta dies cōtinuos ex quo cognoverint ſe eſſe tutores, vel curatores datos, ſe excuſare debēt cujuſcunq; generis ſint, id eſt, qualitercunque dati fuerint tutores, ſi intra centeſimum lapidem ſunt ab eo loco, ubi tutores dati ſunt. Si vero ultra cēteſimum lapidem habitant, dinumeratione facta, viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum: qui tamen, ut Scævola dicebat, ſic debent computari, ne minus ſint, quam quinquaginta.

COMMENTARIUS.

1 *Excuſationes omnes an ſimul proponendæ.*
2 *Tempus an utile an continuum.*
3 *Abſens an poſſit excuſari.*
4 *An legitimi tutores excuſentur.*
5 *An à decreto, quo quis tutor datur, appelletur.*
6 *Milliarium.*

Excuſatio exceptionis quædam ſpecies eſt. Licet autem uti pluribus exceptionibus, ita ut ſi quis in una ſuccumbat; aut ea à judice repudietur, aliam adducere & probare liceat, *l. nemo 43. de Reg. jur l. is, qui 5. & l. nemo 8. de except.* Ad eundem modū plures excuſationum ſpecies, una non probata, producere licet *h §. & l. propter 21. §. 1. h.t.* Verum quæri poteſt, an neceſſe ſit omnes ſimul † proponere & conteſtari, & una rejecta aliam aſſumere; 1
an poſſit etiam una rejecta quæ ſola ab initio propoſita fuit, alia nova allegari intra tempora præſtituta. Et prius illud verius videtur per *l. ſcire 13. §. ſciens 8. h.t.* quamvis cō trarium magis probet gl. hic. & patet etiam novā cauſam intra tempora præſcripta poſſe proponi; quod tamen non ſatis videtur ad mentem *ICti in d. §. 8.* & poſſit credi tutor qui initio non produxit cauſas omnes, protrahendi ſtudio nova allegare: Utrum autem quis ſtatuat, illud utiq; perſpicuum eſt, quod qui plures propoſuit cauſas habiles, minime neceſſe habeat probare omnes, quippe cum una ad victoriam ſufficiat, & quiſque cenſeatur hoc fine plures propoſuiſſe, ut ſi una forte non ſit ſufficiens, aut ſatis probata, ex altera cauſam obtineat.

Intra tempora conſtitut.] Quinquaginta nimirum dies, ut mox plenius ſubjicitur ex *l. ſcire 13. §. 1. & ſeqq h.t.* Ex quo apparet melioris conditionis eſſe eos, qui ſunt v. c. Romæ vel intra centeſimum lapidem; hi enim habent plures dies. Qui autem ultra habitant, pauciores habent, prout longius, aut propius abſunt, & qui nimirum abſunt CCCC. millibus, quæ juxta computationem hujus §. & *dict. leg. 13 abſumunt* XX. dies, habent ſolos XXX. dies ad proponendas excuſationes: qui non tam longe abſunt, habent plures, quia ut eſt in f. §. non debent pauciores concedi quam L. dies; cum abſurdum ſit minus tribui abſentibus, quam qui ſunt præſentes; Ita qui abeſt CCC. millibus, in quæ imputantur XV. dies, reſiduos habet dies XXXV. At enim ſi quis abſit ultra CCCC. millia, illi neceſſario plures quam L. dies dandi ſunt; quoniam deducto tempore, quod iter conſici poteſt ad minimum XXX. dies ad excuſandum ſupereſſe debent.

D.es hi quinquaginta ſunt continui, non uti-

2 les;ita ut computentur † etiam dies feriati ; de qua diſtinctione temporis dicemus *inf. ad §. penult. de bonor. poſſeſſ.* Ubi etiam dicemus tempus dici utile, tum ratione curſus tum ratione principii ; Accidit enim non raro, ut tempus continuum computetur ; connumeratis etiam feriis. Sed ignoranti non incipiat currere , ſed demum ex quo res in cognitionem alicujus pervenit ; idque in hac ſpecie temporis L. dictum obſervatur ; qui non ſtatim currunt ex quo quis datus eſt tutor ; ſed ex quo quis ſe tutorem datum eſſe intellexit : juxta verba hujus §. *ex quo cognoverint.* Ex quo etiam periculum tutelæ & adminiſtrationis ad eos incipit pertinere *l. 1 §. 1. de adminiſt. tut. & cur.* Sed quor-
3 ſum illa accurata computatio , & † quaſi dimenſio itineris; & an fortaſſis eum, qui ſe excuſare vult, præſentem adeſſe oportet ? Conſtat, quod & abſens tutor dari poſſit, nec tantum teſtamentarius, de quo ſtulta ſit dubitatio , ſed etiam à magiſtratu, ut apparet *ex h. §.* ibi, *qualitercunque dati*, text. expreſſus in *l. illud 5. de tut. & cur. dat.* Sed non æque liquidum, an & abſens excuſari poſſit. Et dubium facit, quod in *l. excuſare 25. de excuſat.* negatur excuſationem poſſe fieri per libellos; ex quo Acc. negat, abſentem poſſe excuſari, quem ſequitur *Pet. Fab. ad l. nemo 70 de R. I.* Sed contraria ſententia verior eſt, quam bene confirmat *Cuj. in l. ſcire 13. h. t.* nã quod ad *d. l. 25.* attinet, non excluditur procurator , qui compareat & cauſam alterius agat ; ſed totum per libellos agi poſſe negatur, quoniam decreto opus eſt, adeoq; pro tribunali cauſam tractari oportet, cujuſmodi quæ ſunt, per libelli oblationem & ſubſcriptionem expediri non poſſunt, *l. nec quidquam 9. §. 1. de offic. proconſ.* eoq; pertinet *l. tutor 19. C. de adm. tut.* quæ abſentem & dari & excuſari poſſe cõfirmat; neq; verum eſt, quod hic ſit vere actus voluntariæ juriſdictionis , cujuſmodi quæ ſunt, per procuratorem expediri nequeunt, ut notatum ſup. ad *§. præterea 6. tit. 12.* Nec tantum , ut quis ipſe coram ſe excuſet, ſed ut & per alium hoc facere poſſit, tempora certa præfinienda fuerunt.

Igitur intra quinquaginta dies proponenda eſt excuſatio: Sed probandæ ei & negotio tractando, ultra illos 50. dies adhuc ſuperſunt dies 60. quoniam ex die nominationis , definiti ſunt quatuor menſes negotio peragendo qui, computatis (ut apud JCtos ſolet) in ſingulos, 30. diebus , faciunt dies 120.

Proponenda eſt à tutoribus, † cujuſcunq; gene-
4 ris ſint : Textus hic ait , qualitercunque dati; quæ verba captat *Cujacius in l. 13. de excuſ.* ut probet excuſationi tantum eſſe locum in tutoribus, qui dantur à teſtatore vel à magiſtratu; non etiam in legitimis, quo ſpectaſſe Tribonianum , & ita accurate & ſubtiliter uſum verbo illo, vix mihi perſuadebit Cujac. Etſi quis omnino hoc putet, dicam id ideo factum, quia in *princ.* § propoſuit, eos, qui ſe excuſare volunt, non appellare ; appellatio autem legitimis tutoribus non convenit , ut mox dicemus. Et nec Cujacius negat ; quod legitimi quoq; tutores excuſentur ab onere adminiſtrationis ex cauſis ſupra relatis; & itaq; ſub hunc titulum & hi quoq; tutores pertinebunt ; hic enim effectus eſt excuſationis : utcumque itaque ipſo jure dicantur eſſe tutores , quia tamen ſuſcipere onus non coguntur recte dicuntur excuſari ; Sed illud quæri video effectu , an excuſatio iſta tutorum legitimorum liberet eos omnimdo à tutela delata : Etenim dubium non eſt , ſi v. c. mihi tres tutelas habenti deferatur tutela quarta pupilli Sempronii, teſtamẽto patris, me ita excuſari, ut nec ſi poſtea v. c. morte pupilli unius tutela tertia finiatur, tutela Sempronii ſim onerandus. Et in hoc videtur mihi errare Cujacius , qui ſimpliciter affirmat , tutores legitimos tantum excuſari ad tempus , adeo ex ejus ſententia , ſubmota excuſationis cauſa protinus adminiſtrationem ſuſcipere cogentur ; atque ita hic generale erit, ut quæcunque cauſa ab adminiſtratione defendat legitimum tutorem , interim curator tantum dandus ſit. Quam opinionem ego falſam eſſe , & excuſato legitimo , tutorem dandum , qui uſque ad pubertatem maneat, exiſtimo : ut intelligamus delationi quoque L. quoad effectum adminiſtrandi ; hanc ineſſe conditionem, ſi non juſta cauſa excuſetur agnatus. Quam interpretationem ſuadent plurima loca , quæ de excuſando legitimo tutore , indiſtincte ut de alio loquuntur. Probat optime textus in *l. ſi ſororis 9. C. qui dar. tut.* legitimum tutorem habenti , tum demum non recte dari tutorem , ſi ille nullo privilegio ſit excuſatus; adeo in hunc caſum non habetur pro eo ac ſi habeat tutorem pupillus ; & ita ſimpliciter in locum excuſati legitimi tutorem dari: ſcriptum eſt in *l. 3 §. quæri 8. de legit. tut.* & quod de excuſatione ob liberos conſtitutum eſt , in omni tutore locum habere, ait *l. 2. §. hoc autem 5. h. t.* & in locum noſtrũ nominatim & de legitimo quoque tutore explicat Theoph. quem male erroris arguit Cujacius; pro quo nec hilum facit *l. non ſolum 10. §. ſi libertus h. t.* quoniam ſpecialis ratio eſt ætatis ; & ſi legitimus

ſit

ſit adhuc minor, cum ad tempus tantum excuſati verum eſt, quia tempus ſolum & immunitas ætatis impedimento eſt; idque etiam in teſtamento obtinet §. *furioſus ſup. tit. 14 facit textus in l. tutor 20. §. 1. h. t.* Unum ſupereſt ad hunc locum, & quidem principaliter hic eſt tractandum. Ait Juſtinian.
5 Qui ſe † excuſare volunt, non appellant ſed intra L. dies ſe excuſare debent. Conſtat à nominatione & decreto, quo quis ad munus aliquod publicum ſcribatus, decurionatus vel quod aliud vocatur, & tale munus ei injungatur, ſiquidē quis eo liberari velit, eſſe neceſſario appellandum per *l 4 & 11. C. de appellat l. 2. C. de decurionib.* Et ita quoq; haud dubie obtinuit in tutela uſq; Imp. ad Marcum, cujus conſtitutionis novæ fit mentio in *l. ſcire 13. in pr. de excuſat. & in l. 5. § 1. quand. appell.* Ubi dicitur hoc Marcū effeciſſe. Sed quæritur, quidnam Marcus effecerit, & quæ illius conſtitutionis ſit ſententia, an ut omnino amplius appellari non poſſit an ut neceſſitate appellandi, liberati ſint tutores, & ea omiſſa poſſint recta excuſationes proponere, & iis rejectis demum appellare, quod ante non licebat. Sed tutor qui non appellaverat, à decreto utcunque juſtiſſimam cauſam habuiſſet, eamque allegaſſet, tamē onere tutelæ obſtrictus erat. Poſterior hæc opinio omnino & rationi & textibus conformis magis videtur. Nec enim ulla ratio apparet, cur non poſſint protinus appellare tutores nec apparet etiam ullus hac in re pupillorum favor; quandoquidem nihilominus ſi recta excuſationem proponant tutores, habent poſt ea rejecta facultatem appellandi, quo facto extrahitur iisdem cauſa, imo magis, quam ſi ſtatim appellatione facta à decreto in iudicio ſuperiori res tota tractata fuiſſet. Quod ad textus attinet, ſunt aliquam multi qui adſtruunt hanc ſententiam. Et 1. cum potuerint tutores dari abſentes, *l 5. de tut. dat. l. 19. Cod de admin tut.* etiam jus appellandi videtur iiſdem permiſſum fuiſſe, nec neceſſum, ut prius venirent, allegaturi excuſationum cauſas 2. In *leg. 4. de excuſation* ad tutelam vocatus dicitur appellaſſe. 3. In *l. Gaius 16. eodem titul.* dicitur tutor datus poſſe ſe excuſare citra appellationem; quibus verbis innuitur ſatis eum poſſe ſtatim, ſi velit appellare, 4. In *l. tutoris 39. § tutor. Cod. de adminiſt. tut.* adverſus ipſam creationem provocaſſe tutor dicitur, 5. In *l. 2. de tut. dat.* tutores dati appellaſſe dicuntur, & 6. In *l. pen. eod. tit.* appellavit tutor ſimul allegata cauſa appellationis, & excuſationis; & igitur non neceſſe fuit, ante appellationem eam cauſam allegare, 7. Facit *l ſcire 13 in princ. h. t.* Ubi de ipſa conſtitutione Marci agitur, & ſcribit Juriſconſultus, tutores datos non *neceſſe* habere appellare, 8. In *l. cum in una 17. §. 1. de appellat.* tutor datus provocat, 9. In *l tutor 20. de adminiſtr. tut.* hæc duo diſtinctim proponūtur, tutoris appellationem injuſtam pronuntiatam, & ejus excuſationem non fuiſſe receptam. Denique & præcipue facit *l. tutores 18. Cod h. t.* ubi Impp. intra tempora præfinita dicunt licere allegare cauſam, licet appellatum non ſit; & ſatis ita perſpicue affirmant appellari poſſe. Unicus ſaltem locus eſt, quod objicitur ex *l. 5 § 1. quand. appell.* ubi dicitur ante propoſitas cauſas excuſationis fruſtra appellari. Et nimirum effectus appellationis princeps eſt, à quo ceteri dependent, ut devolvat & transferat cauſam ad magiſtratum ſuperiorem; qui effectus ſi hic caſu negatur, fateri oportet, nullam eſſe appellationem. Reſpondent, qui nobiſcum ſentiunt, non hoc reſpectu fruſtra dici appellari, quod cauſa non devolvatur; ſed quod non liberet à tutela appellantem, qui neceſſe habeat in judicio appellationis allegare cauſas excuſationis, quas ſi non approbet judici cogatur, perinde eſſe tutor, ac ſi non appellaſſet. Sed replicatur; quod hoc ut fruſtra appelletur, videtur in *d l. 1. § c.* tribui conſtitutioni novæ Marci. Atquin etiam ante Marcum eo modo quo jam dixi, fruſtra erat appellatio. Et ſi igitur hactenus aliquid novi fecit Marcus, ut appellatio eſſet fruſtranea, oportebit fateri, ita fruſtra appellari, ut nec cauſa devolvatur, & proinde cauſæ excuſationis apud inferiorem magiſtratum, qui tutorem dedit, ſint proponendæ. Ego vero reſpondeo, nihil eſſe, quod nos cogat, ut quod dicitur in *d l. 1. §.* fruſtra appellari; noviter à Marco introductum dicamus; & imo propter ſupradicta admittendum eſt, illud tamquam ex veteri jure proponi, hoc ſenſu, quod ea appellatione nihil amplius conſequatur tutor, quam ſi recta coram magiſtratu, qui eum dederat, excuſationū cauſas propoſuiſſet; quippe quæ apud judicem appellationis omnino ſunt deducendæ. Itaq; ut concludamus fatendum eſt, hoc Marcum conſtituiſſe favore tutorum, ne alias omiſſa appellatione, quæ breviſſimo ſpatio bidui aut tridui anguſtabatur, gravi & diuturno onere tutelæ implicarentur. Et fruſtra objicitur hic locus, qui hoc ſaltem diſponit, ut intra ſtatuta tempora ſe excuſent tutores; & quod ait, tutores datos non appellare, quod ipſis commo-

 dans

diu ſit ſignificat, & quod poſt conſtitutionem Marci tutores facere ſoleant, & merito debeant, ut ſcilicet recta & ſtatim excuſationibus ſuis citra ambages utantur; quas forte ipſe judex qui dedit, admiſſurus eſt, ut nulla appellatio ſit futura neceſſaria. Ridiculi autem ſunt, qui objiciunt, non niſi à ſententia, in ſpecie dicta, quæ prævia cauſæ cognitione judicialiter lata ſit, appellari poſſe. Id enim perſpicue falſum, & certiſſimi juris eſt, à nominatione & decreto, quo quis ad quodvis munus vocatur, poſſe appellari *l. 4. & 11. Cod. de appellat. l. 2. Cod. de decurionibus*, & nominatione ſola quem obſtrictum fuiſſe, docent *l. filius 5 l. ſi ad 18. C. de decurionibus*, & utique ante Marcum à tutelæ datione appellari potuiſſe in confeſſo eſt. Et quomodo hi defendent appellationem tutorum qui teſtamento dati ſunt; nã hos appellare potuiſſe docent *hic §. & l. ſcire 13. in princ ff. eodem*. Et docent textus jam citati à ſimplici nominatione ad munus publicum appellari potuiſſe & debuiſſe; & datio teſtamento facta nominationis vicem habuit; quæ quomodocunq; cognita, quia exinde ad eos periculum pertinebat *l. 1. §. 1. de admin tut.* adito judice cauſas excuſationis eos proponere oportuit, aut appellare; forte an, quia magiſtratus erat, judices etiam teſtamẽto datos cõpellere ad ſuſcipiendam tutelam; ut quaſi ab hoc gravamine imminenti, quod dationi proxime conſequens erat, appellare viderentur. An forte etiam hoc cauſam dedit conſtitutioni Marci, cum in eou. cinnius eſſet neceſſitatem appellationis hic imponere tutoribus; uti etiam amplius locus vix fuiſſe videtur in tutoribus legitimis.

Neque enim Lex quæ ob emolumentum ſucceſſionis defert tutelam, poteſt dici agnatum proximum gravare ob has cauſas, rectiſſime Marcus ſtatuit in genere, ut ſublata neceſſitate appellandi, quę in caſibus jam dictis videbatur ſubinepta, cauſæ excuſationum proponerentur; Et hæc ratio tantũ pertinet ad tutelas, ideoque etiam in ceteris muneribus, quæ Lege, aut teſtamento non deferuntur, nihil mutavit Marcus; in quibus etiam hanc rationem ſpecialitatis notat Ioh. Faber hic, quod qui nominant v. c. decurionem ad aliquod officium, ipſe ſc. ordo, ſunt quodammodo pars, & adeo non conveniat, ut apud ipſos proponantur cauſæ excuſationis; nihil autem intereſt. v. c. prætoris, an hic ſit tutor vel alius.

Si intra centeſimum lapidem.] Significat intra centum milliaria, † & ita itineris quinque dierum ſpacium; Ita enim IC. in *l. 1. § Initio 4. de offic. præf. urb.* quod dixerat ultra centeſimum milliarium, mox ait ultra lapidem illum. Computatio illa inibatur à columna aurea vel aurata, quæ Romæ in foro ad ædem Saturni poſita fuit, & quidem primum ab Auguſto cum curam viarum ageret. Teſtis *Dio libr. 54.* non ita multo poſt princ προστάτης τῶν περὶ τὴν Ῥώμην ὁδῶν αἱρεθεὶς, τὸ χρυσοῦν μίλιον κεκλημένον ἔστησε, quod ſcilicet Milliarium aureum dicebatur. Meminit *Suet. in Oth. cap 6.* monitis conſciis, ut ſe in foro ſub æde Saturni ad milliarium aureum opperirentur. Et de eadem re agens *Tacit. 1. hiſtor.* Inde ad milliarium aureum ſub ædem Saturni pergit. *Plin. 3. nat. hiſt. 5.* Menſura currente à milliario in capite Romani fori ſtatuto, &c. Ergo intelligimus, ad ſingula millia paſſuum lapides poſitos, quibus itinera diſtinguerentur & ſpatia eorum. In hanc rem *Iſidorus lib. 15. origin. cap ult.* Primum Pœni dicuntur lapidibus vias ſtraviſſe; poſt Romani eos per omnem pene orbem diſpoſuerunt, propter rectitudinem itinerum.

TEXTUS.

9. Datus autem tutor, ad univerſum patrimonium datus eſſe creditur.

COMMENTARIUS.

Sugillat hic Tribonianum Hotom. & inepte profecto ludit, quaſi ſervulus Triboniani, nõ ſatis obſervato termino præſcripto ſibi, tantum partem exſcripſerit ex *l. propter 21. §. 2. ds.* cum amplius exſcribere deberet; & nimirum quod tutor quidem datus cenſeatur ad univerſum patrimonium, ſed tamen excuſare ſe poſſit, ne ultra centeſimum lapidem gerat, ſi ultra illum terminum alia ſit provincia; ſiquidem in diverſis provinciis exiſtentis patrimonii diverſi tutores dari poſſunt *l. ſi tamen 25 de teſtam. tut.* Sed id quidem ita ſe habet, atquin ita inepte lapſum Tribonianum non eſt probabile. Et iſtud inter reliquas cauſas proponendum non ſub finem referendum erat. Et exiſtimo Tribonianum hic monere voluiſſe, eum qui tutor datus & tutelam ſuſcipere coactus eſt, cum vel cauſam excuſandi nullam haberet, vel quam allegaverat, rejecta eſſet, non poſſe allegare quantitatem patrimonii, & fortaſſis portionem tantum adminiſtrando putare ſe ſatis defunctum onere ſuo, perinde ac ſi magis perſonæ, quam rebus & bonis datus eſſet. Huic occurrere voluit Tribonianus & docere, quid nam contineretur officio tutoris,

& ad quid obſtrictus ſit, ſcil. ad univerſum patrimonium pupilli. Nec male *Alber. Gent. dial. 6. de Interpp. iuris.* cenſet quod Tribonianus hac brevi ſententia voluerit plures excuſationes præcidere; quod ſi enim cenſeatur ad univerſum patrimonium datus non poſſit excuſari, quod amplum nimis ſit, quod hinc inde diſtractum ſit, & quod incertum ſit. Ne igitur ad libitum, cum Hottom. & Weſenbecio, qui illum fere ſequi ſolet reformemus textus.

TEXTUS.

10. Qui tutelam alicuius geſſit, invitus curator eiuſdem fieri non compellitur, in tantum, ut, licet paterfamil. qui teſtamẽto tutorem dedit, adjecerit ſe eundem curatorem dare, tamen inuitum eum non cogendum ſuſcipere curam, Divi ſeverus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, maritum uxori ſuæ curatorem datum, excuſare ſe poſſe, licet ſe immiſceat.

COMMENTARIUS.

HActenus fuerunt cauſæ excuſationum communes, tutelæ & curæ. Quæ hic proponuntur, quæ propriæ ſunt curæ, prima quod quis jam adminiſtravit ejus tutelam, qui inſuper ejuſdem cura onerari non debet; utilitas quidem jam puberis fa. cti ſuadebat, eum retineri in cura, cui jam vires patrimonii cognitæ eſſent, & qui longe commodius adminiſtrare poſſet, ſed non æquum viſum fuit, unũ nimis gravari in curanda & perſona & bonis unius hominis, cum ſatis eſſe debeat, ſuſtinuiſſe onus tutelæ, adeo ut nec mater, utcunq; pater pupilli eandem curam gerere voluerit: cui voluntati tanto minus tribuitur, quod alias curator teſtamento non datur. Nam quod curator teſtamento datus confirmatur § 1. *cap. de curat.* ad eum caſum pertinet, quo quis ei qui eo mortuo jam pater eſt futurus dat curatorem, utique non eum, qui geſſit tutelam, hæc ita *h. §. & in l. Gaius 16. de excuſat.* (quæ Lex oſtendit extra hanc exceptionem locum alias eſſe confirmationi, licet tempore mortis patris adhuc fuerit pupillus) *& in l. curat. 30 C. h. t.* Fallit in libertis curatoribus datis liberis patroni *l. libertos 5 C. eod.* perſpicua ratione quæ ibid. additur, quia nullo modo & cauſa ſe ab hac tutela excuſare poſſunt, qui videlicet libertatem totam acceptam debẽt patrono, ſecus in iis, qui ſuis nummis emit, aut ex fideicommiſſo manumiſſi ſunt *l. libertum 14. §. pen. & l. nequaquam 24 h. t.*

Altera cauſa eſt, ſi maritus uxori ſuæ curator detur; & ait Juſtin. eum excuſare ſe poſſe, licet ſe immiſceat. Et hoc igitur ſpeciale; nam alias tutores initio re integra ſuas excuſationes proponere debent, quibus haud dubie renuntiaſſe cenſentur, ſi bona pupillorum ceperint adminiſtrare. *l. 2. C. ſi tut. falſ. alleg. l. non tantum 17. § ſane 5. D. h. t.* Verum quid iſtud eſt, quod ait eum excuſare ſe poſſe. Poterit ne igitur ſe non excuſare, & curam adminiſtrare? Ita ſa. e vulgo intelligimus, cum dicimus tutorem vel curatorem datum excuſare ſe poſſe, ut hoc ejus arbitrii eſſe, & eum ſi velit omiſſa excuſatione tutelam vel curam ſuſcipere poſſe ſignificemus. Id ſcilicet ita regulare eſt; ſed aliquando iſto verbo *Excuſandi* abutimur, in eorum quoque perſonis, qui tutores eſſe non poſſunt. Ut cur furioſus, ſurdus, mutus, cæcus dicuntur habere excuſationem *l. unic. C. qui morbo.* quos certum eſt, tutelam gerere non poſſe *l. 3. C. qui dare tut.* ſimile *in l. ſi pupillum 20.* Ubi dicitur, recipi excuſationem patrui, aut eum removeri ſi excuſari nolit. Ad eundem modum hoc loco maritus dicitur excuſare ſe poſſe, qui omnino curator eſſe non poteſt, imo ſub pœna infamiæ eſſe prohibetur, nimirum quoniam uxor ob reverentiam debitam marito non auderet liquido exigere rationes; ob quam cauſam ſub eadem pœna infamiæ verſatur tutor vel curator pupillam vel adultam ſuam ſibi filiove matrimonio jungere, ut diximus *ſup. ad §. ſunt & alia 11. de nupt.* Et de marito ne ſit curator uxoribus, ſunt textus *in l. ampliſſimi 4. l. licet 17.* (quæ agit de uxore filii in poteſtate, cujus eadem ratio eſt) *C. de excuſ. tut. junct. l. 2 C qui dar. tut. & l 3. C. de interdict. matrim.* Et tamen durius eſt, ut qui ſub pœna infamiæ prohibetur, excuſare ſe poſſe dicatur; & nimia iſta verbi abuſio eſt, eoque Accurſ. verbũ *poſſe* hoc loco, per verbum, *debere* explicandam putavit. Aut an hæc eo referimus, ut maritus curator datus, errore juris ſuſcepta cura, protinus errore cognito excuſare ſe ita depoſita cura poſſit, ut infamiæ pœna liberet; quo ſenſu fere dicitur *in l. 1. §. ult. h. t.* ſponſum ſponſæ curatorẽ datum abſolvi, nec enim propriæ loquendo abſolutione opus eſt, cum dato jure non teneat *d. l. 2. C. qui dar. tut. l. curam 14. de curat. fur.* Hac explicatione admiſſa in aliud incommodum incidit Tribonianus, quod per cõſtitutiones no-

nes novas jus iſtud vetus, quod retulimus *ex l.* 4. *& 17. C.h.t.* per neceſſariã conſequentiã eſt ſublatũ, & nec demum per Juſtinianum, ſed longe ante per *Theod. in l. hac. Lege 8. C. de pact. conu.* ex qua maritus omnino jus habet, adminiſtrandi res mulieris quæ ſunt extra dotem; & commendatur mulier, quæ iſtam adminiſtrationem, marito permittit; idq; confirmatur *ex l. ult. C. eod. tit.* cum quo jure, quomodo conſiſtere poſſit, jus antequum ex SC. ut maritus curator ſit infamis, ego nõ poſſum animadvertere: & quo igitur judicio utrumque iſtud in Cod. retulerit Tribonianus, aliis diſputandum relinquo; Futile enim eſt, quod Hottom. textus qui prohibent maritum eſſe curatorem, negat pertinere ad bona præter dotalia, ſed tantum ad bona receptitia, quę uxor ſibi reſervavit. Hoc enim cum pendeat ex libera voluntate uxoris. an qui ſibi reſervare velit, poterit ita mulier omnium bonorum quæ ſunt ultra dotem, marito adminiſtrationem committere, quod & omnino convenit *cum d. l. 8. C. de pact. conu.* ſed omnino repugnat juri veteri; & ratio ejus juris, quod ob reverentiam marito debitam interveniretur facile rationes. omnino etiam in paraphernalibus & præterdotalib. bonis habet locum. Aut potius dicendum erit non poſſe maritum curatorem eſſe adultæ fœminæ uxoris ſuæ; ceterum uxorem, quæ perfectæ ætatis ſit, poſſe utique adminiſtrationem bonorum ſuorum marito permittere; quod recte fieri & olim factum eſſe, perſpicue docet *l. pen. ff. ad L. Falcid.* Attamen mihi probabile eſt poſterior ib. Impp. diſplicuiſſe jus iſtud vetus; & cum cauſæ divortii ad pauciſſimas redactæ eſſent; maxime per Juſtin. ceſſat etiam ſimul ratio, quæ maritos curatores olim eſſe vetabat; quo jure mariti pene pro libitu uxores à ſe dimittere poterant; quin & viciſſim uxores maritos, ut ſupr. *ad tit. de nupt.* oſtenſum. Et illud plane mihi perſuaſiſſimum eſt, maritum olim permittente quidem uxore, quæ majoris ætatis fuit, adminiſtrare uxoris res potuiſſe, atquin legitimum & ordinarium adminiſtratorem fuiſſe, quod Hotto. & Weſemb. hic ſcribunt, falſiſſimum puto; ſed hoc omnino ex conſtitutionib. novis deſcendit. Itaque fruſtra & vitioſe iidem, text. *in l. maritus 21. C. de procurat.* ad bona receptitia reſtringunt; & omnino falſum eſt, quod *in l. pen. ad L. Falc.* maritus ſit legitimus adminiſtrator, ſed adminiſtravit ex permiſſione uxoris.

TEXTUS.

Si quis autem falſis allegationibus excuſationem tutelæ meruerit, non eſt liberatus onere tutelæ.

COMMENTARIUS.

DOcet hic §. decretum ejuſmodi quo tutor ex falſis allegationibus liberatus eſt, eſſe nullum, adeoque nihilominus periculũ tutelæ ad excuſatũ pertinere; quod & probatur *l. 1 & ult. C. ſi tut. falſ. alleg.* ſed ſcrupulũ facit, quod licet alias falſæ probationes ſive inſtrumenta interveniant, ſententia tamen non ob id ipſo jure nulla, ſed petenda ſit reſtitutio, ut videtur probari *tit. C. ſi ex falſ. inſtr. l. Divus 33. de re jud.* Nõ locus eſt excurrendi in iſtam tractationẽ, an & quando vel ex qua cauſa ſententia ſit ipſo jure nulla vel nõ. Deprehendo tres Doctorũ opiniones, quæ ad explicationem hujus rei faciunt. I facilius eſſe, ut decretum ſit nullum, quam ut ſententia quæ ſecundum ordinem juris hinc inde omnib. actitatis fertur. 2. & hoc latius proponit Angelus) cauſas excuſationis à tutela eſſe omnes LL. expreſſas, nõ permiſſas arbitrio magiſtratus; Itaque cum ſine controverſia illa ſententia nulla ſit, quæ lata eſt contra jus poſitivum *l. 1. §. 2 quæ ſent. ſin. app.* conſequenter decretum ſuper falſa cauſa interpoſitũ, veluti quod tutor datus duos liberos habeat, tamquam contra jus eſſe ipſo jure nullum. Sed enim non hoc tantum modo injuſte liberari tutor poteſt, ſed etiam ſi cauſa in jure vera, ſed in facto falſa ſit; veluti ſi tres ſe tutelas gerere, vel inimicitias cum patre pupillorum capitales interceſſiſſe, ex falſo allegaverit. Itaque cũ generaliter hic loquatur Juſtinianus, ſimplicior eſt tertia ſententia & explicatio, ſpeciali id eſſe favore pupillorum; quod illi quodammodo non pro recte defenſis habeantur, utcunq; forte neceſſariæ quædam perſonæ adfuerint pupillo *arg. l. 1. C. ſi tut. falſ. allegat.* & ætas iſta digna eſt miſeratione, & odio dignus, qui detrectat improbi tutelam; tum etiam poſita injuſtitia & falſitate cauſæ, utile fuit ita ſtatuit, ut decretum pro nullo haberetur, ut tutor exinde ex quo datus fuit periculo tutelæ obſtrictus intelligeretur; Et hinc in *l. ſi tutor. 22. C. h. t.* negatur periculum pertinere ad tutorem; qui abſolutus eſt, *habens excuſationem*, nimirum juſtam & veram.

AD

AD TITULUM XXVI. & ultimum.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE SUSPECTIS TUTORIbus vel Curatoribus.

TEXTUS.

1. Sciendum eſt, ſuſpecti crimen, ex Lege XII. Tabb. deſcendere.

COMMENTARIUS.

SEptem capita ſunt hujus tit. Et primum, de cauſa remota cognitionis ſive poſtulationis ſuſpecti, quæ eſt Lex XII. Tabb. qua hoc crimen vindicatur, & jus accuſandi tutores conceditur; qui ſenſus eſt horum verborum, quibus hic & *in l. 1. §. 2. h. t.* improprie alias dicitur, crimen ſuſpecti deſcendere ex L. XII. Tabb. Veriſſime & rectiſſime Theophilus ταύτην δὲ τὴν κατηγορίαν ὁ δωδεκάδελτος ἐπινόησε νόμος. Hanc accuſationem L. XII. Tabb. excogitavit. Interpres Curtius, ut ſæpiſſime alias, ita & hic ſocorditer vertit: Crimen hoc ex L. XII. Tabb. deſcendit: quem ita ſecutus eſt, qui noviſſime Theophilum edidit, ut appareat, numquam ab eo Græcum textum cum Latina veteri interpretatione collatum fuiſſe.

TEXTUS.

2. Datum eſt autem jus removendi tutores ſuſpectos, Romæ prætori, & in provinciis præſidibus earum, & Legato Proconſulis.

COMMENTARIUS.

ALteram hoc caput eſt, ad quem pertineat cognitio de ſuſpecto, & coram quibus magiſtratibus accuſatio hæc ſive poſtulatio inſtitui debeat & poſſit. Quærendum eſt, an hi qui jus dandi tutores habent, ii etiam habeant jus removendi, & audiendi hanc poſtulationem. Et ſi de jure veteri quæras, & de iis qui libero & pleno jure poteſtatem dandi tutores habent, ut not. *ad §. ult. de ſatisd. tut.* recte affirmabimus; Ceteroquin magiſtratus municipales, qui præcedente quodam juſſu dabant tutores, *ut not. ad § ſed hoc ſup. de Attil. tut.* non habuerunt jus cognoſcendi de ſuſpectis tutoribus, hoc enim majoris eſt poteſtatis: nec poſtquam Juſtinianus iis conceſſit ſine juſſu præſidum dare tutores *juxta §. nos autem de Attil. tut.* propterea etiam hoc jus de ſuſpectis cognoſcendi dediſſe intelligendus eſt. Hoc primum eſt. Inde quærendum, an hactenus ſit eadem ratio dandi tutoris & removendi, quod ſicut dare tutorem non eſt juriſdictionis, nec mandari poteſt, ut explicatum ad *d. § ſed hoc. de Attil. tut.* ita nec jus cognoſcendi de ſuſpecto eumque removendi ſit juriſdictionis, nec mandari poſſit. Videatur id ſuadere ratio, ut eadem ſit conditio conſtituendi & diſſolvendi. Et tamen ita non eſt; neque recte ita colligitur à jure dandi ad jus removendi; ſed hoc ad omnem magiſtratum pertinere debet, qui de hominibus improbis, & non recte in officio verſantibus, cognoſcendi & ſtatuendi jus habet. Aut an dicemus receptum favore pupillorum, ut, quod in dando tutore ſecus ſe habet, ſuſpecti tutoris cognitio à magiſtratu, forte occupato aut abſente, mandari, quin imo & apud eum tractari poſſit, cui magiſtratus occupatus, vel abſens in genere univerſam juriſdictionem mandavit, per *l. cognitio 4. in pr. de offic. ejus cui mand. l. 1. §. an autem 4. h. t.* Et itaque hæc cognitio ſuſpecti & mandari in ſpecie poteſt, & mandato generali juriſdictionis tranſit. Neque obſtat *l. 1. §. ſuſpecti ad SC. Turpil.* nam quod ibi ſolum præſidem poſſe cognoſcere de ſuſpecto dicitur, non mandatarius præſidis, qui vice præſidis fungitur *l. ſolet 16. de juriſdict. l. 1 §. ult. de offic. ejus*, ſed alii inferiores magiſtratus in municipiis & aliis civitatibus excluduntur: quemadmodum eo quod dicitur in *l. ubicunque. 105. de R. I.* ubicunque cauſæ cognitione opus eſt, ibi prætorem deſiderari non excluditur, qui prætor mandavit juriſdictionem, quæ certiſſima explicatio eſt hujus rei: inepta autem diſtinctio Angeli, an agatur hic civiliter an criminaliter: quod præſertim, ut ſub fin. iſtius tituli dicemus, iſta propria quædam accuſationis ſpecies, & directo nec civilis nec criminalis eſt. Et huc poſſit referri, quod hoc §. dicitur de Legato Proconſulis huic enim Proconſul mandat juriſdictionem *l. 4. §. ult. de offic. Proconſ.* quamvis ſane ſpeciale in hoc ſit Legato, quod hic à populo ſolebat adjungi

Proconſuli, & cui Proconſul tenebatur officii mandare juriſdictionem: eoque Legatus non ſimplex eſt mandatarius, ſed & ipſe à Feneſtella & Onufrio inter magiſtratus populi Rom. refertur; ut fortaſſis non tam jure mandatarii, quam proprio videatur Legatus Proconſulis & ipſe de ſuſpecti crimine cognoviſſe; qua in re labitur Hottom. hic ſcribens legatum tantum jus cognoſcendi non etiam pronuntiandi habuiſſe; deceptus *per. d.l.* 1.§.11.*ad Turp.* quam modo explicavimus: ſed & præſes in ſpecie dictus, de quo loquitur d. §. 11. legatum non habebat, ipſe dictus Legatus Cæſaris.

TEXTUS.

3. Oſtendimus, qui poſſent de ſuſpecto cognoſcere: nunc videamus qui ſuſpecti fieri poſſint. Et poſſunt quidem omnes tutores fieri ſuſpecti, ſive ſint teſtamentarii, ſive non ſint, ſed alterius generis tutores. Quare etſi legitimus fuerit tutor, poterit accuſari. Quid ſi patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus famæ patroni parcendum eſſe, licet ut ſuſpectus removeatur.

COMMENTARIUS.

TErtium hoc caput eſt, qui poſſent ſuſpecti poſtulari, vel accuſari. Et omnes nimirum tutores. Sed cur ait *ſive ſint teſtamentarii*, & cur potius horum quam Dativorum aut legitimorum primam & præcipuam facit mentionem? Fortaſſis quia Lex dat agnatos proximos, pro quibus eſt præſumptio, & dativi aut dantur ex inquiſitione aut ſatisdant, & tamen pro teſtamentario facit judicium patris; ut major etiam videretur ratio dubitandi *arg. l.* 4. *C h. t.* Porro non tantum tutores & curatores pupillorũ & adultorum, ſed etiam furioſorum & prodigorũ accuſari poſſunt *l.* 3. §. *h. t.* etiam curator ventri datus *d. l.* 3. §. 5. Scilicet ferendum non eſt, ut quicunque tandem ille ſit tutor aut curator, alterius bona & patrimonium diſperdat. Et teſtamentarius tanto magis odio dignus, quod ſpem de ſe à teſtatore conceptam fefellit.

Quod ſi patronus.] Graviorem oportet eſſe dolum, ut hic poſtuletur ſuſpectus, & removeatur: ceteroquin ei potius curator adjungendus erit *l. ſi tutor* 9 *de ſuſp. tut.* ubi id generaliter traditur de tutoribus, qui pupillo conjuncti ſunt; quæ ratio videtur in omnibus legitimis procedere; ſed hoc magiſtratus ex proximitate gradus æſtimabit. Sed cur & *hic & d. l.* 9. tantum patroni non etiam parentis ſit mentio, qui tutor eſt filii emancipati? Puto propter vinculum, quo filius natura obſtrictus eſt & manet, non permiſſum fuiſſe, ut pater ſuſpecti poſtularetur: ſed omnimodo ei adjungendum curatorem.

Famæ patroni parcendum.] In parentes & patronos famoſa actio non datur. Et ubi idem factum eſt, ex quo in alium datur actio turpis, in hos actio in factum tantum conceditur, ut mentio doli omittatur, *l. non debet* 11. *de dolo l. parens.* 5. *de obſeq. præſt. l.* 1. §. *Interdictum.* 43. *de vi arm.* Idque hic facilius eſt, cum non ſit de eſſentia hujus poſtulationis aut remotionis, ut irroget infamiam, ut mox dicemus.

TEXTUS.

4. Conſequens eſt, ut videamus, qui poſſent ſuſpectos poſtulare. Et ſciendum eſt, quaſi publicam eſſe hanc accuſationem, h. e. omnibus patere. Quinimo mulieres admittuntur ex reſcripto Divorum Severi & Antonini: ſed hæ ſolum, quæ pietatis neceſſitudine ductæ ad hoc procedunt: ut puta mater: nutrix quoque & avia, poteſt & ſoror. Sed etſi qua alia mulier fuerit, quam prætor propenſa pietate intellexerit, ſexus verecundiam non egredientem, ſed pietate productam non ſuſtinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accuſationem. Impuberes non poſſunt tutores ſuos ſuſpectos poſtulare: puberes autem curatores ſuos ex conſilio neceſſariorum ſuſpectos poſſunt accuſare: & ita Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.

COMMENTARIUS.

QUartum hoc caput eſt, qui poſſint ſuſpectos poſtulare. Et ait Juſtin. hanc accuſationem omnibus patere, ideoq; eſſe quaſi publicam. Hinc enim judicia publica dicuntur, quod quivis è populo perſecutionem habet §. 1. *infr. de public. iud.* ubi dicemus. Quia autem alia quædam ſunt, quæ judicia proprie publica faciunt, & inprimis, quod

tendunt

tendunt quaſi ad vindictam Reipub. & alia in judiciis publicis præcedendi forma, & in iis non prætor Urbanus, apud quem poſtulantur ſuſpecti, ſed alii magiſtratus cognoſcebant: Et in iis ab accuſatione deſiſtens incidebat in SC. Turpil. quod in hac accuſatione ſecus eſt, *l.* 1. §. *ſuſpecti* 11. *ad SC. Turp.* ideo ait eſſe accuſationem *quaſi* publicam *l.* 1. §. 6. *h. t.* nam & revera privatam utilitatem pupillorum reſpicit. Privata autem vel ideo hæc poſtulatio non eſt, quoniam in privatis judiciis quiſque perſequitur quod ſua intereſt, & ſibi aliquid applicari petit: quod hic non obtinet. Cur autem accuſatio dicatur, ex iis quæ paulo poſt dicemus, apparebit.

Quinimo mulieres.] *L.* 1 § *pen. h. t.* Apparet ab iſta qualitate quod omnes poſſint accuſare, vel maxime hanc accuſationem dici publicam, quandoquidem admittuntur quædam perſonæ, quæ publico judicio accuſandi facultatem non habent, ut ſunt mulieres, *l. qui accuſare* 8. *de publ. iud.* Neque enim tantum admittitur mater, avia, nutrix, ſoror, quæ videri poſſunt hic quodammodo ſuorum injuriam proſequi, quo caſu, & in judicio publico fœmina conſiſtere poteſt *l.* 1. *de accuſat. l. de crimine* 12. *C. qui accuſare*, &c. Sed etiam aliæ quæ pietate motæ videntur erga pupillum *h. §. ver. ſed et ſi.* Quod autem minores poſſunt poſtulare curatores ſuos, (impuberes enim non poſſunt *h. §. & l. pietatis* 6. *in f. C. eod. l.* 7. *D. eod.* hoc enim ſolum illis conceſſum eſt ſpeciatim, ut cum tutoribus exſequantur mortem patris *l.* 2. §. 1. *de accuſat.* ipſis autem tutoribus collegas ſuſpectos facere incumbit.) ſpeciale non eſt, quoniam hic perſequitur ſuam injuriam; in quib. terminis accuſare judicio publico minor poteſt, *arg. l.* 4. *ubi id notant Dd. C. de autor. præſt.* Debent autem hoc facere ex conſilio neceſſariorum; quinimo ſi curator ſuſpectus, ſolus ſit, videatur ad hunc actum poſtulationis minori opus eſſe curatore, per *d. l.* 4. Ubi vult imp. ut minor cum autoritate curatoris accuſet; aut an ſpeciale eſſe dicemus, in hoc caſu, ubi minor reipſa privatum ſuum intereſſe perſequitur: & tantum hoc petit ut removeantur curator, non ut ſibi quid adjudicetur: ceteroquin minor ut agat ſine curatore ad litem, permiſſum non eſt, ut docet §. *inviti* 2. *ſup. de curatoribus.*

Deniq; addendum, hactenus quoq; publicis judiciis ſimilem eſſe hanc accuſationem, quod ſicut in illis aliquãdo magiſtratus ſine accuſatore per inquiſitionem procedebat, de quo dicemus *inf. l.* 4 *tit. ult.* ita & hic aliquando prætor tutorem notorie male adminiſtrantem, ex officio, nullo poſtulante poteſt removere *l.* 3. § *præterea* 4. *h. t.*

TEXTUS.

§. Suſpectus eſt, qui non ex fide tutelam gerit licet ſolvendo ſit, ut Julianus quoq; ſcripſit, Sed & antequam incipiat tutelam gerere tutor, poſſe eum quaſi ſuſpectum removeri, idem Julianus ſcripſit, & ſecundum eum conſtitutum eſt.

Huic addendus eſt § ult.

Noviſſime autem ſciendum eſt, eos qui fraudulenter tutelam adminiſtrant, etiam ſi ſatis offerant, removendos eſſe à tutela; quia ſatisdatio tutoris propoſitum malevolum non mutat, ſed diutius graſſando in re familiari facultatem præſtat. Suſpectum enim eum putamus, qui moribus talis eſt, ut ſuſpectus ſit. Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper ſit, fidelis tamen & diligens, removendus non eſt, quaſi ſuſpectus.

COMMENTARIUS.

Quintum hoc eſt ex iis quæ hoc tit. traduntur. Quiſnam ſit ſuſpectus, & quid faciat ſuſpectum, ut poſtulari quis & removeri poſſit: & nimirum Mala adminiſtratio. Juſtinianus ait ſuſpectum eſſe, qui non ex fide tutelam gerit. Ubi vel ſuſpectus definitur à principaliori; vel *non ex fide gerere*, latius accipitur: neque enim tantum poſtulatur ſuſpectus & removetur, qui doloſe & fraudulenter adminiſtrat, ſed etiam qui tantum negligenter *l. in poſtulandis* 5. *C. h. t. l.* 3. §. *ult. D. eod.* Et hæc nimirum adæquata iſtius accuſationis cauſa: non paupertas, ut *in fi. tit.* hic traditur: & tamen, valde pauperibus curator adjungi debet; *l. pietatis* 6. *C. h. t.* vel quia ob paupertatem coguntur res ſuas fere tantũ agere, ut ſibi victum quærant, vel quia periculum eſt, ne nimia inopia faciat eos aliquid abſumere ex bonis pupilli. Ex adverſo divitiæ non faciunt, ut ne quis poſtuletur ſuſpectus, etiam ſi per ſatiſdationem ſit cautum pupillo, etiam ſi tutor de novo offerat ſatiſdationem, h. textu, & *l. ſuſpectus*

Digitized by Google

§.cum l.ſeq.h.t. præſtat enim rem pupilli ſalvam conſervare.

Sed & antequam incipiat.] Limitatio quædam eſt ad id quod jam diximus: ſuſpectum eſſe, qui non ex fide tutelam gerit. Etenim qui nondum cepit adminiſtrare, utique nondum geſſit tutelam. Sed enim ſatis eſt talem eſſe tutorem, qui non ſit recte geſturus: ſi antequam incipiat gerere, ejus improbitas antè celata emergat. Sed & citra hoc poteſt tutor ut ſuſpectus removeri, ſi non faciat, quæ facere tutorem oportet, velut ſi nolit ſatiſdare *l. 2. C. de tut. vel cur. qui ſatis non ded.* aut ſi in adminiſtratione ſuſcipienda ceſſet, *juxta l. 2. & 3 C.h.t junct. l. 4. §. ult. D. eod.* Et hoc poteſt haberi pro ſexto capite quod tractatur h.t. quando tutor poſſit removeri, ut ſuſpectus. Dicitur autem recte removeri, licet nec dum quidquam geſſerit, quoniam ſtatim ubi datus eſt, tutor eſt, & in *d. l. 2. & 3. C. h. t.* diſerte dicuntur poſtulari ſuſpecti ante cœptam adminiſtrationem. Et quid igitur eſt, quod dicitur in *l. hæ enim. §. ult. h. t.* eos qui nihil geſſerunt, removeri quidem poſſe, ſed non ſuſpectos poſtulari? An ſtrictius ibi uſurpatur verbum *ſuſpecti*? ceteroquin remotio, requirit & præſupponit poſtulationem. An intelligit eos qui citra ullam contumaciam per ſolam ignaviam res non attigerunt, maxime cum haberent contutores.

TEXTUS.

6. Suſpectus autem remotus, ſiquidem ob dolum, famoſus eſt, ſi ob culpam, non æque, ſi quis autem ſuſpectus poſtulatur, quo ad cognitio finiatur, interdicitur ei adminiſtratio, ut Papiniano viſum eſt. Sed ſi ſuſpecti cognitio ſuſcepta fuerit: poſteaque tutor vel curator deceſſerit, extinguitur ſuſpecti cognitio. Si quis tutor copiam ſui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epiſtola Divorum, Severi & Antonini, ut in poſſeſſionem bonorum ejus pupillus mittatur, & quæ mora deteriora futura ſunt jubentur dato curatore diſtrahi. Ergo removeri poterit, ut ſuſpectus qui alimenta non præſtat. Sed ſi quis præſens negat, propter inopiam alimenta poſſe decerni, ſi hoc per mendacium dicat, remittendum eum eſſe placuit ad Præfectum Urbi, puniendum: ſicut ille remittitur, qui data pecunia miniſterium tutelæ redemerit. Libertus quoq; ſi fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni geſſiſſe probetur, ad præfectum urbi remittitur puniendus.

COMMENTARIUS.

1 *Proceſſus contra tutorem abſentem.*
2 *Pœna tutoris remoti.*
3 *Explicatio* l.3.§.15.h.t.
4 *An ob latam culpam remotus ſit infamis.*
5 *Quæ ſit qualitas hujus judicii.*

HOc ſeptimum eſt & principale caput *hujus tit.* de effectu inſtitutæ hujus accuſationis. Adjiciuntur tamen quædã quæ pertinent ad caput quintum, Quis ſit ſuſpectus, & ex quibus factis ſuſpectus arguatur: velut, ſi alimenta pupillo non præſtat, ſi non eſſe unde alatur pupillus, per mendacium dicat: cum præſumatur ipſe ſpoliaſſe pupillum & intervertiſſe in uſus ſuos; unde pupillo alimenta paranda erant. Additur etiam in *§. ſed ſi* 8. modus ſingularis, quo finitur accuſatio ſuſpecti: Nimirum ſi tutor licet cœpto judicio mortuus fuerit. In cauſis civilibus ubi actor petit pecuniam quæ ſibi adjudicetur poſt litem conteſtatam licet mortuo reo, non finitur judicium, ſed tranſit actio etiam pœnalis in ſolidum in hæredes, ut dicemus *in §.1. in fin infr. de perpet. actionib.* In hac autem poſtulatione nihil petitur, quod adjudicetur actori ex bonis tutoris, ſed tantum ut removeatur: nam ſi quid damni ex mala adminiſtratione ſenſit pupillus, id poſt venit in actionem tutelæ, quæ minime finitur morte tutoris, & quæ ut locum habere poſſit, accuſatio ſuſpecti inſtituitur, quoniam ut ſupra dictum, durante tutela non datur hæc actio. Et hinc iſta quoque hujus rei ratio eſt, quod morte tutoris ſolvitur & finitur tutela. Ex quo eſt, ut pubertate vel aliis modis tutela finiatur, finitur quoque cognitio ſuſpecti *l. pen. h. t. l. 1. C. eod.* Atque hactenus hæc poſtulatio ſimilis eſt excuſationibus criminum, quæ & ipſæ regulariter Reo licet poſt cœptum judicium mortuo extinguuntur. *l. 1. 2. & 3. C. ſi reus vel accuſ.* Porro at quod principaliter † hic tractari diximus, exſequamur, ſi 1
tutor abſens eſt contumaciter, & nec officium facit, nec

cit, nec ob abſentiam in judicium trahi poteſt, proceditur contra eum ſicut alias ſolet contra debitores abſentes; ut nimirum pupillus tamquam creditor mittatur in poſſeſſionem bonorum tutoris, de qua miſſione *in tit. Ex quibus cauſ. in poſſ. eat.* Iſta miſſio non tribuit veram poſſeſſionem, ſed tantum detentionem & quaſi cuſtodiam bonorum, ut creditor & hic tutor, qui bona ſua libera habere cupit, veniat, reſpõdeatque iis qui eum ſuſpectum arguere volunt. Et tamen hic plus tribuitur pupillo, quã creditoribus aliis, qui ob abſentiam debitoris non reſpondentis in poſſeſſionem bonorum mittuntur: hi enim nudam habent interim cuſtodiam: donec prætor porro non comparente reo curare conſtituto bona diſtrahi permittat; atquin hic protinus curator datur juxta hunc textum, qui diſtrahat bona, fere ideo, ut ex pecunia pupillo alimenta cõſtituantur. Ideo autem in iſtis terminis ita proceditur contra abſentem quia alimenta decernenda ſunt (de quo caſu hic agitur,) cum cauſæ cognitione. & adeo tutore audito & præſente, ut apparet *ex l. 3. D ubi pup. educ. l. 2. C. de alim. pup. præſt.* unde *in l. 3. §. tutor* 14. *D h. t.* tractatur de tutore, qui ad alimẽta pupillo præſtanda copiam ſui non facit. Neque propterea cum Hottoman. quod hic de miſſione in poſſeſſionem traditur, ſuſpectum habere debet, quod aliud ejus rei teſtimonium nõ extet, aut quia in *l. 3. §. tutor* 14 *l. ult. ubi pup. educari debeat.* ſcribitur, hoc caſu tutorem ut ſuſpectum removeri, aut ei curatorem adjungi. Nam & alia ſingularia ſunt in his libris; & ad magiſtratus arbitrium hoc pertinet, quomodo ſit procedendum. Et tamen non video quomodo non manifeſto erret Hottom. cum iſtud de miſſione in poſſeſſionem expreſſe ſcriptum ſit in *l. Impuber. h. 7. § 2. h. t.* ubi contra tutorem præſentẽ
2 cœpta † eſt, cognitio, interdicitur ei adminiſtratio, ne interea negotia & bona pupilli attingat *h. textu §. 9* idq; ipſa poſtulatione ſuſpecti effectum intelligitur, citra ſpeciale decretum prætoris, ut apparet ex *l. quod ſi* 14. § 1. *in f.* quamvis ſuperflua non noceant, & prætorem ſive præſidem ſolitos fuiſſe jubere ut abſtineret tutor adminiſtratione, indicio eſt *l. eum quem 7. C. h. t.*

Peracta accuſatione & convicto tutore, quæritur de ſententia & pœna, quæ variat pro varietate admiſſi. Et nimirum tutor aut doloſe verſatus eſt, aut tantum negligenter. Hoc caſu removetur (aliquando tamen ei curatorem adjungi ſupra diximus) *l. 9. h. t. arg. § 2. in f. h. t.* ſalva fama & exiſtimatione *l. 3. §. ult. & l ſeq. in pr. h. t.* idq; eſt quod Juſtin. hic ait in *§. ſuſpectus* 5. remotum ob culpam non fieri famoſum, id eſt infamem; ita enim hoc verbo boni autores utuntur. Doctores noſtri vulgo famoſum intelligunt celebrem, & in bonam partem accipiunt. Illo caſu (niſi ſicubi famæ tutoris ex ſpeciali cauſa parcitur, ut diximus ad §. 2.) removetur cũ nota infamiæ. Et hæc nota vel ſola eſt, vel adjunctã habet pœnam graviorem etiam corporalem, ut ex eo apparet, quod tutor remittitur puniendus ad præfectum urbi, qui merum imperium & jus irrogandi pœnas corporales habet; Ceteroquin ſi de multa ageretur, non opus eſſet illa remiſſione, cum prætor habeat jus multandi per *l. 2. §. ult. de jud.* ſed non imperium merum, & jus coercendi in corpus, prætor ſcilicet Urbanus, qui cauſis civilibus tractandis conſtitutus erat; nam poſterioribus temporibus & jam Ciceronis ætate prætores, qui præerant judiciis & quæſtionibus publicis, Imperium merum cum conſilio habuerunt ſicut & olim qui in provincias mittebantur. Atq; remittebatur ita tutor ad præfectum urbis, ob fraudem inſigniorem *juxta §. ſed ſi quis* 10. *h. t. l. 3. §. ſed ſi* 15. *ff. eod. l. 1. § ſolet. 7. de off. præf. urb.* (ubi *tutelam nummis occupaſſe in d. §.* 10. dicitur, *data pecunia tutelæ miniſterium redemiſſe:* neq; neceſſum eſt ut cum Cujac. legamus, *miniſteriis*, licet ita loquatur *ICtus in* † *l. 3. §. ſed ſi* 15 *in f. h. t.* 3
Videtur tamen hoc caſu, ubi redemit tutelam, vel per mendacium negat alimenta poſſe præſtari, non removeri, ſed tantum puniri, per text. in *l. 3. §. ſed ſi 15. h. t.* per quem ita ſtatuit gloſſ. Sed ſane juſta cauſa removendi eſt in utroq; caſu: an forte intelligit non removeri, tamquam qui male geſſerit: Certe non ſit utile pupillo manere eum tutorem, qui pupilli cauſa punitus fuit. Et non ibi Acc. quod quidam intelligant, not. TANTUM (quæ particula & alibi ſubintelligitur,) ut non tantum removeatur, ſed ET puniatur, quam particulam ET quædam exemplaria agnoſcunt. Porro fraudem tutoris auget & graviorem facit perſona tutoris, ſi libertus ſit *§. pen. h. t.* Unica hic reſtat quæſtio: Ob dolum remotum conſtat † regulariter fieri infamem. Quæritur quid juris ſi removeatur ob latam culpam. Controverſiam facit *§ ſuſpectus 6. h. t.* quoniam facit mẽtionem doli & culpæ, & agitatur ad utrum membrum lata culpa pertineat. Et ut paucis agam, cum illis ſentio, qui latam culpam referunt ad dolum, eoque ob hanc culpam remotum infamia notatum putant. Ratio ſolida eſt quia æquiparatorum eſt eadem ratio, in eo ſcilicet in quo æquiparantur; legimus autem paſſim æquiparari latam culpam (quę 4

 eſt

eſt nimis craſſa & ſupina negligentia) dolo, ut ob eam pariter & dolum quiſque conveniatur: *l. magna 226. de Verb. ſignific. l. ſi fidejuſſor. 29. in pr. Mandati l. 1. §. 1 ſi menſ. falſ. mod. l. ubi 8. de edendo.* adeo ut licèt tex. utatur particula taxativa, *tantum* teneri quem ob dolum, aut, *non aliter* quam ob dolum, non excludatur tamen lata culpa. Ita menſor licet dicatur duntaxat teneri ob dolum, tamen etiam ob latam culpam *d. l. 1. §. 1.* Idem in precario *l. quæſitum 8. §. ſi ſervitute 5. & §. ſeq. de precar.* Accedit, quod in *l. 3. §. ult. h. t.* remotus non fit infamis, ſi ob ſimplicitatem aut ineptiam vel deſidiam removeatur, quæ non incidunt in latam culpam *arg. § pe. inſ. quib. mod. re contr. oblig.* Porro eodem modo cum in depoſitum dicatur tantum venire dolus *l. contractus 23. de R. I.* tamen venit etiam lata culpa *l. quod Nerva 32. depoſit l. 1. §. 15. quoq; 5. de obl. & act.* Exiſtimabam aliquando id tantum procedere, & latam culpã æquiparari dolo, ubi ageretur de eo quod cujuſcunq; intereſt, ut uti quis damnum dediſſet lata culpa in rebus meis, ad illud reſtituendum peręq; teneretur, ac ſi dolo feciſſet. Sed deprehẽdi id falſum eſſe, duplici exemplo, 1. Quod cum contra contumacẽ aut doloſum æſtimetur res quæ non reſtituitur per juramentum actoris, longe ultra precium rei, tamen etiam ob latam culpam ita in litem jurari receptiſſimum eſt, & probatur ex *l. 1. C. de in lit. jur.* 2. Quod etiam ex cauſa actionis pœnalis in duplum lata culpa dolo comparatur *l. 1. §. 2. ſi is qui teſt. lib. eſſe.* Accedit, quod etiam quoad infamiæ notam incurrendam ſufficit ignorãtia juris *l. liberorum 11. §. ult. de his qui not. inf.* & tamen iſta non eſt dolus, ſed ad ſummũ lata culpa. Accedit, etiam, quod depoſiti & mandati damnatus ob dolum itidem fit infamis, & tamen in contractibus indiſtincte dolus & lata culpa æquiparantur: In criminalibus plane ubi agitur de pœna irroganda in corpus, requiritur dolus omnino liquidus & verus: itaque in his lata culpa æquiparari dolo non ſolet, ut notant *Dd. in l. in lege. 7. ad Corn de Sic.* Nec obſtat *§. 6. h. t.* quia communiſſima eſt opinio, quod verbum culpæ ſimpliciter prolatũ, accipiatur de culpa in ſpecie ſumta, quæ dicitur levis, æquiparatio a. illa de qua diximus, efficit, ut lata culpa ſub appellatione doli comprehendatur. Ideoque ineptum eſt, quod Weſemb. hic præſupponit, culpæ verbo hic contineri & latam: ineptum etiam & falſum, quod ait culpam latam æquiparari dolo, ad removendum non ad infamandum. Ita enim non æquipararetur dolo, quoniam ad removendum etiã levis culpa ſufficit. Cum tam varie coerceatur tutor † ſuſpectus, apparet poſtu- 5
lationem fuiſſe quandam extraordinariam actionem, qua nihil certi ſuper puniendo tutore petebatur, ſed hoc tantum, ut ille removeretur per officium magiſtratus; & hic prout deprehenderat peccaſſe tutorem, ita condemnabat, aut ſimpliciter removendo, aut cum nota famæ, aut, ſi graviori pœna opus eſſet, ad ſuperiorem remittendo: Quod ſi certum aliquid petitum fuiſſet, & jure peti potuiſſet, aut debuiſſet, intra illos cancellos cognitio, & pœna ſubſtitiſſet, & aut prætor nunquam remiſiſſet tutorem poſt cognitam cauſam, aut initio cauſa tota & cognitio ad ſuperiorem remiſſa fuiſſet. Apparet ſimul & hoc recte dici iſtam accuſationem, tum quia actor nihil petiit ſibi applicari, tum quia pro qualitate cauſæ, reo etiam pœna in corpus irrogari poteſt. Licet autem hoc ita ſit, verum tamen videtur, quod Interpp. communiſſime hic ſcribunt, poſſe etiam expreſſe ita agi, ut tutori pœna irrogetur in corpus: ſed hoc caſu recta accuſatio inſtituenda fuerit apud præfectum urbi: tum etiam hoc caſu inſcribere in crimen accuſatorem, & alia in judiciis criminalibus ſola intervenire oportebit.

FINIS COMMENTARIORVM IN LIBRVM primum Inſtitutionum.

AD

AD LIBRUM SECUNDUM

INSTITUTIONUM JURIS,

Ad Titulum Primum,

DE RERUM DIVISIONE, & adquirendo ipſarum dominio.

TEXTUS.

1. Superiore libro de jure perſonarum expoſuimus: modo videamus de Rebus; quæ vel in noſtro patrimonio, vel extra patrimonium noſtrum habentur: Quædam enim naturali jure cõmunia ſunt omniũ, quædam publica, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum: quæ ex variis cauſis cuique acquiruntur: ſicut ex ſubjectis apparebit.

COMMENTARIUS.

1 *De inſcriptione tituli.*
2 *Res quomodo objectum ICti.*
3 *Quid ſit patrimonium.*

1 VT aliquid de Rubrica † dicamus, teſtantur Contius & Ruſſardus, verba *& adquirendo earũ dominio* ab omnib. manu ſcriptis abeſſe: & ipſe inſpecto uno & altero id ita eſſe deprehẽdi. Theophilus quoq; ita habet *περὶ πραγμάτων διαιρέσεως* & nihil ultra, ſed utut ſit, ipſa tractatio tituli requirit, hæc poſteriora verba, & quæ ſub duob. tit. Digeſt. *lib.* 1. *tit.* 8. *& libr* 41. *tit.* 1. tractantur, in hunc unum titulum relata ſunt, & inepta mihi videtur ratio *Pacij in Notis ad hunc tit.* Qui, hæc verba, inquit, adjecit, non videtur intellexiſſe modos adquirendi, de quibus hic tit. agitur, contineri ſub ultimo ſecundæ diviſionis membro, adeo ut plena & perfecta ſit inſcriptio, *de Rerum diviſione*. Inepte, inquam, & falſo: Ita enim mutila futura ſit tractatio *ſub tit.* 8. *d. lib.* 1. & vero ſi illi modi continentur ſub verbis, *quædam ſingulorum*, (hæc enim verba intelligit) potuerunt etiam contineri ſub prima diviſione, ſub verbis, *in patrimonio noſtro* Et aliud eſt dividere tantum, aliud modos adquirendi tractare. Et ſane qui ſimpliciter inſcribit, de rebus, de obligationibus, de Actionibus, ille recte ſub titulo omnia tractat, quæ ad eam rem pertinent: at qui promittit ſe dicturum de Rei alicujus diviſione, ille citra vitium alia extra diviſionem non proponit: Itaque omnino iſta tenenda eſt inſcriptio, *De rerum diviſione & adquirenda ipſarum dominio.* De Dominio, quid ſit, in ſeqq. tractandi dabitur occaſio.

Videamus de Rebus.] Ex tribus objectis, propoſitis in §. *ult ſup. tit.* 2. prius explicatum eſt, de perſonis. Sequitur alterum de Rebus, quo verbo, (ut docet ipſa objectorum diſtinctio (cetera præter perſonas & actiones ſignificantur: cum alias generalius loquendo actiones quoque & perſonæ, etiam res ſint. Sub appellatione rerum, etiam cauſæ continentur, nec tantum hæ quibus Res ipſas aut jus in iis reale, ſed etiam ex quibus, conſequimur jus ad res, quod fit per obligationes. Ex quo non male ii, qui

Digitized by Google

qui totum hoc ſecundum objectum, in tractatione de dominio & obligatione occupari & cõſumi ſcribunt; idque ipſa tractatio horum librorum hinc uſque ad *tit. 6 lib. 4* oſtendit, & dicemus *inf lib. 3.*
2 *tit. 24* Rei autem tractationem † propriam JCto ſecit modus conſiderandi; nam ut monuimus *ſup. tit. 1 lib 1.* in definitione Juriſprudentiæ, Res non conſiderat JCtus, ut cauſas earum & naturam inquirat, ſed quatenus cives in iis jus aliquid habent, & quatenus circa eas jus & juſtitia poteſt, & debet adminiſtrari: ad quam tractationem accommodata eſt diviſio hic initio propoſita, quod Res vel ſint in patrimonio noſtro, vel extra patrimonium noſtrum; non quod actu in eo protinus ſint, ſed quod ita affectæ ſint & ejus conditionis, ut in patrimonio noſtro eſſe poſſint: nam extra ea quæ ſunt communia publica, univerſitatis, & nullius (prout verbum iſtud in diviſione ſeq. uſurpatur) feræ beſtiæ extra noſtrum patrimonium actu exiſtunt. Fruſtra autem hic objicitur *l. 1. de uſu & uſufr. leg.* ubi *In bonis* eſſe ſpecialiter uſurpatur & ſtrictius, ut inde jura incorporalia & ſcilicet ſervitutes excludi videantur: de quo, & de vera explicatione diximus ad *pr. infr de uſufr.* & quædam ad *§. ult. inf de*
3 *vi bon. rapt.* Patrimonium † Cujacius ait proprie ſignificare bona quæ à patre obvenerunt, matrimonium, quæ à matre; citat locum ex Seneca 1 *de beneſ. 3.* quem ab Eraſmo depravatum, & pro *matrimonio* ſubſtitutum *Patrimonium* ait. Ego ſecus ſentio, & omnino ibi legendum, *late patentis patrimonii*, quoniam nulla ratio, aut color afferri poteſt, cur ibi Seneca bonorum potius meminerit, quæ à matre obvenerint. Fides ſit penes ipſum, quod Suetonius & Valer. Max. (quos jam totos evolvere non vacat, & quos ipſe nullo notato loco advocat) eo verba ita ſint uſi, & mihi tanto minus iſta uſurpatio verbi hujus probabilis ſit, quod conſtat jure veteri liberos matribus non ſucceſſiſſe. Adducit etiam *Auguſtin. Serm. 185. de tempore.* Ibant, ad paſſiones, obliviſcentes patrimonia & matrimonia ſua, ſed potius Auguſtin. ibi ſenſu vulgatiſſimo id verbum uſurpare videtur, quod bona illi & conjuges reliquerint, prorſus patrimonium hic ſignificat univerſa quæ in bonis habemus, ut procul dubio etiam nomina & actiones comprehendantur; licet aliquando verbo patrimonii ſtrictius accepto hæc inter ſe diſtinguantur. Sed omiſſis verbis ipſam rem videamus.

Quadam enim.] Non hæc eſt ſubdiviſio, ſed late æque patens diviſio, & prioris diviſionis explicatio. Quæ enim communia, publica, univerſitatis & nullius ſunt, ea extra patrimonium; quæ ſingulorum, ea in patrimonio ſunt. Difficilioris autem explicationis eſt, quæ proprie ſint communia, quæ publica, & quomodo hæc, nimirum communia & publica ab invicem diſtinguantur. Id in ſeqq. §. quibus ſingula membra proponuntur & explicantur exemplis extricare conabimur.

TEXTUS.

2. Et quidem naturali jure communia ſunt omnium hæc, aer, aqua profluens & mare, & per hoc littora maris: Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur: dum tamen à villis & monumentis, & ædificiis abſtineat: quia non ſunt juris gentium: ſicut eſt mare: Flumina autem omnia & portus publica ſunt; ideoq; jus piſcandi omnibus commune eſt in portu fluminibuſque. Eſt autem littus maris quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. Riparum quoq; uſus publicus eſt jure gentium ſicut ipſius fluminis: itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum eſt, ſicut per ipſum flumen navigare. Sed proprietas earum illorum eſt, quorum prædiis hærent: qua de cauſa arbores quoque in eiſdem natæ, eorundem ſunt. Littorum quoq; uſus publicus eſt & juris gentium, ſicut & ipſius maris: & ob id cuilibet liberum eſt, caſam ibi ponere, in quam ſe recipiat, ſicut retia ſiccare & ex mari deducere, proprietas autem eorum poteſt intelligi nullius eſſe, ſed ejuſdem juris, cujus & mare, & quæ ſubjacet mari, terra vel arena.

COMMENTARIUS.

1 *Communia & publica an differant.*
2 *Communia unde dicantur & quæ ſint.*
3 *De publicis.*
4 *An piſcandi jus in privatis fluminibus.*
5 *Riparum proprietas an privata.*

Ut

UT præmonui, difficultas eſt, in definitione &
1 diſtinctione † communium & publicorum, cum, præſertim ita hic agat Juſtinianus, ut ea modo ſeparare, modo confundere & pro iiſdem uſurpare videatur. Et Hottomannus plane hic, quoniam in *l. 2. de diviſ. rer.* ex qua diviſio iſta deſcripta eſt, tantum communium ſit mentio, non etiam publicorum, putat, hoc loco, pro verbis, *quædam publica* legendum eſſe, *quia eadem publica*, *vel*, *quorũ quædam publica*. Verum ſi ex communibus fatetur quædam eſſe publica in ſpecie dicta, neceſſario diſtinctionem communium & publicorum admittere cogitur: communium videlicet, in ſpecie dictorum. Nam ultro perſpicuum eſt, verba iſta, *communia publica*, aliquando confuſim uſurpari; & quæ communia ſunt, eadem publica dici, ut de littoribus *§. 1. h. t. & l. quod in 14 de acq. rer. dom. l. præſcriptio 45. de uſuc. l. quamvis 50. de acq. rer. dom.* ubi litora dicuntur publica eo quoq; reſpectu, quo in iis ædificatum ſit ædificantis. Sed alio ſenſu non poſſe ea invicem diſtingui, non protinus efficitur: & proinde ego potius ſenſerim cum Antonino Vacca, quod hæc duo verba, *quædam publica* exciderint ex *l. 2. D. de rer. diviſ.* & in eum locum ſint reponenda, nam & apud Theophilum quoque eadem diviſio eſt, & diſerte communia à publicis diſtinguuntur. Videamus quid Juſtinianus dicat:

Naturali jure communia ſunt.] Scilicet non ſunt communia ex privata conventione aut diſpoſitione juris civilis; ſed jure naturali, quoniam ipſa natura in hunc uſum iſta produxit: & recte Accurſius intelligit hic jus gentium & ſcil. primævum. Licet enim etiam beſtiæ quibuſdam, quorum hic mentio, utuntur, ut aëre, aqua, tamen oportet ad unum ſubjectum & cetera quæ hic tractantur referre: & in dubio jus naturale & omnino Jus ad homines pertinet: & hic ſimil. de jure adquirendi iſta
2 tractatur. Et poteſt hinc ſumi qualitas una † rerum communium, vel ſecundum quam aliquid dicatur commune, quatenus videlicet ad eum transfertur uſum, ad quem ipſa natura produxit. Publicum autem dicimus, quatenus uſus habet aliquid inventionis humanæ: atque ita unum idemq; pro diverſitate uſus, poteſt dici & commune & publicum. Altera hinc qualitas occurrit & differentia: Communia ea eſſe, quæ utendo quodammodo noſtra faciamus, veluti aërem attrahendo, aquam hauriendo: Ita enim iſtud de aere, & ipſo ſcil. elemento, accipiẽdum videtur. Nimis enim remotum eſt, quod Hottom. intelligit jus aucupandi, & ædes ſuas in aerem extollendi, quod præſertim de utroque hoc infra propriis locis agitur: Atque hæc ita comparata ſunt, ut nulli mortalium negari poſſint; nec aer in quo res nimis aperta eſt: nec aqua, citra ſummam injuriam; unde apud Ovid.

Quid prohibetis aquas, uſus communis aquarum eſt.

Et fatendum eſt, hic eſſe gradus, nec eodem modo & gradu omnia eſſe & dici communia, adeoq; *commune* non eſſe genus univocum, ſed æquivocum, quæ Logici vocant ἀφ' ἑνὸς, & quæ non ex æquo inſunt & ſe communicant ſuis ſpeciebus. Et ita accipiendum eſt, quod ait JCtus in *l. injuriarum 13. §. ult. de injur.* mare & litora eſſe communia omnium, ſicut & aerem: ut ſcilicet intelligamus comparationem generis communis, ſed æquivoci: ceteroquin comparatio illa perſpicue falſa eſſet. Oportet plane, licet genus æquivocum ſit, tamen quia genus eſt, ſpecies omnes aliquid inter ſe habere commune. Et videl. iſtud, quod natura ipſa hæc ad uſum omnibus hominib. produxerit: tum quod latiſſime earum uſus patet, & quidem quod præcipuum eſt, ut occupari poſſint, & occupando noſtra fieri, licet non omnimodo eodem adquiſitionis genere & effectu: Aliter aerem, aliter aquam, quam haurimus noſtram facimus: aliter litus aut mare, quã & iſta duo inter communia referuntur, *§. 1. h. t.* Et in littore permiſſam occupationem, docet textus *l. præſcriptio 45. de uſucap. l. quod in 14. de adq. rer. dom. l. quãvis 50 eod tit.* eoq; ſenſu dicitur in *l. 4. Ne quid in loco pub.* ædificare in littore licere jure gentium & in *l. 1 §. quod ſi 18. de novi op. nunt.* non poſſe ei nuntiari novum opus qui in littore ædificet, & quod ædificatur eum ſuum facere, *l. in tantum 6. de rer. div.* & porro adeo ſolũ illud cõmune erit in quo inædificatum eſt: ceteroquin ædificium ipſius eſſe nõ poſſet, ſed cederet ſolo. Idẽ eſſe in mari, ut pilas in illud jacere, inædificare liceat, & hoc modo dominus fiat, probat *d. l. 1. §. 18 l. pen. de rer. div. l. 3. Ne quid in loc. pub. text. in l. 2 §. adverſus 8. eod.* ubi dicitur tuẽdum eſſe eum qui in litore ædificat vel molẽ in mare jacit. *add l. ergo 30 §. ult. de adq. rer. dom.* Facit ſcil. quiſq; hoc ſuum, non omnimodo, ſicut alia quæ privati juris ſunt, ſed interim dum occupat, dum ædificatum tenet: ceteroquin ſi quod in litore ædificavit, dirutum eſt, jam locus in priſtinam libertatẽ redit, & rurſus cedit occupanti *d. l. præſcriptio 45. de uſuc. d. l quod in 14 de adq. rer. dom. d. l. in tantum 6. in pr. de rer. div.* Alia limitatio eſt ex rationibus politicis, ut ita quiſq; ædificare in littore & mari & ſuum facere poſſit, dum ne impediatur uſus publicus, ut

expreſſum eſt *in d. l. 3. & 4. Ne quid in loco publ.* imo dum ne privato etiam incommodi quid inferatur *l. 2. §. adverſus 8 eod. tit.* ſimplex enim jus & ratio occupandi, quæ magis ad cōmodum privatorum reſpicit, hic cedat, neceſſe eſt; & imo non jam ta io politica hoc facit, quā ipſa juris gentiū ratio: quoniā ita debe privatis relinqui jus occupandi, ut ne impediatur uſus, ad quē natura aut jus gentiū principali. et mare & litora produxit: & huc referendum eſt, quod traditur in *l. quamvis 50 de adq. rer. dom.* quāvis ita ædificatum noſtrum fiat, tamen decreto prætoris (fortaſſe principis) opus eſſe, ut id facere liceat: ceteroquin, ut. b. dicitur, etiam manu prohibendus erit, ſi cum incommodo ceterorū id faciat. Hæc de communibus: nunc intelligimus, publica in ſpecie

3 † dicta eſſe, ex quib. occupando aliquid noſtrū non facimus, ſed ſaltem uſum eorum juxta cum omnib. habeamus communem. Ut ē obſtat, quod de fluminib. quoq; publicis dicitur in *l. fluminum 24 de dam. inf.* licere in iis ædificare & deſtruere. Nec ego id aliter explicari poſſe puto, quā ut intelligamus, non eum dominum fieri, ſed ut ad uſum ſaltē navigandi aut piſcandi tale quid facere poſſit: itaq; comparatio fluminum cum litoribus & mari, non omnimodo ſed ſecundum quid erit accipiēda. Hoc loco flumina portus, ripæ & littora inter publica referuntur. Littorum nimirū uſus publicus eſſe dicitur, & maris quoq; in §. *Littorum 5. h. t.* aliud a. eſt, dicere uſum rei eſſe publicum. aliud rem ipſam publicam. Littus enim commune eſt, quatenus ex eo aliquid occupare licet & ſibi proprium facere: ſed publicū eſt dum eo utimur, juxta *d.* § 5. Male autem Hott. flumen & aquam profluentem fere pro iiſdem accipit. nam illa dicitur eo reſpectu, communis, quod eam hauriendo propriā noſtram facimus, &, quod Hott. quoq; poſt notat vocatur profluēs, ut diſtinguatur ab aquis puteorum & fontium privatorum. Sed flumen, publicum eſt, dum eo utimur navigando aut piſcando, quoniam piſces in fluminibus ſunt nullius, & hactenus etiam, ut eſt in §. *riparum. 4. h. t.* fluminis ripæ uſu dicantur publicæ, hactenus ut navigantibus & piſcantibus aliqua liceat uti. Quo intuitu flumen à mari, & litora à ripis parum diſtāt, niſi quod quo latius patet mare eo etiam liberior & frequentior eſt litorum uſus: ſed hactenus differūt, quod riparū proprietas eſt vicinorum: litorum proprietas nullius eſt: ex quo fit, ut ex litorib. aliquid occupare fas ſit: videtur ex his colligi, non recte à quibuſdam publica & cōmunia ita diſtingui: quod illa ſint quorum uſus omnib. omnino hominib. pateat. hæc, quib. tantum poſſint uti qui ſunt ſubditi imperio Romano. Neq; iſtos juvat quod in *l. bona 15. cum ſeq. de V. S.* ea tantum publica dicuntur eſſe, quæ ſunt populi Romani. Etenim alio ſenſu ſum i. tur ibi publicū. quam hoc loco: vel hoc argumēto: quod populi Romani eſſe dicuntur, non quæ ſunt omnium ſubditorum, ſed quæ pertinent ad populū, dominū Reip. qui ſub libera Rep. erat Romæ, & ſi quib. cōmunio Reip. ſecūdum quid data erat. Tum porro non eo ſenſu quomodo h. t. aliquid populi Romani & ita publicum dicitur: ſed aliter, & quidē dupliciter 1. quod eſt quaſi in patrimonio populi Romani, ex quo annui redditus in ærariū recondebantur: cujuſmodi erant vectigalia, & tum in Italia tū in provinciis, agri publici &c. 2. quod non patrimonio ſed juriſdictione & imperio erat pop. Romani, cujuſmodi ſunt v. c. littora: q̄ diſtinctio probatur *in l. quod in 14 de adq. rer. dom.* ubi ait JCtus, littora non ita dici publica, ſicut ea quæ ſunt in patrimonio pop. Roman. Ergo litora ſunt publica pop. Romani, nimirum ut explicatur in *l. 3. ne quid in loco pub.* littora, inquit JCtus, in q̄ pop. Rom. imperium habet, pop. Romani eſſe arbitror: ut ſe. juriſdictionē & imperiū in iis exerceat, & ne quid contra utilitatē publicam fiat, provideat. Quod evidentiſſime oſtendit, alio ſenſu pop. Romani quid eſſe dici, alio ſenſu publicū hoc loco appellari. Et in *d. l. 15. & 16.* populus Romanus opponitur aliis civitatibus, & urbs Roma municipiis & civitatib. quę ut ibi JCtus ait, cum conferuntur cum pop. Rom. ſunt loco privatorum: ut intelligamus, quę de reb. publicis diſpoſita ſunt, ad ea quæ ſunt civitatum, non pertinere, in certis videl. terminis, ut quidem ferè textus ſub *tit. de V. S.* applicandi ſunt: nam generalius loquendo, & quæ civitatum ſunt, maxime ſi conferuntur cum iis quæ ſunt ſingulorum, recte publica dicuntur, ſicut & ipſæ civitates frequentiſſime Reſpublicæ appellantur. Hæc fere pertinent ad explicandam homonymiam verbi *publicum.*

• *Nemo ad litus maris.*] Intelligit quemq; ita poſſe accedere, ut etiam in littore ædificare poſſit: quis n. dubitet de acceſſu? illud a. mirum licet in littore vacuo: non quā occupatū eſt ab aliis & adhuc tenetur: quod ſignificat Juſt. poſt JCtum in *l. nemo 4 de rer. div.* dum ait abſtinendum à villis, monumentis & ædificiis, &c. Hæc enim ſunt privati juris aut divini, ſiquidem per monumenta ſepulchra videtur intelligere. Et forte non tantum intelligit ea, quæ præciſe in littore ſunt, ſed paulo latius, ea quoque quę prope litus: nam vix eſt ut villæ in ipſo littore deprehendantur.

Non

Non ſunt juris gentium.] Vel hinc apparet recte ab Accurſ. quod in *pr.* §. 1 dicitur *jure naturali communia eſſe &c.* de jure gentium explicatum eſſe.

Flumina omnia & portus.] Portus vel maxime in mari dicuntur. Et cur igitur cū mare & litus dicantur cōmunia, portus inter publica referuntur? Non dicā quod Juſt. aliquando cōfuſim uſurpet publica & communia: non etiam quod ante dixi, unum idemq; diverſo reſpectu poſſe eſſe commune & publicum: ſed dicam, ſpecialem rationem eſſe portuū, ex qua hactenus dicta non inepte confirmantur: ſiquidem ea eſt natura portuum, ut citra incommodum publicum in iis ædificari quod & occupanti cedere non poſſit: unde quia in his ceſſat effectus, ex quo maxime communia æſtimantur, fit, ut portus non inter communia ſed publica referantur: quoniam eorum uſus tantum eſt navigantibus & piſcantibus, ut ibi conſiſtant & appellant. Et hoc confirmo ex eo quid mox hic ſequitur.

Ideo jus piſcandi omnibus commune.] Hic Juſt. laxius utitur verbo *commune*, quoniam hic non deſcribit quæ ſunt communia vel non: & quæ publica ſunt, eorum uſus nō male dicitur cōmunis. Et jam diximus hactenus flumina dici publica, quatenus in iis navigamus & piſcamur: quo reſpectu etiam littora, etiam mare vocari publica poſſunt, quod ut mox notabimus ad § *litorum* 5. Navigandi jus ſuā cauſam habet propriam: habet & jus piſcandi, nimirum quia feræ beſtiæ fluminibus & mari innatantes, in communem hominū uſum creatæ & nullius ſunt. Itaq; quæcunque extra hunc numerum ſunt, id eſt ſi qua non ſunt piſces, quæ ex mari extrahuntur, ea ad piſcationem non pertinent, nec fiunt capientis. Et proinde perſpicue errat Hottom. hic; ſi quæ privatorum cum eſſent in mare demerſa ab urinatoribus extracta ſint. ea tamquam venationis prædam effici ipſorum, ſcribens: cum utique iſta non ſint objectum piſcationis & venationis, & non niſi inepte excluditur hic caſus à generali textu in *l. quæcunq; 58 de adq. rer. dom.* qui perſpicue cōtradicit Hottomanno. Quod ad gemmas attinet quæ in mari nata, ibi aut in littore capiuntur, illæ non proprie ſub piſcationem referuntur, ſed ſunt objectum inventionis, de qua paulo inferius agemus. Ait Juſtinianus jus piſcandi publicum eſſe in
4 † fluminib. publicis. At quid de fluminibus privatis, aut ſtagnis, ſunt n. & privata *l. 1. §. Hoc interd.* 4. *de fluminib.* Et nimirum hactenus differūt flumina privata à publicis, quod in his quivis jus piſcandi habet, & ſi prohibeatur, injuriarū actione experiri poteſt per *l. 1. §. ſi quis 9. ne quid in loco publ. l. injuriarum 13. § ult. de inj.* hactenus enim eadem ratio eſt fluminis publici & maris: in illis autem quo minus quis piſcetur, à domino prohiberi poteſt *d. l. 13. in extremo:* ceteroquin ſi quis piſcatus ſit etiā in hujuſmodi privatis fluminibus, piſces ejus fieri, inde evincitur, quod piſces qui ibi ſunt, nec in dominio ſunt, nec in poſſeſſione ejus cujus eſt flumen, ſed ſunt in libertate ſua naturali, non minus quam feræ in ſilvis circumſeptis *l. 3. §. Item feras 14. de adq. poſſ* & conſequenter fient occupantis, de quo etiam dicemus *infr. h. t. § feræ 12.*

Eſt autem litus.] Diximus, cuivis jus eſſe, in litore ædificare, & ita quod ædificatum eſt, fieri ædificantis: itaque merito adjicitur definitio litoris, ut ſciamus quouſq; hoc jus ædificandi & occupandi pateat. Idem *in l. litus 96 & 112. de V. S Cicer in Topicis.* ait Aquiliū litus definiiſſe, qua fluctus eluderet: ex quo intelligitur verum non eſſe, quod M. Tullius hoc primus conſtituerit, ut refertur in *d. l. 96.* Addit Juſtin. *hibernus* quoniam, ut Hott. hic notat, hyeme fluctus exæſtuat magis: ut ita litus deſcribatur, qua latiſſime fluctus excurrunt.

Riparum quoq; uſus.] Ripa eſt quæ continet flumē dum curſum ſuū tenet *l. 1. §. ripa 5. de flum.* ut excludatur caſus quo flumen aliquando imbrib. aut nivibus auctum exundat: & quidem quæ continet flumen pleniſſimum *l. 3. §. 1. d. t.* quod ideo additum eſt, quia flumina ſæpe æſtivis caloribus minuta integrum alveum non occupant. Tractatur hic de riparum uſu & proprietate. Uſus earum publicus eſſe dicitur: ſcil. pro conditione fluminis, & quatenus uſus publicus fluminis uſum quoq; publicū riparū exigit, citra quē flumine recte uti non liceret. Flumine uti licet, ad hauriendum, navigandum & piſcandum. Et itaq; licebit cuivis accedere ad ripas, navigantibus ad eas appellere, naves religare, onus exponere; h. §. &, quod addendum eſt, retia quoque ſiccare; quod ex §. ſeq. ubi de litoribus, ſæpe autem diximus, quo ad jus piſcandi, idem eſſe jus fluminum publicorum & maris. Quo ad proprietatem vero prorſus differt ripa † à littore; hujus enim 5
proprietas nullius eſt, §. ſeq. & in eo ædificādi cuivis jus eſt: ripæ autem proprietas eſt eorū, qui prædia poſſident vicina h. §. Contra quam ſententiam ita diſputat hic Hottomannus. Quicquid eſt pars publici, id ipſum publicū eſt, quia pars ſequitur cōditionē totius. Atqui ripa eſt pars fluminis, quod eſt publicum. Ergo & ipſa publica eſt. Confirmat exemplo littoris, cujus non alia ratione proprietas

nullius ſit, quam quod ipſum mare tale eſt. Deinde, cujus juris eſt alveus fluminis, ejuſdem juris eſt ripa. Atqui alveus eſt publicus etiam proprietate, & utique nullius *arg. §. quod ſi 23 infr. h. t.* Ergo & ripa. Ratio majoris eſt, quod ripa eſt extrema pars alvei. Tertio adducit textum *in lib. 3. de flumin.* Ubi Paulus ait, flumina publica & ripas eorum publicas eſſe. Itaque ipſe cenſet Paulum diſſenſiſſe ab his quos ſecutus eſt Juſtin. qui riparum proprietatem privatorum eſſe dixerunt, quo cenſuit *Gaius in l. riparum . de rer. divis. Item Celſus* quem refert & probat Pompon *in l ergo 30. §. 1 de adq. rer. dom.* itē *Neratius in l. qui autem 15. eod.* ubi ſcribit, cū qui ædificat in ripa ſuum non facere: quoniam ædificium cedit ſolo, quod privatum eſt. Verum tota hæc diſputatio Hottomanni vana & falſa eſt. Nam 1. quod nec ipſe diſſimulat, Ripa poteſt accipi vel ſtrictius & ſubtilius, pro ſola extremitate alvei & terræ, quæ fluvium continet: vel laxius, ut aliquid de terra quæ proxime flumen eſt comprehendat: ut maxime demus illa conſideratione ripæ proprietatem non eſſe privatorum: at utique erit hac conſideratione. Deinde nego in hac tractatione Ripam priori illo modo tantum definiri & conſiderari poſſe. Etenim quod dicitur Ripa, ratione uſus qui publicus eſt, idem dicendum eſt Ripa ratione proprietatis. At ratione uſus non poteſt Ripa intelligi extremitas illa nuda alvei & terræ. Ergo, &c. Aſſumptionem probo, quia extremitatis illius nullus poteſt eſſe uſus ad religandas naves ex arboribus, ad exponenda onera, ad ſiccanda retia, imo ne ad conſiſtēdum quidem & hauriendum aquam: Itaque neceſſario ſequitur recte dici, quod proprietas ripæ ſit privata. Sed eſt & alia hic conſideratio, quæ illam diſputationem Hottomanni confutat. Mare locum ſuum perpetuo tenet nec mutat; Flumina aliquando mutant, veteres alveos relinquunt & ſibi novos faciunt; frequenter ſeſe dilatant & ampliorem locum occupant: non raro etiam ſe contrahunt, & anguſtiori alveo labuntur & decurrunt. Et ita receptiſſimum jus eſſe conſtat, ut aliquādo partē vicinis prædiis detrahant, partem aliquando adjiciant. Hinc ego omnino ſtatuendum exiſtimo, ipſum alveum cenſeri quandam partem vicinorum prædiorū, ſed qui interim publicus dicitur §. *Quod ſi 23. infr. h. t.* quatenus à flumine obtegitur, & uſum adeo ſiniri impedit. Ceteroquin ſi alveus omnimodo & abſolute eſſet publicus, fieri non poſſet, ut deſertus à flumine cederet vicinis prædiis: itemq; fieri non poſſet, ut inſula nata in flumine eſſet eorum qui prope ripam prædia poſſident: de quibus infr. dicemus in §. *inſula 22. & ſeq. h. t.* Iiidem ſi quod Hottoman. vult, ripa proprietate nullius eſſet, fieri non poſſet, ut quod per alluvionem adjicitur, aut quod flumen recedendo ſiccum relinquit, adquireretur vicinis prædiis, de quo in §. *præterea 20. infr. h. t.* Et huc pertinet quod in *l. ergo 30. §. pen. de adq. rer. dom.* flumina dicuntur fungi vice cenſitorum, & ex privato in publicum, & vice verſa, addicere. Et hinc (plura autem infr. jam notatis locis dicentur,) prorſus corruunt argumenta Hottomanni: & quod in *l. 3. de flumin. dicitur*, ripas publicas eſſe, vitioſe accipitur de proprietate: Nec quidquam etiam movet, quod agri quem novum alveum faciendo flumen occupavit, proprietas ſummo jure amittitur, & diſcedente rurſus flumine vicinis acquiritur *d. §. 23 inf. h. t.* hoc etenim ideo fit, quoniam flumen ſere alveum quem occupat quam longiſſimo tempore tenere ſolet, eoq; proprietas quam alius ante in eo adhuc agro habebat, amiſſa cenſetur; & tamen æquitatis ratio facit, ut ſi alveus iterum relinquatur, priſtino domino reſtituatur, de quo in d. §. 20. Igitur ripæ uſu ſunt publicæ, uſu ſcilicet ut diximus limitato pro neceſſitate navigandi & piſcandi: eoque proprietas minime eſt inutilis.

Litorum quoque uſus publicus eſt.] Prædicta oſtendunt, rectiſſime litora & ripas quoad uſum publicum comparari & ratione proprietatis invicem diſtingui: qua de cauſa recte iſtud hic ſubjectum eſt; utcunq; ſupervacuum eſſe Hottomannus ſcribat, quia ſupra de litoribus dictum ſit: ſed & alia ratione rectiſſime hoc dicitur: quoniam ut ſupra oſtendimus, unum idemque diverſo reſpectu commune dicitur & publicum. Et ſupra § 1. agitur de litoribus quæ ſunt communia, ut quis ædificando partem occupare inde mi... ſuum poſſit: hic autem quæ publica, & tantum nudus eorum eſt uſus pro piſcatoribus vel navigantibus, ita ut qui uti litoribus & mari prohibet, teneātur injuriarum *l. 2. §. ſi quis 9. Ne quid in loco publ. l. injuriarum 13 §. ult. de injur.* Itaque ſane indocte & impudenter Hottom. ſummam ait eſſe inſipientiam exiſtimare aliam eſſe quæſtionem de litore, aliam de litoris uſu. Equidem & qui ædificat in littore, eo quodammodo utitur, ſed longe alio effectu, quam qui piſcatur aut navigat in mari: & proinde recte hæc invicem ſeparata fuerunt.

* * *

Textus.

TEXTUS.

3. Univerſitatis ſunt, non ſingulorum, quæ in civitatibus ſunt, theatra, ſtadia & his ſimilia, & ſi qua alia ſunt communia civitatum.

COMMENTARIUS.

OMnes res vel ſunt in patrimonio, vel extra patrimonium: & hæ rurſus extra patrimonium noſtrum eſſentia ſua exſiſtentes, vel aliquem ſui uſum nobis præſtant, veluti quæ dicuntur, communes, publicæ & univerſitatis: vel nullum revera præſtant & hę vel natura ſua ſemper tales ſunt & manent (regulariter videl. caſus enim ſingulares excipio, de quibus in ſeqq.) cujuſmodi ſunt res divini juris: vel ut in noſtrum patrimonium redigantur, aptæ natæ ſunt, veluti feræ beſtiæ & alia multa de quibus inf. 2. Ita nimirum hoc loco res univerſitatis diſtinguuntur à publicis, quod illæ ſunt communes plurib. qui ſunt in uno corpore vel collegio: verbum enim univerſitatis latius patet quam civitatis: & exempli loco iſtud de civitatibus hic proponitur: Et ait Juſt. eſſe iſta *communis* civitatū, verbo ſc. latius ſumpto, ut ante monuimus: nam & itidem res univerſitatū dicuntur publicæ in *l. inter 17. de verb. ſign.* ſicut & in *l. 1. in f. de util. ſtip. §. ult. inf. de empt. & vend.* forum, baſilica, & alia uſibus civium deſtinata, publica appellantur, cum tamen in *l. 15. & 16 eod. tit.* bona tantum pop. Romani publica eſſe dicantur. Sed utraque acceptio ab hac tractatione alia eſt: & Prorſus pro ſubjecta materia verba aliter atque aliter accipiuntur. Nam & Res univerſitatis longe aliter quam hic & latiſſime accipiuntur in *l. 1. in f. pr. de rer. divi.* pro omnib. his quæ non ſunt privatæ, adeoq; ſub iis & communia & publica continebuntur: niſi quis dixerit ICti mentem ibi non fuiſſe, ut de omnibus omnino rebus communibus quoq; & publicis tractaret. Ait hic Iuſt. theatra, ſtadia *& his ſimilia, & ſi qua alia &c.* ut colligere liceat eum duo genera facere rerum univerſitatis: alia quib. ſinguli cives utantur: alia quibus non utuntur ſinguli cives, ſed quæ in uſus neceſſarios & in fiſcum reip. colliguntur: veluti reditus publici. Et illa rurſus poſſunt diſtingui, quod quædam reſpiciunt voluptatem ut theatra, alia utilitatem, & rurſus vel vitam corporis, ut balnea, vel commodum pecuniarium, veluti paſcua publica, in quæ ſingulis civibus pecudes immittere fas eſt. Et in illis rebus quarum uſus ſingulorum civium eſt, ſinguli id juris habent, quod in publicis univerſi homines, ideoque & hic contra prohibentes uti eſt actio injuriarum *l. 13. in f. de injur.* Et ſuo ſenſu etiam reſpective poſſent quædam ex his dici communes; v. c. theatra, in quibus quem quiſque locum occupavit, quaſi ſuum dum occupat, facit, ut *Cicer. ait 3. de finibus.*

TEXTUS.

4. Nullius autem ſunt, Res ſacrę, & Religioſæ & ſanctæ: quod enim divini juris eſt, id nullius in bonis eſt.

COMMENTARIUS.

VErbum *Nullius* in hoc tractatu ambigue uſurpatur. In *§. feræ 12. h. t.* quod nullius eſt, occupanti cōcedi dicitur: Alio ſenſu hic res divini juris, nullius in bonis eſſe dicuntur. Accurſius ait, illas res, feras ſcil. beſtias & res pro derelicto habitas, & alias id genus, non eſt omnimodo nullius, ſed aptitudine eſſe in bonis. Quod non male dicitur comparative: nam res divini juris talem aptitudinem non habent: imo vix omnino habent: ſpecialiter enim conſtitutum eſt, ut pro redimendis captivis alienare eas liceat: Caſus autem ille abominandus eſt, ſi in hoſtium deveniat poteſtatem. Latius utitur hoc verbo ICtus in *l. 1. de rer. divi* dum ait, res hereditarias in nullius eſſe bonis, quæ tamen minime cedunt occupanti, & imo interim finguntur eſſe in dominio, dum hereditas repræſentat vicem defuncti ſeu heredes, de quo infra, ſed & ibid. Caius publica nullius in bonis eſſe dicit, quæ tamen hic opponuntur rebus quæ ſunt nullius: eadem ambiguitate vocis: nam hic nullius eſſe dicuntur, quarum nec uſus ad aliquem privatum pertinet. Plane apparet ex *fin. pr. h. t.* & ex membris diviſionis ſecundæ, Juſt. ſub poſtremo membro, & *ſub reb. ſingulorum* etiam intelligere res quæ in *d. 12. h. t.* appellantur nullius, & proinde in *f. d. pr.* intelligi res ſingulorum & actu & potentia.

TEXTUS.

5. Sacræ res ſunt, quæ rite per Pontifices Deo conſecratæ ſunt: veluti ædes ſacræ & donaria, quæ rite ad miniſteriū Dei dedicata ſunt: quæ etiam per noſtram conſtitutionem alienari & obligari prohibuimus, excepta cauſa redemptionis captivorum.

quod Liv. ſcribit in extremo lib. 9. antiquitus conſulum & Impp. (id eſt belli ducum) fuiſſe, templa dedicare: cujus etiam rei exempla paſſim exſtant, & ap. d *Liv. 2. de Horatio Pulvillo*, & de Catone *apud Victor. in deſcriptione regionum urb. Romæ in VIII. regione*. An fuit ε poſt id jus ſibi proprium fecerunt Pontifices: an potius Conſul aut Imp. rem totam ſua autoritate ſolus non peragebat, ſed autoritate potius Pontificis, quem ſolemnia verba præiviſſe citato loco refert Livius. Hinc conſequitur, quod eſt in *verſ. ſi quis h.* §. autoritate privata ſacrum fieri & conſtitui non poſſe. Neque obſtat, quod apud veteres Rom. Privata familiarum ſacra fuiſſe conſtat, quorum & mentio in *l. ſacrileg. 9. §. 1. ad l. Iul. pecul.* nam & ipſa publica autoritate haud dubie conſtituta fuerunt. Et tamen his ſacris peragendis nec templa a t aras proprias deſtinatas fuiſſe verum eſt. Adſcribam hic locum ex *Feſto in verbo ſacer.* Gallus Ælius ait ſacrum eſſe quocunque modo atque inſtituto civitatis conſecratum ſit, ſive ædes, ſive ara, ſive ſignum, ſive locus, ſive pecunia, ſive quid aliud, quod Diis dedicatum atque conſecratum ſit. Quod autem privati ſuæ religionis cauſa aliquid earum rerum Deo dedicent, id Pontifices Romanos non exiſtimare ſacrum. At ſi qua ſacra privata ſuſcepta ſunt, quæ ex inſtituto Pontificum ſtatu die aut certo loco facienda ſint, ea ſacra appellari. Qui locus oſtendit, etiam ſacra illa privata familiarum autoritate publica valuiſſe: Apparet & hoc, potuiſſe quem ſibi privatim citra quoque Pontificum autoritatem aliquid ſacrum conſtituere, quod ipſe pro ſacro haberet: ſed iſtud pro ſacro publice non haberi, & conſequenter ſucceſſores non adſtringi, ut id pro ſacro habeant. Oſtendit id quoque, quod Cicero cum filiam mortuam conſecrare vellet, ipſiq; erigere fanum, metuere ſe dicit mutationes dominorum, (à quibus ſcilicet id rurſus deſtrueretur.) cũ publica & Pontificum autoritate conſecratio facta non eſſet; apparet *lib. 12. Epiſt. ad Attic. epiſtol. 19. 34 & 35.* oſtendit idem ille locus Feſti, non tantum res immobiles, ſed etiam mobiles conſecrari & ſacras fieri poſſe; eoque pertinet, quod hoc §. dicitur de † donariis dedicatis ad miniſterium divinum. Licet enim alias donarium ſignificet locum, in quo dona reponuntur, quæ efferuntur in templis, ut eſt apud *Cornelium Frontonem Grammat. & Iſidorũ l. 15. c. 5 & Servium ad lib 3. Georg.* illo verſu, qui eſt 4. ante fin. Impatib. ductos alta ad donaria currus. quomodo & uſurpat *Gell. 2. noct.* 19. tamen exiſtimo, hic verbo iſto potius res mobiles ſignificari Deo conſecratas; idque arguit, tum quod ait, dedicatas ad miniſterium Dei, qualia ſunt, veſtes ſacræ, & alia quibus miniſterium divinum peragitur; tum quod conſtitutio Juſtiniani, qua ait ſe prohibuiſſe harum rerum alienationem & obligationem, ad res mobiles pertinet, & ipſa conſtitutio quæ eſt in *l. Sancimus 1a. 21 al. 17.* diſertiſſime explicat hanc Legem, & oſtendit, donaria hic eſſe res mobiles. Ait enim non licere arcana vaſa, veſtes, cæteraque donaria, &c. ut non poſſim non mirari Contium; qui in no is ad hunc tit. irridet quaſi eos, qui per donaria hic intelligunt, ipſas res mobiles donatas ad Dei miniſterium & divinum cultum, & opinionis errore cenſet hic ſignificari loca, in quo dona oblata reponuntur; id quod *d. l. Sancimus* ad quam hic ſe refert Juſtin. ab ejus ſententia plane alienum eſſe oſtendit, & ut ipſæ ædes ſacræ pro redemtione captivorum diſtrahantur, numquam in mentem Juſtiniano venit: & recte Theophil. hic interpretatus eſt *δῶρα*. Et memini me legiſſe apud Macrob. *ornamenta ſunt clypei, coronæ & huiuſmodi donaria.* Colligere etiã exinde liceat, per Pontifices hic intelligi Epiſcopos, quorum eſt conſecrare, ſiquidem in *l. ſancimus* agitur de reb. Chriſtianæ religioni ſacratis. Et eſt de ea re *N. 67. & n. 131 cap. 7.*

Locus autem] Vel præcipua domus pars eſt fundamentum & ſolum; eoque ſi tota ædes ſacra eſt, iſtud quoque ſacrum erit, & conſequenter manebit, licet tectum, aut etiam parietes ſint deſtructi *h. § & l. in tantũ 6. §. ſacra 3. de rer. diviſ. ad e 73. de contr empt.* niſi profanandi animo locus deſtructus ſit: velut ſacra Iſidis deſtructa fuiſſe ſub Tiberio refert Joſephus. Plane occupatione hoſtium locum fieri profanum ſcribit ICtus in *l. cum loca 36. de religioſ.* quia res quaſi in ſervitutem deduci videntur: itaque & poſtliminio reſtitui dicuntur *dict. leg 36.*

TEXTUS.

6. Religioſum locum unuſquiſque ſua voluntate facit, dum mortuum infert in locũ ſuum. In cõmunem autem locum purum invito ſocio inferre non licet. In commune vero ſepulchrum etiam invitis ceteris licet inferre. Item ſi alienus uſusfructus eſt proprietarium placet niſi conſentiente fructuario locum religioſum non facere.

cere. In alienum locum conſentiente domino licet inferre: & licet poſtea non habuerit ratum, quam illatus eſt mortuus, tamen locus religioſus fit:

Commentarius.

Diximus *ad §. præcedent.* ſignificationem iſtam religioſi plane ſpecialem eſſe. & illud verbum longe patere latius, quod vel notatio nominis oſtendit: quæ offertur triplex. Una & Servii Sulpitii apud *Macrob. 3. Saturn. 3.* religionem eſſe dictam quaſi à relinquendo, ut paulo ante retulimus. Altera eſt, *Ciceronis 2. de nat. Deor.* à relegendo. Tertia *Lactantii 4. Inſtitut.* 28 à religando. Stricta tamen hæc ſignificatio habet autorem *Pompeium Feſtum in Schedis.* Inter ſacrum ſanctum & religioſum differentias belliſſime refert. Sacrum ædificium conſecratum Deo. Sanctum murum, qui ſit circa oppidum, religioſum ſepulchrum ubi mortuus ſepultus, aut humatus ſit ſatis conſtare ait. Hæc apud Feſtum. Ait Juſtinian.

Religioſum locum ſua voluntate facit.] Quibus verbis religioſum opponit ſacro, quod fit authoritate publica per conſecrationem. Religioſum quid fit cujuſcunque privati facto, illatione corporis humani; hodie etiam cæmeteria per ſacerdotes conſecrati conſtat v. c. *in eccleſ. 13. quæſt. 2. Cod. hac de relig. domib.* quamvis *Iohan. Fab. hic.* putet, etiam hodie per illationem privati in fundum, locum hactenus fieri religioſum, ut vendi, aut obligari non poſſit. Puto & olim apud Ethnicos Rom. qui fere comburebant corpora illatione reliquiarum, locum factũ religioſum. Igitur per Illationem fit locus religioſus *h §. & l. 6 §. religioſum 4. de rerum diviſ. l. 2. § Sepulcrum. 5. de religioſ.* & quidem tantum, qua quod illatum eſt, occupat locum *dict §. 5.* Amplius oportet illatum eſſe ut ibi maneat *l. ſi quis 40. de relig.* & porro manere oportet; tranſlatis enim reliquiis locus deſinit eſſe religioſus, *l. cum 44. §. 1. d. t.* non tamen temere licere transferre, ſed impetrandum id eſſe docet, *dict. §. 1. conſ. l. Diu 39. eodem.* Quod illatum mortuum eſſe requiritur, indicio eſt, cenotaphium, in quod nihil illatum eſt; religioſum non eſſe; quod controverſum fuiſſe, & Divos fratres ita, ut dixi, reſcripſiſſe, eſt *in l 6. ultim. aum l. ſeq de rer. diu l. vel quid 6. §. ult. de religioſ.* quamvis in contrarium vocaverit autoritas Virgilii, quam citat *ICtus & in dict. leg 6. §. ultim. de rer. div.* ſed nullo notato loco. quem defectum ſupplet Gothofr. adductis verſib. ex lib. 3. Æn. ubi de Andromache,

——— Maneſque ciebat
Hectoreum ad tumulum, viridi quem ceſpite inanem,
Et geminas, cauſam lacrymis ſacraverat aras.

Poteſt etiam intelligi locus & libro 6. ubi Æneas ad Deiphobum.

Tunc egomet tumulum Rhœteo in littore inanem
Conſtitui, &c. & eodem lib. 6.

Sibylla ad Palinurum.

Et ſtatuent tumulum, & tumulo ſolennia mittent.

Fuiſſe enim tumulum inanem, inde apparet, quod paulo ante Palinurus de ſeipſo.

Nunc me fluctus habent. verſantq; in littore venti.

Infert in locum ſuum.] Locus eſt, aut in ſolidum meus, aut pro parte, qui dicitur communis: rurſum, aut eſt meus plena proprietate, aut nuda. Locus in ſolidum meus & plena proprietate, poteſt ex arbitrio meo fieri religioſus. Non poteſt, qui tantum meus eſt pro parte, aut in quo alius habet uſumfructum. Itaque illic ſocii, hic fructuarii conſenſu opus eſt, nam cum per ſepulturam locus eximatur commercio, non poteſt hoc invito eo qui jus in re habet, fieri, poterit tamen invito quoque fructuario ſepeliri ipſe teſtator qui legavit uſumfructum *l. 2. § ſi uſum 7. de religioſ.* Et multo minus poterit fructuarii fundus, aut ejus pars invito proprietario fieri religioſa, qui caſus tamquam minime dubius hic omiſſus eſt, ſed expoſitus *in l. 2. §. 1. & 7. d. t.* Iſtud de fundo communi probatur inſuper in *l. ſi quis 6 § ſi quis 6. comm. divid. l. 2 in f. pr. de religioſ.* plane unum ex ſociis ibi inferri poſſe, ſi non ſit alius ubi commode ſepeliatur, docet *l. ſi plures 41. de religioſ.* qui omnino de loco puro eſt accipiendus; Ceteroquin nulla ratio eſſet dubitandi, quin in commune ſepulcrum unus ſociorum inferri poſſit, etiam invito altero, qui a huic ipſi rei locus eſt deſtinatus, *h. §. & l. 6. in f. de rer div. d l 6 §. 6. comm. divid.* Licet, ait Juſtinian. etiam ceteris invitis, inferre in commune ſepulcrum: & nimirum ſocios, vel qui ſunt ex eorum familia; ſtã ut quivis extraneus ſocio invito poſſit inferri, ratio non patitur. Adeoque inter locum communem purum; & commune ſepulcrum tantum hæc erit differentia, quod in locum purum dominus unus tum demum etiam invito altero poterit inferri, ſi nullus alius ſit commodus locus ſepulturæ: Sed quid ſi contra hoc ſit facta illatio; an eximendæ ſiunt reliquiæ: an non obſtante

ſtante eo quod ibi mortuus eſt humatus, locus manebit profanus; an religioſus erit, ſed ei cujus intereſt contra inferentem ad æſtimationem & iure eſſe actio dabitur? Non fieri locum religioſum reſponſum eſt, *in l. 6. §. 6. comm. div.* nimirum per ipſam illationem; quoniam v. c. dominus poteſt agere ut corpus illatum tollatur (nã autoritate ſua corpus, aut oſſa ejicere, domino permiſſum non eſt *l. oſſa 8. in p. de religioſ.*) *l. 7. in pr. de relig.* Sed non præciſe, verum ut electio competat ei, qui intulit, an precium præſtare malit *d. l. 7.* quo facto ſane locus incipiet eſſe religioſus. Riſi, ut hoc obiter addam, Criticum quendam, qui ad illuſtrandum locum in Prologo in Caſinam Plauti, *abierunt in communem locum.* id eſt, mortui ſunt; adducit hunc textum Juſtin. de communi loco; in quo tamen apertiſſimum eſt, locum communem opponi ei qui unius ſocii eſt proprius.

Licet poſtea ratum habuerit.] Vulgo legitur *ratum non habuerit*: commodo ſenſu, quod ſufficiat, ſemel dominum conſenſiſſe, nec mutata poſt ſententia faciat locum definere eſſe religioſum. Sed lectio adfirmativa rectior eſt, quæ eadem eſt Florentina *l. 6. §. pen. de rer. div.* quoniam hæc eſt natura ratihabitionis, ut ſequatur & mandato comparetur. Et igitur licet inconſulto domino illatus ſit mortuus, ſi tamen poſtea dominus aſſenſerit; locus eſt religioſus.

TEXTUS.

7 Sanctæ quoque res, veluti muri & portæ civitatis, quodammodo divini juris, & ideo nullius in bonis ſũt. Ideo autem muros ſanctos dicimus, quia pœna capitis conſtituta eſt in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes, quibus pœnas conſtituimus adverſus eos, qui contra leges fecerint, ſanctiones vocamus.

COMMENTARIUS.

1 *Sancta unde dicta.*
2 *Sancta quæ.*
3 *Porta an ſancta.*

DE verbo *Sancti*, & quod latius pateat q̃ hoc loco accipitur, ſupra diximus. Notationes ejus
1 tres † invenio. Una eſt Marciani in *l. ſanctũ 8. de rer. di.* à ſagminibus. Sed imo Feſtus in *ſagmina*, ſcribit, ſagmina ideo dicta, quia Legati verbenas ex loco ſancto ſumebant. Altera quæ hoc loco innuitur, & magis perſpicue traditur in *leg. ſacra 9. §. proprie 3. eod. tit.* Tertia eſt Iſidori (qui tamen & jam traditam habet) *libr. 15. capit. 4.* Sanctum inquit, eſt a ſanguine hoſtiæ nuncupatum; nihil enim ſanctum apud veteres dicebatur, niſi quod hoſtiæ ſanguine eſſet conſecratum & conſperſum, ſed poſterior hæc plane aliena à noſtra acceptione ſancti. Latius hæc vox patet: omne ſacrum, † ſanctum quoque eſt, 2
ſed alia multa ſancta dicuntur, & videlicet perſonæ, quibus reverentia debetur, aut quæ alias a probitate & innocentia venerabiles ſunt. *Apud Virgil. 11. Æneid.*

——*Tuq; ô ſanctiſſima conjunx,*

& lib. 6.

——*Tuq; ô ſanctiſſima vates.*

Plinius libr. 3. Epiſtol. 3. Patrem tuum, graviſſimum & ſanctiſſimum virum, & *libr. 2. Epiſt. 9.* pater ejus Erucius, vir ſanctus. In *l. 9. de obſeq.* liberto & filio ſemper perſona patroni & patris ſancta eſſe debet. Inde & alio translatum, & amor, amicitia, fides, conſilium ſancta ſæpe appellata. Hic inſuper hoc accedit, quod res ſpecialiter à Lege & jure ab omnium injuriis vindicata & defenſa eſt. Hinc Legati jure gentium ſancti dicuntur, quoniam legibus gentium habentur inviolabiles, *l. ultim. de legationibus.* Hinc illud *Livii poſt princ. libr. 2.* de legatis dubitatum, & quamvis viſi ſunt commiſiſſe, ut hoſtium loco eſſent, jus tamen gentium valuit; & *lib. 39.* inter querelas de Philippo; jam neq; à legatis quidem, qui jure gentium ſancti ſunt, violandis abſtinere. Reges quoque ſanctos eſſe jure gentium, Cic. ſcribit pro Deiotaro. Speciali lege & civili jure tribuni plebis & ædiles ſacroſancti habiti. *Livius l. 2.* conceſſum ut plebi ſui magiſtratus eſſent ſacroſancti: de utriſque teſtatur Feſtus in verbo *ſacroſanctum*, qua de cauſa ut ſupra retulimus, Impp. Rõ. etiam tribunitiam poteſtatem aſſumebant, ut inviolabiles eſſent. Hæc ratio ut docet Juſtin. hoc loco, fecit, ut muri quoque haberentur ſacroſancti, quia pœna capitalis in eos conſtituta ſit, qui in muros delinquunt, id eſt, quia ſpeciali hujuſmodi ſanctione ab injuriis hominum ſunt defenſi. Hinc enim in *l. ſanctum 8. de rer. diviſ.* definitur ſanctum, quod ab injuria hominum defenſum & munitum eſt; in *l. 9. §. 3. eod.* quæ ſanctione quadam firmata ſunt, ex quo ibidem & Leges ſanctas eſſe ICtus ait, ſed an quidquid ſanctum eſt, ejus læſio vendicatur pœna capitis? & vice verſa, an cujus

Dd læſio

læſio ita vindicatur, id omne ſanctum eſt? Poſterius hoc forte an inepte affirmari poſſit quoniam oportet iſtud venerandum eſſe, propter quod offenſum, homo occiditur. (Quo minus prius affirmetur, exemplum Legũ obſtare videtur, in multas enim peccatur quod non protinus capiti vendicetur. Et forte LL. non vere & proprie ſunt ſanctæ; aut ille forte revera contra LL. propriiſſime facit, non qui facit quod aliqua L. prohibitum eſt, ſed qui hoc agit, ut omnino omnes LL. convellat, & ne in civitate vigeant, efficiat.

Muri & portæ.]De muris jam diximus, & eos ſan-
3 ctos haberi † non dubitatur, *l. 2. Ne quid in loc. ſacr.* etiam municipiorum *l. 8. §. 2 de rer. diviſ.* Sed de portis de quibus idem hic & *in d. l. 2.* adfirmatur, dubium facit Plutarch. in Romulo, ubi de more & ritu condendæ urbis tractans, & quod aratro circumducto murum ſignabant: (unde illud *Virgilius lib. 8.*

Interea Æneas urbẽ deſignat aratro) ſcribit. Ubi portam deſignare viſum eſt, vomere exempto atque aratro ſublato ſpatium relinquunt: unde totum habent murum, præter portas, ſanctum. Nam eas ſi ducerent ſanctas (interpres non recte vertit ſacras,) religioſum eſſet, neceſſaria & impura in urbem recipere & exportare. Et idem tractat in *quæſt. 27. Rom.* cur Romani omnem murum habeant ſanctum, portas non item. Et ibidem hanc reddit itidem rationem, quod per eas tum alia, tum cadavera etiam efferũtur. An dicemus erraſſe, vel Plutarchum, vel ICtum in *d. l. 2. Ne quid in loco ſac.* & cum eo Juſtinianum? An poſt receptum, ut portæ quoque ſanctæ haberentur; an hactenus portæ pro ſanctis quatenus in eas, & maxime clauſas aliquid moliri nefas eſt.

Quodammodo divini juris.] Recte ait *quodammodo.* Neque enim, ut res ſacræ Deo dicatæ, & religioſæ Diis ſacræ, ita quoque muri Deo conſecrati dici poſſunt: An forte ideo dicuntur divini juris, quia urbes ſingulæ ſpeciales Deos tutelares habebant, & conſequenter & muri, in quib. præcipua cuſtodia urbis? an quia certa ſolemnia ſacra adhiberi in muris deſignandis ſolita? quorum meminit *Plutarch. d. loco in Romulo. & Varro 4. de Lingua Latina.* Oppida, inquit, condebant, Hetruſco ritu, junctis bobus, tauro & vacca interiore aratro circumagebant ſulcum. Hoc faciebant religionis causa die auſpicato, ut muro & foſſa eſſent munita.

Pœna capitis.] Diſputant Interpp. an hæc pœna obtineat etiam in muris municipiorum. Et humanius videtur negari; & arbitraria pœna ſtatui: neque enim neceſſum eſt, ut quidquid ſanctum eſt, ejus violatio protinus capite vindicetur, & poſſunt forte ſtatui ſanctitatis gradus.

Qui aliquid deliquerint.] Plut. *d. quæſt. 27.* refert, perhiberi Remum occiſum, quod ſanctum locum tranſilire aggreſſus fuerit, & eũ tranſcendendo profanum reddiderit; ſicut & in *l. ult. h. t.* Remum occiſum, quod muros tranſcendere voluerit. Ubi inepte eſt Acc. dum diſputat, an ſola voluntas puniatur? neque n. hæc ſententia eſt ICti, quod tantum voluerit, ſed, quod ut recte Hotom. hic, tranſcendere in animum adduxerit; & iſtum ſcilic. animum factis ipſis & conatu proximo declaraverit. Nimirum ille prætextus fuit Romuli, ut *Cic. ait 3 offic.* Sed cauſa vera fuit imperandi libido, ut æmulum amoveret. Veriſſime Cyprianus. Romulum, & Remum unum non cepit imperium, quos unum uteri ceperat hoſpitium.

Ideo & Legum.] Videtur inepta hæc illatio. Murorum & aliorum Sanctorum violatio capite ſancita eſt; ergo pars Legis qua pœna irrogatur, ſanctio dicitur; cum præſertim non omnibus Legibus pœna capitis irrogetur. Puto hoc ita explicandum. Sanctum eſt, quod ab injuriis hominum munitum eſt *l. 8. in pr. de rer. diviſ.* Et hoc ſenſu LL. dicuntur ſanctæ *l. 9 §. 3. eod.* quia itidem ſpeciatim ſunt munitæ, & aliquando ſubjecta nominatim pœna, ut qui contra Legem fecerit, puniatur. Et inde tractum per metaphoram videtur, ut ea pars, quæ muniret legem & eam inviolabilem faceret, diceretur ſanctio ab effectu, quia per eam fit, ut Legi ſua autoritas & ſanctitas conſtet. Leges ſcilicet, ſæpe multa capita continebant; & in earum fine ſpeciali capite de violatoribus legis, & eorum pœnis conſtitui ſolebat, fac. *l. ſanctio 41. de pœnis.* Denique addo à *Caio. Juniore 2. Inſt 1.* theatra quoque & circum, & fora inter res ſanctas referri; haud ſcio, quo autore.

TEXTUS.

8. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciſcimur jure naturali, quod ut diximus, appellatur jus gentium: quarundam vero jure civili. Commodius eſt itaque à vetuſtiore jure incipere: palam eſt autem, vetuſtius eſſe jus naturale, quod cum ipſo genere humano rerum natura

tura

cura prodidit. Civilia autem jura tūc cepe- runt eſſe, cum & civitates condi, & magiſtratus creari, & LL. ſcribi ceperunt.

Commentarius.

SEquitur poſtrema ſpecies ſive ultimum membrum diviſionis ſecundæ *in pr.* propoſitæ

Quarundam rerum.] Apparet ex hac diſtinctione, res ſingulorum dici, quæ cui jure naturali vel civili ſunt adquiſitæ

Jure naturali.] Quod mox explicat de jure gentiū, ne quis putaret de illo jure agi quod lib. 1. tit. 2. in pr. naturale vocavit.

Quod cum genere humano.] Idem *in l. 1. de adq. rer. dom* quod non accipiendum eſt de jure ſecundario, ex quo bella & ſervitutes; ſed primævo, juxta dicta *ſup. tit. 2. lib. preced.* Et utique præcipui ſub hoc tit. adquirendi modi, ſunt antiquiſſimi. Forte ita hoc accipiendum eſt ἐν πλάτει, & appoſitive ad jus civile; aut ratione cauſæ iſtius juris, quæ eſt ratio, hominum menti divino infuſa.

Magiſtratus creari] Inde non debet concludi magiſtratus eſſe juris civilis non gentium: aut dicam falſum eſſe quod ait Juſtin. Verum ſane eſt cum ipſos initio generis humani non protinus cepiſſe civitates.

Leges ſcribi.] An ſcriptura ſit de eſſentia Legis, diximus *ad 9. conſtat. ſup. de jur. nat.*

TEXTUS.

9\. Feræ igitur beſtiæ, & volucres & piſces & omnia animalia, q̄ mari, cœlo & terra naſcuntur, ſimul atque ab alio capta fuerint, jure gentium ſtatim illius eſſe incipiunt. Quod enim ante nullius eſt, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec intereſt, feras beſtias & volucres, in ſuo fundo quis capiat an in alieno, plane qui alienū fundum ingreditur, venandi aut aucupandi gratia poteſt à domino ſi is prævideſit, prohiberi ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eo uſque tuum eſſe intelligitur, donec cuſtodia tua coerceatur. Cum vero tuam evaſerit cuſtodiam, & in libertatem naturalem ſe receperit, tuum eſſe deſinit, & rurſus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum veloculos tuos effugerit, vel ita ſit in conſpectu tuo, ut difficilis ſit ejus perſecutio. Illud quæſitum eſt, an ſi fera beſtia ita vulnerata ſit, ut capi poſſit, ſtatim tua eſſe intelligatur. Et quibuſdam placuit, ſtatim eſſe tuam, & eo uſque tuam videri, donec eam perſequaris. Alii vero putaverunt, non aliter tuam eſſe, quam ſi eam ceperis, ſed poſteriorem ſententiam nos confirmamus, quod multa accidere ſoleant, ut eam non capias.

Commentarius.

1 *Ius adquirendi feras.*

2\. *De fera capta contra prohibitionem domini fundi.*

PRincipalis ex jure gentium modus adquirendi eſt, occupatio, quæ latiſſime patet, ut poſt dicemus. In hoc textu agitur de ea ſpecie occupationis quæ dicitur venatio, cujus objectum ſunt beſtiæ, quæ ſunt nullius; & pro triplici diverſitate objecti illius. diſtinguitur in aucupium, piſcationem, & venationem in ſpecie dictam: et nonquin latius accepto verbo, & piſcatio & aucupium venationis ſunt ſpecies. Occupando igitur feras † beſtias noſtras facimus. Quæ propoſitio ampliatur. 1 Etiam ſi jam ante ab alio ſemel fuerint occupatæ, & rurſus in naturalem libertatem ſe receperint. hoc text. *verſ quidquid.* hæc enim eſt natura iſtorum animalium, ut captæ non exuant feritatem, ſed tales maneant, eoque non diutius ſint occupantis, quam dum ſunt occupatæ, & adhuc eius cuſtodia coercentur. 2. Ampliatur, ut fera fiat occupantis, etiamſi capta ſit in fundo alieno h. text. *verſ. nec intereſt:* nec enim propterea ſuot ejus, eſt fundus vel ſylva. Sed quid ſi capta ſit, cum † dominus prohibuiſſet ingredi in fundum ſuum? Hoc enim ita poteſt, ut & actionem injuriarum habeat, ſi alter contra ipſius prohibitionem fuerit ingreſſus, *l injuriarum 13. §. ult. de injur. l. divus 16 de ſeru ruſt præd* Et hoc ipſum, quod ingreſſus hoc modo coercetur, indicio eſt, captam feram fieri occupantis, quæ ſententia duplici ſuper ratione fulcitur: tum quod occupatio eſt modus adquirendi, nec prohibitio domini ne ingrediatur, & quæ ab ipſo occupationis actu omnium remota eſt, facere poteſt, ut ea ne ſit modus occupandi, tum quia prohibitio illa non po- 2

teſt eſſe modus adquirendi, adeo cum fera capta non poſſit fieri domini prohibentis, neceſſe eſt, ut ſit capientis. Neque obſtat l. *in laqueum* 55. *de adq. rer. dom.* neque enim hæc illius loci principalis quæſtio eſt, cujus fiat aper captus, ſed qua actione teneatur, qui aprum laqueo exemit. Et hæc quoque eſt communis interpretum ſententia hoc loco; nec placet limitatio Angeli, ut non faciat ſuum, ſi fructus fundi conſiſtant in venatione. Quod ſi enim vere hi eſſent fructus fundi, nullo modo ingreſſus, licet domino non prohibente, poſſet feram captam facere ſuam. Quid autem ſi quis jam ingreſſus ſit fundum, poterit à domino juberi, ut egrediatur? Mihi quidquid gl. & Angel. ſentiat, videtur eadem ratio, ut dominus hoc poſſit. & pariter habet actionem injuriarum, ſi contra interdictum porro in fundo moretur. Tertiam addo ampliationem extra textum, ut fera ſit capientis, etiamſi capta ſit in fundo vel ſilva aliena circumſepta: eadem hic enim ratio eſt, quam dedimus ſup. de piſcibus, qui ſunt in fluminibus vel lacubus privatis; quoniam licet ex ſilva evadere beſtiæ non poſſint, ſunt tamen adhuc in libertate naturali, nec poſſidentur ab eo, cujus eſt ſilva, ut docet *lib.3.§.Item feras 14. de adq poſſ.* Propoſitio habet: quod occupando feras beſtias noſtras efficiamus. Occupatio eſt ipſius corporis apprehenſio, ex quo eſt ere ſponſum eſt & probatum Juſtiniano contra Trebatium, beſtiam vulneratam needum eſſe aut cenſeri occupatam, eoque non eſſe vulnerantis, *hoc textu in fine. adde l.1 §.1.l.3, & l.5 §.1. de adq. rer. dom.* Notat tamen *Accurſ. in d. l. 5. §.1.* de conſuetudine Trebatii ſententiam obſervari.

Quæ mari, cœlo, terra.] Ita & ſup. *de jur. nat. in pr.* verbo, *cœlo* uſus eſt, poſt *IC. in l.1.§.1. eod.*

Quod nullius eſt.] De ambiguitate hujus verbi *nullius*, in hac materia dixi *ad §. nullius ſup. h.t.*

Feras beſtias & volucres.] Feræ beſtiæ in pr. ſignificant in ſpecie, feras quadrupedes quæ vagantur in terra & Hot. notat hic omiſſos eſſe piſces, quod in alieno piſcari non liceat. Id falſum eſſe patet ex iis, quę diximus paulo ante & *ſup h.t. ad §. flumina.* Neque neceſſum fuit, omnes ſpecies repetere.

Venandi aut occupandi.] In ſpecie utitur verbo *venandi*. nam generalius loquendo, & aucupari & piſcari, eſt venari.

Ita ſit in conſpectu tuo.] Veluti ſi lepus captus elapſus è manibus petat rurſum ſilvas; utcunque enim adhuc ſit in conſpectu, tamen fiet rurſus alterius capientis.

Quibuſdam placuit ſtatim eſſe tuam] Itaque hi ſolam vulnerationem habuerunt pro occupatione, ita ut vulnerans perſequatur: quorum ſententia forte non improbabilis ſit ſi ponamus ita vulneratam eſſe, ut evadere non poſſit; quomodo eos ſenſiſſe, argumento eſt, quod Juſtin. ita format quæſtionem, ſi vulnerata ſit ita, *ut capi poſſit*, ſed nihilominus tamen non poteſt dici occupatio; & iſta certitudo non eſt abſoluta; quoniam ut in fi. §. dicitur, poteſt fieri, ut quis eam non capiat. Et igitur licet non difficilis futura ſit perſecutio beſtiæ vulnerata tamen non eſt vulnerantis. Cui minime obſtat quod eſt *in § fera in fi. & in §. ſeq. in fi.* quia ibi agitur de feris quæ ſemel per occupationem meæ factæ ſunt, & quarum dum non difficilis eſt perſecutio, videor retinere poſſeſſionem. Theoph. notat fieri poſſe, ut impediar ab occurrente beſtia, vel ut alia beſtia vulneratam feram rapiat, vel ut incidam in loco confragoſa, quæ faciant, ne commode feram perſequi poſſim & capere.

TEXTUS.

10. Apum quoque fera natura eſt: itaque apes quæ in arbore tua conſederint, antequam à te alueo includantur, non magis tuæ intelliguntur eſſe, quam volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint: ideoque ſi alius eas incluſerit, is earum dominus erit. Favos quoque ſi quos effecerint eximere quilibet poteſt. Plane integra re, ſi prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alueo tuo evolauerit, eo uſque intelligitur eſſe tuum, donec in conſpectu tuo eſt, nec difficilis perſecutio ejus eſt: alioquin occupantis fit.

COMMENTARIUS.

PErſeqritur eandem tractationem. Apes ſpecies ſunt avium. Et erat tamen hic paulo major ratio dubitandi, non iam in iis, quæ de novo in fundum meum advolaverunt, & in arbore aliqua hæſerunt, quam in iis quæ ex alveo meo evolaverunt, & jam meæ effectæ videbantur. Sed ex hypotheſi, quod ſunt feræ beſtiæ, hoc conſequitur;

Dictum

Dictam enim jam eſt, feras tamdiu eſſe meas, quamdiu cuſtodia mea continentur. Sed & illud præſuppanendum eſt, quod v.c. ex cerva capta natum eſt, illud ejuſdem conditionis eſſe, cujus eſt mater, & nimirum feram beſtiam; itaque & ipſum in libertatem naturalem ſe recipere poſſe, & ſi evaſerit cuſtodiam meam, rurſus eſſe occupantis. Hinc enim fit, ut ſiquidem apum revera natura eſt fera, & examen vetus & novum apum recenter natarum, ſi ex alueo evolaverit, ita ut perſecutio ejus ſit difficilis, dicendum ſit recepiſſe naturalem libertatem, & rurſus fieri occupantis. Hæc inquam, ita procedunt ex iſtis hypotheſibus: ceterum iſta non ſatis forte videantur certa & liquida. Nam Plinius *lib. XI. cap. 5.* apes facit mixti generis, & ait eas eſſe nec manſueti nec feri generis. Et *Varro libr. 3. de re ruſt. cap 16.* diſerte apes in feras & cicures diſtinguit. Sed tamen ut innuat non revera eſſe cicures, ſed ut ſeparet ab apib. ſilveſtribus, & cicures vocet, quæ habentur in locis cultis. Et licet ſecundum quid poſſint videri mixti generis, & aliquid participare de natura manſuetorum animalium; tamen nihil prohibeat, eas in hac tractatione & quo ad jus adquirendi, cenſeri inter feras. Neq; ferri poteſt, quod Hottoman. *hunc* §. ad apes ſylveſtres reſtringit, contra mentem & verba Juſtiniani & JCti *in l. 5. §. 2 de adq. rer. dom.* quib. non contradicit Pompon. *in l. Pomponius 8. §. 1. in fin. fam. erc.* furtum committi; ſi quis apes noſtras averterit, hoc enim dicitur de iis qui veteris rationibus ad avertendas columbas utuntur & apes, quæ conſuetudinem & animum revertendi habent, & avolant & revolant, quæ interim cicorum jure ſunt, ut docet ipſe *Juſtin. in §. ſeq.* An hic intelliguntur apes, quæ catervatim agmine facto ex alveis noſtris evolant, animo diſcedendi & alias ſedes quærendi; quod ſæpiſſime accidere conſtat. Et ita accipiendum eſt, quod dicitur de apibus feris *in l. ſi apes 26. de furt.* ut non propterea, ceteras omnes manſuetas eſſe inferatur.

Antequam alveo includantur.] Hæc nimirum incluſio facit occupationem, ut jam apes in meo ſint dominio.

Volucres quæ nidum fecerint.] Si ex nido exemeris pullos avium, ti jam tui ſunt; ceteroquin quod in arbore meo nidus eſt cum pullis, non facit ut aves occupatæ cenſeantur.

Favos quilibet eximere poteſt.] Quæ ratio apum, eadem eſt favorum, quos apes non incluſæ forte in arbore fecerunt.

Poteris eum prohibere.] Sicut & eum qui venaturus ingreditur fundum tuum, *juxta §. feræ 12.* eſt enim eadem ratio. Prohibere autem non manu & armis, ſed verbis & denunciationibus. Ideo enim prodita eſt actio injuriarum, ſi ille prohibitus intraverit fundum.

TEXTUS.

11. Pavonum quoque & columbarum fera natura eſt; nec ad rem pertinet, quod ex conſuetudine evolare & revolare ſolent: nam & apes idem faciunt, quarum conſtat eſſe feram naturam. Cervos quoque quidam ita manſuetos habent, ut in ſilvam ire & redire ſoleant, quorum & ipſorum feram eſſe naturam nemo negat. In his autem animalibus, quæ ex conſuetudine abire & redire ſolent: talis regula comprobata eſt, ut eo uſque tua eſſe intelligantur, donec animum habeant revertendi: nam ſi deſierint animum habere revertendi, etiam tua eſſe deſierunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur deſinere habere tunc, cum revertendi conſuetudinem deſeruerint.

COMMENTARIUS.

Rurſus ferri non poteſt, quod Hottoman. hunc textum reſtringit ad columbas ſilveſtres & feras 1. quia textus loquitur indefinite. 2. quia comparat pavones & columbas cum apibus, quas tamen ſimpliciter pro feris haberi oſtendimus ad §. *praced.* & probat evidenter hic locus, quod etiam apes illæ cenſeantur feræ, quæ ex conſuetudine eunt & redeunt, evolant ex alvearibus ſuis & revolant; quod utique de ſilveſtribus apibus dici non poteſt. 3. & præcipue, in hoc genere animalium non agnoſcere Juſtinianum diſtinctionem inter feras & manſuetas, evidentiſſime oſtēdit, §. ſeq. quo Juſtin. anſeres & gallinas opponit apibus, pavonib. & columbis, de quibus hactenus egit, & illorum ſcilicet anſerum naturam manſuetam eſſe inde probat, quod alii ſint anſeres qui dicantur feri, ad diſtinctionem manſuetorum; & igitur nullam talem diſtinctionem in priorib. agnoſcit Juſt. quia illas beſtias ſimpliciter pronunciat eſſe fe-

ras. Regionum tamen & locorum conditio poteſt hic aliquid mutare; & ſane apud nos pavones pro manſuetis animalibus habentur; & ſi quo evolaverint, eos repetendi jus eſt; quod de gallinis & anſeribus manſuetis §. ſeq. traditur. Et colligitur tamen ex hoc ipſo §. ſingulare aliquid præ reliquis feris beſtiis, eſſe in apibus, pavonibus & columbis; quod ſcilicet eorum natura talis ſit, ut quadam conſuetudine evolent & revolent: quod non eſt in ceteris, ſed illæ & quædam tantum & quadam doctrina ita aſſuefieri poſſunt, quod exemplo quorundam cervorum hic oſtenditur: atquin hoc ipſum, ita natura ſua ire, redire, eſt quædam pars manſuetudinis; & hactenus apes, pavones, columbæ, ad manſuetorum naturam accedūt; ex quo fit, ut qui hoc agit, ut ne conſuetudinem iſtam ſuam ſervent, teneatur furti, quod de columbis & apibus reſponſum eſt *in l. 8. §. 1. Fam. erciſc.* Et cum hæc ſit iſtorum natura, ſi accedat aſſuefactio inſuper, tanto magis tum manſuetorum natura cenſebuntur: Unde explicandum eſt, quod *in l. ſi pavonem 37. de furt.* dicitur de pavone manſueto: Itidem huc referri poteſt quod *Varro 3. de re ruſt.* alios pavones vocat agreſtes, alios qui gregatim in prædiis aluntur. Et ipſe tamen Varro columbas aliquas manſuetas non audet appellare, ſed *d. lib. 3. cap. 7.* unum genus columbarum facit agreſte, quod habeatur in turribus & columinibus villæ, alterum clementius, quod cibo domeſtico contentum intra limina januæ ſolet paſci.

Revertendi animum.] Abutitur verbo *animi*, qui tantum ſolet dici de hominibus. Exemplo id declarat Theoph. quod hic dicitur de animo revertendi. Si fera in ſilvas egrediens, ſolita ſit, primo, ſecundo vel tertio die ad ſummum redire, ſi quis eam intra tertium diem capiat, mihi eſſe contra eum actionem: ſed ſi quarto, non eſſe, quia jam cenſeatur non fuiſſe reditura.

TEXTUS.

12. Gallinarum autem & anſerum non eſt fera natura: idque ex eo poſſumus intelligere, quod aliæ ſunt gallinæ quas vocamus feras: item alii ſunt anſeres, quos appellamus feros. Ideoque ſi anſeres tui, aut gallinæ aliquo modo turbati turbatæve evolaverint, licet conſpectum tuum effugerint, quocunque tamen loco ſint, tui tuæve eſſe intelliguntur: & ſi quis lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.

COMMENTARIUS.

GALLINARUM & anſerum appellatione initio §. utitur in ſpecie, pro domeſticis: ceteroqui eum ipſe mox diſtinguat, duas ſpecies manſuetorum & ferorum, non poſſit ſine vitio affirmare de anſeribus & gallinis, quod ſint animalia manſueta. Et feras ſcilicet gallinas, ruſticas videtur appellare *Varro lib. 3. cap. 9* qui *cap. ſeq.* etiam quoddam genus anſerum ferum eſſe ſcribit. Huic, & quod iſta animalia manſueta ſunt, conſequens eſt, quod hic ſubjicitur, ut licet è conſpectu noſtro effugerint, tamen noſtra maneant, nec ſit occupationi locus. Atque ita regula vel propoſitio, quam diximus *in §. fera. 12. h. t.* Beſtiam eſſe occupantis, procedit in feris beſtiis, quæ ſunt in libertate naturali, vel poſtquam ſemel captæ rurſus in eam evaſerunt. fallit in beſtiis manſuetis, quæ non poſſunt dici nullius, licet poteſtatem noſtram & poſſeſſionem effugerint. Fallit item in manſuefactis, quatalibus, quatenus adhuc animum revertendi habent, ut dictum §. *prec.* Atque hinc etiam pēdet deciſio *in l. Pomponius de adq. rer. dom.* Si lupus porcum aut ovem meam rapuerit, ea manere mea, & mihi reſtituenda, licet alius opera & canibus ſuis ea ex lupi quaſi faucibus eripuerit: quoniam ſcilicet iſtæ beſtiæ objectum venationis non ſunt.

Furtum committere] Actio furti eſt famoſa, an igitur ea dabitur pro re minima & unica gallina? Dicemus *infr. lib. 4 tit. 1.* ibidem etiam de illo requiſito furti, ut fiat lucrandi animo.

TEXTUS.

13. Item ea quæ ex hoſtibus capimus, jure gentium ſtatim noſtra fiunt: adeo quidem ut & liberi homines in ſervitutem noſtram deducantur: qui tamen ſi evaſerint noſtram poteſtatem, & ad ſuos fuerint reverſi, priſtinum ſtatum recipiunt.

COMMENTARIUS.

OCcupationis quoque iſta ſpecies eſt: Occupamus enim vel res quæ ſunt nullius, de quo modo adquirendi hactenus: vel quæ ſunt alicujus, cujus ſpecies eſt occupatio rerum hoſtilium, quæ ſcilicet ſemper tales fuerunt; nam quæ noſtræ

ante

arte fuerunt. & jus poſtliminii habent, non cenſentur hoſtiles hactenus, eoque priſtinis dominis ſunt reſtituendæ *juxta l. 2 de captiv.* Inprimis autem hic diſtinguendum eſt, inter principem aut ducem belli, imo Reipublicæ vel principis cujus auſpiciis & autoritate bellum geritur, & inter v. c. privatum & ſingulos milites. Ad illos pertinet locus quem ſupra *lib. 1. tit.* 8. ubi de poteſtate dominica egimus, retulimus ex Xenophonte, ſi quis urbes hoſtium capiat, victoris eſſe & corpora hoſtium & bona eorum; & ex hiſtoriis Romanis notiſſimum eſt, ituris ad bellum ducibus, quæſtorem adjungi ſolitum, qui prædam & ſpolia ex hoſtibus colligeret, venderet, & pecuniam poſt in ærarium referret. de quo etiam videre eſt *Gellium 7. noct. Att. 4. & lib 13. cap. 23.* eoq; pertinet, quod eſt *in l. pen. ad L. Iul. pecul.* eum teneri (peculatus, qui prædam ab hoſtibus captam) ſcilicet tamquam publicam) ſubripiat. Atquin conſtat Juſtinianum hic tractare de modis, quibus ſinguli & privati res adquirunt, non quibus Princeps aut Reſpubl. & igitur, quod jam diximus, nihil ad explicationem hujus §. Plane hac de cauſa Hottoman. iſtud reſtringit ad ea, quæ milites in excurſionibus, hoſtibus eripiunt. Sed nimia reſtrictio eſt, & plures ſunt caſus, quibus milites, quæ ex hoſtibus capiunt, ſua faciunt, & quibus bona hoſtium occupare ipſis hoc effectu licet. Etenim omnia quæ in prælio proſtratis hoſtibus detraxiſſent milites, ea citra injuriam & juſtam indignationem vix iis eripi aut publicari potuiſſe exiſtimo, nec facile factum fuiſſe.

Deinde in poteſtate Imperatoris fuit, an urbis obſeſſæ & expugnandæ prædam in publicum totam redigere, an partem militibus dividere, an vero excitando militum ardori & alacritati, & in præmium fortiter navatæ operæ, urbem illis diripiendam promitteret; quod poſtremum conſtat, ſæpiſſime factum, & hoc caſu quemque ſibi habuiſſe, quod occupaſſet: quo referendum eſt, quod traditur *hoc §. ex lib. 5. §. ult. & l. 7. in pr. de adq. rer. dom* Et de hujuſmodi caſu accipienda eſt *l. transfugam 51. de adq. rer. dom.* res hoſtiles, quæ apud nos ſunt, id eſt, quas in noſtram poteſtatem redigemus, eſſe occupantium, id eſt, noſtras, nō autem fieri, vel eſſe publicas. Atque ita pertinet hic locus ad res mobiles; immobilia enim, agri & fundi hoſtiles, nō ſunt objectum occupationis privatorum de qua hic agitur: ſed jus in ea eſt victoris principis aut populi, & hoſtibus victis vel urbe eorum expugnata, & civibus ſub haſta venditis, aliquando totus ager publicabatur; aliquando ex pactione, agri parte multabantur hoſtes: qui fiebat publicus populi Romani, aliquando ille civibus Romanis in coloniam deductis aſſignabatur, aut alias Legibus agrariis in tenues cives dividebatur; & ſub Imperatoribus non raro recta militibus in præmium victoriæ cedebat: quo pertinet, quod eſt in *l. ſi captivus* 20. §. 1 *de captiv.* agrum ex hoſtibus captum aut publicari, aut prædæ loco cedere; præda enim fit, dum aſſignatur militibus.

Illud forte hic admonendum, non recte huc referri iſtum modum adquirendi, qui eſt ex jure gentium ſecundario: minime vero ex eo, quid cum ipſo genere humano cepiſſe profitetur Juſtin. *in §. ſingulorum ſup. h. t.* An forte Juſtin. Jus naturale in genere accepit, omne quod non eſt jus civile, ut apparet *ex d. § ſingulorum*: & ob id quod cepiſſe dicit cum ipſo genere humano, non ita præciſe accipiendum eſt, ſed ſecundum ſpeciem nobiliorem: Contemno plane, quod Baro hinc confutari ait eos, qui duplicem ſpeciem faciunt juris gentium, quaſi vero adeo accurate ſemper JCti, aut Tribonianus loquantur, aut quaſi illa quæſtio de ſpeciebus juris gentium, ex autoritate JCtorum decidenda eſſet; ea nimirum ex principiis Ethicis & Politic. ſumenda eſt; contra quæ nihil poteſt autoritas ullius JCti, aut Imperatoris. Et tamen nihil eſt in jure noſtro, quod eam diſtinctionem directo impugnat, ſed illi inepti, qui textus juris cavillari & captare, quam ea commode explicare malunt.

Qui ſi evaſerint.] Juſtin. loquitur de his quos Romani ex hoſtibus ceperunt, proinde ut de iis quos hoſtes ex Romanis ceperunt. Hæc enim ſunt ex jure gentium, ut qui capti ab hoſtibus, eorum poteſtatem evaſerunt, reverſi ad ſuos priſtinum ſtatum recipiant; quamvis propria quædam Romani jure & fictione poſtliminii (de quo dictum *ſup. lib. 1. tit.*) habuerint.. Quod de recipiendo priſtino ſtatu dicitur, eo quoque pertinet, ut intelligamus, ex ſervitute hoſtium reverſos, non libertinæ, ſed ingenuæ conditionis eſſe idq; , ut maxime apud hoſtes fuerint manumiſſi; & hoc jus poſtliminii quoque facit.

TEXTUS.

14. Item lapilli & gemmæ, & cetera, quæ in littore maris invenientur, jure naturali ſtatim inventoris fiunt.

Con-

COMMENTARIUS.

HIc locus novam diſtinguendi nobis materiam præbet. Diximus occupationem eſſe vel rerum quæ ſunt alicujus, vel quæ nullius. Hujus occupationis ſpecies duæ ſunt, Venatio, de qua ante dictum; & inventio; quæ rurſum vel eſt rerum, quæ numquam alicujus fuerunt, de qua h. §. vel quæ fuerunt, & habet objectum duplex theſaurum, de quo *ſupra h. tit §. theſauros* 40. & res pro derelicto habitas, de quibus *in fin. 6. penult.* Gemmæ & lapilli, de quibus h. §. numquam in dominio alterius fuerunt, de iis enim intelligitur hic locus, quæ ſcilicet in mari & littore naſcuntur; nam ſi qua ejuſmodi in tempeſtate maris à periclitantibus ejecta, & à fluctibus in litus expulſa ſint, ea non fiunt inventoris, *de quo infra §. ult. h. t.* Hic autem cavillatur Hotomanus, quaſi non magis iſtud de gemmis in littore repertis huc pertineant, quam tractatio de ipſo littore, quod commune eſſe ſupra dixit Juſtin. Omnino inepte; quoniam diverſa plane ratio eſt litoris, utpote rei immobilis, & gemmarum in littore repertarum. Et litus occupamus hactenus, dum illud & quod ibi ædificavimus, tenemus, numquam autem in dominium noſtrum revera redigimus, ſed id retinet naturam ſuam; & deſtructo ædificio manet commune.

Atqui gemmas ita occupamus, ut eas perpetuo noſtras faciamus, & in patrimonium ſicut alias res redigamus; & penitus inepte quis gemmas dixerit communes non minus quam feras, ſed illæ nullius ſunt, & occupatæ fiunt omnino occupantis; & ut jam oſtendimus eſt iſta propria ſpecies occupationis, quæ inventio appellatur.

Ex iſtis apparet errare, qui lapillos & gemmas, citra apprehenſionem poſſeſſionis, occupari exiſtimant, & fieri ejus, qui eas vidit; ex quorum numero eſt Porcius; qui falſo putat inveniſſe dici eum, qui falſum vidit; & quid ſi enim viderit ex turri, aut ex ædibus ſuis? Et alia ratio eſt caſuum in *l 1. §. ſi juſſerim 21. l. quod meo 18. §. 2. de adquir. poſſeſſione,* ubi & titulus præcedit & voluntas domini, in cujus re eſt poſſeſſione, quam dum dimittit hoc animo, ut alius eam habeat, facilis eſt ejus apprehenſio; at hic quærimus de occupatione ſine titulo, & rei quæ in nullius eſt poſſeſſione.

Lapilli & gemmæ.] An igitur & quomodo iſta inter ſe diſtant? Et Ulpianus *in l cum aurum 19. §. gemmæ 17. de aur. & arg. leg* ex ſententia Servii, gemmas diſtinguit à lapillis, quod illæ ſint pellucidæ, ut ita lapillus generis locum obtineat: & alius ſit pellucidus, qui in ſpecie gemma, alius non pellucidus, qui in ſpecie lapillus; neque enim ita accipienda eſt ſententia d. l. 19. quaſi gemma non poſſit dici lapillus, generaliori ſignificatu; qua explicatione corruunt fere quæ contra iſtam diſtinctionem affert *Laur. Valla 6. elegant. cap. ult.* à cujus etiam cavillationibus iſtam diſtinctionem tuetur *Alc. lib. 4. de verb. ſignif. in apolog.* qua plurima alia loca, in quæ maxima parte *d. lib. 6.* ex profeſſo diſputat Valla vindicat ab ejus reprehenſionibus; & quod ad hanc rem facit, gemmæ appellationem à Plinio & alibi latius accipi fatetur, ut etiam lapillos non pellucentes comprehendat; ſed inde non impediri, quominus in ſpecie de pellucidis affirmetur & uſurpetur, argumento à notatione nominis, quod gemma dicatur, quaſi gemina.

TEXTUS.

15. Item ea quæ ex animalibus dominio ſuo ſubjectis nata ſunt, eodem jure tibi adquiruntur.

COMMENTARIUS.

HIc rurſus nova dividendi materia, ut capita diverſa ſub certa membra referamus. Occupationem puta conſtitui poſſe aliam veram, aliam fictam, quæ ab aliis dicitur acceſſio. Illius explicavimus jam unam ſpeciem, venationē, & ex alia inventione, item unam ſpeciem infimam, inventionem lapillorum. Occupationem fictam dico, quæ fit mediante re, quæ dominio noſtro jam ſubjecta eſt, & cui aliquid accedit, ita ut hoc quod accedit, quaſi mediante illa re occupare videamur. Cujus occupationis rurſus duplex cōſtitui poteſt ſpecies. Altera quando intercedit factum hominis, de qua paulo inferius: Altera, ubi citra factum hominis ſola operatur natura. Hujus rurſus duæ hoc tit. ſunt ſpecies ſive mēbra. Alterum in fœtura noſtrorum animalium, de qua in hoc §. Et eſt id rationi acquirendi naturali conveniens, ut fœtus ſequatur ventrem, & ſit ejus cujus eſt mater, non cujus pater, quod hic præſertim in beſtiis non poſſit dici certus, cum nulla hic ſint conjugia: & ut maxime certus eſſe poſſit, tamen & fœmina plus confert, dum fœtum in utero gerit, quam interim dominus alere cogitur, ut propterea quoq; fructum hunc percipere debeat, tum non diſſimilis hic eſt ratio, quæ ſeminum in agrum alienum ſparſorum, quæ domino ſoli adquiruntur, de quo infra. At, num-

quid

quid eadem ratione huc referri poſſit, quod partus ancillæ ſequitur ventrem, & ei, cujus eſt ancilla, adquiritur? Exiſtimo ideo hoc non adjectum hoc loco, vel quia in fructu non eſt ancillæ partus, de quo infra; vel potius, quoniam hic agitur de modis adquirendi naturalibus, & ex iis rebus, quas ipſa natura ad hoc produxit; in quem uſum animalia bruta producta ſunt, at minime producti ſunt in uſum iſtum homines: ſed accidit id propter malitiam hominum aliena invadentium: ex quo non jure naturali, ſed jure gentium ſecundario, prætextu humanitatis, ut hoſtes captivi ſervarentur, nec occiderentur, introductum fuit, ut & ipſi capti, & porro ex captis fœminis nati ſervituti ſubjicerentur; de quo expoſitum eſt *ſupra l.1. de jure perſon.*

TEXTUS.

16. Præterea, quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Eſt autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut non poſſit intelligi, quantum quoquo temporis momẽto adjiciatur. Quod ſi vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & prædio vicini attulerit, palam eſt eam tuam permanere. Plane ſi longiori tempore fundo vicini tui hæſerit, arboresq; quas ſecum traxit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur vicini fundo adquiſita eſſe.

COMMENTARIUS.

IN §. præced. actum de una ſpecie occupationis fictæ, ſive acceſſionis, quæ fit citra factum hominis operatione naturæ. Altera quæ fit citra factum hominis, cauſam habet, operationem aliquam naturalẽ fluminis. Et hujus quatuor porro hoc tit. proponuntur ſpecies. Duæ in propoſito textu; aliæ duæ in duobus §. §. proxime ſequentibus. Prima eſt Alluvio, cum flumen latenter ſenſim alluendo aliquid agro meo adjicit, quoniam, quod ita de fundo & ripa vicini detrahitur, quaſi interire, & dum meo fundo adjicitur, mihi quæri intelligitur, juxta *hunc text. in pr. l. adeo 7. §. 1. h. t. l. 1. in f. & l. 5. C. de alluvion.*

Alluvio eſt incrementum latens.] Non debemus cavillari verba; Alluvio proprietate verbi non eſt incrementum: ſed ita dicitur per quandam metonymiam cauſæ; ſiquidem dum alluit vicinum fundum vel ripam, & ita alluendo & quaſi lambendo aliquid detrahit, quod fundo meo adjicitur, cauſam huic incremento præſtat. Hæc eſt prima ſpecies iſtius acceſſionis vel adjectionis per flumen, & dicitur alluvio, & habet locum in agris non limitatis, *l. in agris 16. de adquir. rer. dom.* Alteram dico conſtitutionem, de qua in *verſ. ſive §. quod ſi vis:* quæ tamen, ut ipſum nomen arguit, præter factum fluminis aliquid amplius deſiderat, ſed flumen prima ejus cauſa eſt, quod nimirum partem integram de prædio alterius, & quidem non latenter detraxit, & alterius prædio adjecit. Hactenus nondum adquiſitio ulla. Imo ait Juſtinianus, palam eſſe, quod ea pars maneat ejus, de cujus prædio detracta fuit. Sed ea mox ſubjicitur limitatio, ex qua iſta adquiſitionis ſpecies conſtituitur, in *verſ. planè*, ſi pars illa detracta longiori tempore fundo vicini hæſerit, ita ut arbores ſimul avulſæ in fundo vicini radices egerint; ex eo enim tempore intelligi adquiſitam illam partem vicino, mutata jam proprietate, propter coalitionem cum fundo cui adjecta fuit. Quidquid enim ſentiant hic Hotomann. & alii, quidquid etiam probent lectionem in plurali numero, *videntur adquiſita eſſe*, rectior & omnino vera eſt lectio in numero ſingulari, *videtur adquiſita eſſe*. Et ita habet lectio Florentina in *l. 7. §. 2. de adquir rer. dom.* cui præ ceteris fides habenda eſt, niſi rationi repugnet. At hæc lectio omnino rationi convenit, & ei quod & hic & in *dict. leg. 7.* procedit, & tractatur, nimirum de parte prædii avulſa, quam initio negat JCtus & Juſtinian. protinus adquiri fundo vicini, ſed tum demum ex quo cum fundo coaluit, & unum facta eſt: ideoque *adquiſita eſſe videtur*, referendum eſt ad partem prædii avulſam. Inepte autem plurali numero, *adquiſita*, refertur ad arbores, de quibus quomodo adquirantur, non tractatur hoc loco, ſed quomodo adquiratur aliquid interveniente & mediante flumine; & arborum quæ radices egerint in vicinum fundum, mentio ideo fit, quoniam ex quo hoc factum eſt, & arbores ſimul avulſæ radices egerunt, deprehendimus, & concludimus, partem illam cum fundo vicini coaluiſſe. Itaq; inepta eſt objectio Hotomanni, quod ridiculum ſit, cauſam adquiſitionis ponere in arboribus; neq; enim

cauſa adquiſitionis ſunt arbores, ſed indicium coalitionis præſtant: quã coalitionem ſpecie adquiſitionis facere omnino contendo, ſi aliis argumentis, omnino partem avulſam unitam cum fundo cui adjecta fuit, probetur. Itaque rurſus falſum eſt, quod ait Hottomannus, ſi nulla in parte avulſa arbores fuiſſent, eam vicini fundo adquiri non potuiſſe. Rurſus ineptum eſt, quod Hottoman. veteres JCtos tantum dubitaſſe de arbore quæ ſimul fuerit translata, & adeo pro certo & explorato habuiſſe terram prioris domini manere. Etenim non tantum de arbore quæ cum parte terræ avulſa eſt, quæri poteſt, ſed etiam de arbore ſeorſim, quæ in alieno poſita eſt, quod ſane tractat *Paulus in l. ſed ſi 27. §. pen. de adquir. rer. dom. & Ulp. in l. 5. § de arbore. de rei vind.* Et vero ſi de arbore tantũ translata cum terra alterius quæreretur, & terram alterius manere præſupponeretur, abſurde & falſo diceretur ſimpliciter, arborem eſſe vicini, ſed utique eam ad minimum communem eſſe fuerit reſpondendum. Et imo vero etiam unionem partis terræ cum fundo alterius quam coalitionem appello, facere ut dominium mutetur, & alteri quæratur, probatur ſatis eſt *l. hoc amplius 9. §. Alfenus 2. verſ. ita demum. de dam infect.* Ubi Juriſconſultus negat cruſtam terræ poſſe amplius vindicari, ſi coaluerit, & unitatem cum terra alterius fecerit: ubi & expreſſe cruſta ab arbore diſtinguitur.

At dicet quis iniquum videri, ut vicinus dominium partis avulſæ amittat, & ita vicinus cum damno ejus locupletetur, ſed præterquam quod negligentia quædam domini argui poſſit, qui rẽ ante non vindicavit, alia quoque & facilis eſt reſponſio, aliam eſſe quæſtionem, de adquiſitione dominii ex ratione juris gentium; aliam an omne jus prioris domini, & actio omnis extincta ſit: quæ quæſtio inferius hoc tit. ſæpe occurret; & ſcilicet non ſi dominium rei alteri ex jure gentium ſine facto domini quæſitum eſt, protinus omnis actio domino priſtina negatur, & minime hæc inter ſe pugnant, dominum quem factum eſſe, & tamen contra eum priori domino actionem aliquam ſupereſſe. Et in his ipſis terminis fere arboris translatæ & cruſtæ avulſæ, & coalitio, actio in rem, directa ſcilicet negatur priori domini, ut dicat rem jure Quiritium eſſe ſuam *dict. leg. 9. §. 2. de damn. inf.* ſed utilis tamen ei conceditur ex æquitate *dict. leg. 5. §. 3. de rei vind.* qua utique id conſequetur, ut pretium novus dominus ſolvere cogatur. Nec novum eſt, ut ei qui jure ſummo dominus non eſt, aut eſſe deſiit, utilis in rem actio accommodetur, cujus rei exempla ſunt, *in l. qui mortis 30. de mortis cauſ. donat. l. 1. Cod de donat. ſub mod. l. uxor. 55. in fin. de donat. conjug. Novell. 61. cap. 1 §. 1. l. in robur. 30. C. de jur. dot.* Non placet autem, ut quod de utili vindicatione dicitur in *dict. leg. 5. §. 3. de rei vind.* ad eum caſum reſtringatur, quo facto illius in cujus fundo radices egit, arbor translata fuit; quod probat *Mynſ hic & Weſemb* eamq; opinionem fuiſſe antiquorum refert Angelus hic, ubi tamen addit opinionem illam priorem, quam retulit & quam tenuit Azo, magis eſſe æquam.

TEXTUS.

17. Inſula quæ in mari nata eſt, (quod raro accidit) occupantis fit, nullius enim eſſe creditur. At inſula in flumine nata, (quod frequenter accidit,) ſiquidem mediam partem fluminis tenet, communis eorum eſt, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujuſq; fundi, quæ prope ripam ſit. Quod ſi alteri parti proximior ſit, eorum eſt tantum, qui ab ea parte prope ripam prædia poſſident. Quod ſi aliqua parte diviſum ſit flumen, deinde infra unitum agrum alicujus in inſulæ formam redegerit, ejuſdem permanet is ager, cujus & fuerat.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa acquiſitionis Inſulæ.*
2 *Error Hottomanni.*
3 *Explicatio l. pen. de adq. rer. dom.*
4 *Cavillatio Pauli.*
5 *Species inſularum.*
6 *Alius error Hottomanni.*

DIXIMUS de duabus ſpeciebus adquiſitionis, quas cauſatur flumen, Alluvione & coalitione. Tertia eſt, † Inſulæ in flumine productio. In 1
flumine, inquam; nam ut in *prin. §.* docet Juſtin. ex *l. 7. §. 3. de adquir. rer dom.* ſi in mari nata ſit, ad hanc ſpeciem adquiſitionis non pertinet, ſed eſt nullius, & proinde cedit occupanti. In flumine autem nata adjicitur vicinis prædiis. Ex quo confirmatur, quod ſupra contra Hottoman. diſputavi, ipſum

alveum

alveum quodammodo videri eſſe partem vicinorum prædiorum, qui tamen interim videtur eſſe publicus, quoniam à flumine co tegitur, & nullum ſui uſum præbere poteſt. Nam utique inſula de qua hic loquimur; & quæ immobilis eſt, eadem pars quædam alvei eſt; ſed quia prominet ex ſuperficie fluminis, & ita ejus uſus privatis eſſe poteſt, ut vicinorum prædiorum pars, dominis eorum cedit. Confirmatur amplius, quod inſula non omnino æqualiter accedit vicinis prædiis, ſed tum demum, ſi & medium fluminis teneat, & prædia utrimque æqualis ſint latitudinis: Ceteroquin, aut tota accedit prædiis, qui ſunt ab una parte fluminis ſi ei parte propior ſit, aut ſi medium teneat, & prædia non ſint æqualia, pro modo latitudinis eorum dividitur: hinc enim intelligimus, non aliam eſſe rationem hujus adquiſitionis, quam quod inſula pars alvei eſt, nam & in alveo relicto ita obſervatur, ut diximus ad §. ſeq. & de ea retractant Jurieconſulti *in l. inter 29. & l. inſula 56. de adq. rer. dom.* At quod ſi neceſt, quod ſi qua inſula non cohæreat alveo, ſed ex virgultis, aut alia materia concreta in ſuperficie fluminis hæreat, ut ſolum & ſcilicet alveum non tangat, ſed moveatur in flumine, ea non ſit vicinorum prædiorum, ut Paulus ſcribit *in l. penultim. § ſi qua 2. de adquir. rer. dom.* cujuſmodi inſulæ meminit *Livius libr. 2. in princ.* quæ nata fuit, ex ſegete farris (quæ creverat in Campo Tarquiniorum, conſecrato Marti) demeſſa & dejecta in Tiberim. Ex quibus
2 rurſus apparet, falſo ab † Hottomanno hanc rationem reddi hujus adquiſitionis, quod qui vicini ſunt, præſumantur primi eam occupaturi. Neque enim per occupationem fit hæc adquiſitio, ſed per acceſſionem, & poſſet utique alius prævertere vicinum occupando, & ſi ita eſſet, inſula quoque in mari nata deberet eſſe eorum, qui prope littus poſſident prædia, quia & hi poſſent dici primi occupaſſe. Amplius ſi hæc ratio vera eſſet, procederet etiam hæc adquiſitio & acceſſio, licet prædia vicina eſſent limitata; quod tamen contra eſt, *l. 1 §. ſi inſula 6. de flum.* Ubi dicitur inſula ea eſſe occupantis, non vicinorum; ut appareat hic omnino à vetitate aberraſſe Hottomannum.

Huic tamen ſententiæ, quod in inſula in flumine publico enata, ſit vicinorum, & non publica,
3 objicitur *l. penult. §. 1* † *& §. ultim. de adquir. rer. dom.* quo utroque loco non obſcure affirmatur inſulam eſſe publicam, & quidem in *d. §. ultim.* ex hac ratione, quoniam ipſum flumen ſit publicum; itaque iſta loca ad caſum quo vicina prædia ſunt limitata, referri non poſſunt. Facilior eſt reſponſio ad §. 1. *d. l. pen.* quod inſula ibi publica dicatur ratione non proprietatis, ſed uſus & nimirum non tota, ſed quoad partes extremas, quæ funguntur ripæ vicem; nam inſula enata facit ut quaſi duo ſint flumina, quouſq; ſe inſula extendit, utriq; duæ partes fluminis. Itaque quod juris eſt navigantibus, aut piſcantibus in ripis fluminis proprie dictis, juxta dicta ad §. *riparum 4. ſupr. h. t.* idem jus eſt, in partibus extremis & oris inſulæ enatæ, ut ibi quoque alligare arboribus funes, naves appellere, & retia liceat ſiccare. Quam ſententiam omnino efficit vulgata lectio illius, (Florentina enim obſcura & corrupta eſt,) *in eo genere inſula eſt, quo ripa fluminis, & littora mari proxima, &c.*

Ripæ nimirum uſum publicum præbent, ut diximus; ad eundem modum & hæc inſula. Et ut tanto minus incommoda videatur hæc explicatio, obſervandum eſt, quod in *dict. leg. penultim.* † Paulus, qui in epitomen redegit pithana id eſt, veriſimilia Labeonis, revera argutetur, & ſtudio quodam contradicendi cavilletur Labeonem. Dixerat Labeo inſulam in flumine natam proxime meum fundum, meam eſſe. Veriſſima hæc ſententia eſt; quam tamen Paulus *in §. 2. d. l. pen. de adq. rer. dom.* cavillatur, falſam eſſe dicens in inſula, quæ in fluminis ſuperficie coaluerit & moveatur; quaſi vero Labeo de ejuſmodi inſula ſenſerit. Eodem modo, veriſſima propoſitio eſt, Labeonis in §. 1. *ejuſdem l. pen.* In inſula quæ mea propria eſt, nihil eſt publici. Senſerat enim Labeo de proprietate, ut anſam cavillandi haberet Paulus, ſubjicit, uſu utique in ea eſſe aliqua publicum. Neque enim negat illud prius in ea propoſitione, (& hoc notandum eſt,) quod inſula ſit propria, Sed poſterius, quod ita ſit propria, ut nihil plane in ea ſit publici. Et ita quoque oportet accipi *l. penult. § ult.* ut intelligatur inſula publica ratione uſus: Ceteroquin Labeo, cui *d. §. ult.* tribuitur, ſecum ipſe pugnaret: ſiquidem in §. 2. *ejuſdem L.* hæc ejus aſſertio refertur: inſulam in flumine publico natam, eſſe vicini propriam; ut mihi compilatores videantur non ſine vitio ita abſolute retuliſſe in § *ultim.* tamquam ex ſententia Labeonis inſula publica eſſet. Ad hunc modum etiam Accurſ. explicat *dict. §. ultim.* quamvis alii aliter, nec deſint etiam, qui textum emendent; ut videre eſt apud *Donell 4 commen. 29. Hottom. 1 obſ. 23. Cujac. 14 obſ. 11. Robert. 1 recept. lect. 11.*

5 Hæc quæ de adquiſitione diximus, † procedunt in inſula vera & proprie dicta. Ea producitur & fit duobus modis, 1. Cum flumen partem alvei ſiccam relinquendo circumfluit. 2. Cum ſenſim colluendo partem alvei extra ſuperficiem aquę extollit, *leg. ergo 30. §. 2. de adquirend. rerum domin.* nam qui tertius modus ibi refertur, cum partem agri vicini, qui alveus non fuit, circumfluere incipit, æquivoce additur, non quod revera inſula ea ſit, quoad hunc effectum adquirendi, ſed ratione formæ exterioris inſulæ, ut docet *hic §. in fin.* Ubi Juſtinian. agrum illum, quem ita circumdedit flumen, manere domini ejus cujus fuerat, reſpondet, & hoc eſt, quod ait, *ſi redegerit in formam inſulæ*: ut ſignificet formam quidem externam inſulæ adeſſe, ſed revera & in his terminis pro inſula non haberi, nec adquiri vicinis prædiis, quomodo & in *dict. leg. 30 §. 2. inf. h. t.* ait JCtus, iſto modo cauſam proprietatis non mutari.

6 Ridicule hic rurſus † Hottomannus ait, quamvis, inquit, talis quoque inſula fiat primi occupantis, tamen credibile eſt eum primum fore occupantem, cujus ante erat. Ita enim ſequeretur, amiſſum ſemel ipſo jure eſſe dominium agri, & poſtea de novo adquiri, quod aperte eſt contra hunc locum & *leg. 7. §. 4. eod.* tum, ut præmonuimus, totum iſtud commentitium & falſum eſt, quod inſula in flumine nata adquiratur per veram & proprie dictam occupationem. Prorſus cum iſte ager nec pars alvei ſit, nec fuerit, nec à flumine productus ſit, ſed tantum circumluatur, fieri non poteſt, ut qui dominus fuit, ejus proprietatem amiſerit.

Quod raro accidit.] Ait Juſtinian. raro accidere ut in mari inſula naſcatur. frequenter, ut in flumine, rationem quidam reddunt, quod plures ſint modi, quibus inſula in flumine producatur, ſed falſa ratio eſt; & hæc vera, quod modis duobus prædictis, quibus fit inſula, frequentius locus eſt in flumine, ſed perquam raro & vix in mari, propter maris & alvei marini profunditatem, & conſtantiſſimum maris fluxum, tum etiam propter æſtus reciprocationē. Ex quo fit, ut nec alveus extra ſuperficiem maris attollatur, nec pars alvei facile ſicca relinquatur. Terræ motum inter cauſas enaſcentium inſularum refert Plinius, quem de inſulis in mari natis vide *lib. 2. nat. hiſt. c. 84. & 3. ſeqq.* Et hoc de inſula in mari nata occaſione tractatus de inſula in flumine nata, adſpergit Juſtinianus: tractatus enim de illa adquirenda pertinet ad ſuperiora.

Illud fortaſſis ſupervacaneum ſit admonere, per translationem inſulas dictas ædificia & domus, quæ non communibus parietibus, ſed ſingulæ propriis muris ambiuntur, quomodo Nero poſt ingens illud incendium urbem extrui voluit, ut refert *Tacit. 15. anna. v. Alcia. in l. urbana 166. §. inſularius de V. S.*

TEXTUS.

1. Quod ſi naturali alveo in univerſum derelicto ad aliam partem fluere ceperit, prior quidem alveus eorum eſt, qui prope ripam ejus prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujuſque agri, quæ prope ripam ſit: novus autem alveus ejus juris eſſe incipit, cujus & ipſum flumen eſt, id eſt, publicus. Quod ſi poſt aliquod tempus ad priorem alveū reverſum fuerit flumen, rurſus novus alveus eorum eſſe incipit, qui prope ripam ejus prædia poſſident. Alia ſane cauſa eſt, ſi cujus totus ager inundatus fuerit: neq; enim inundatio fundi ſpeciem commutat: & ob id ſi receſſerit aqua, palam eſt fundum ejus manere cujus & fuit.

COMMENTARIUS.

1 *Alvei relicti adquiſitio.*
2 *Lapſus Hottom.*
3 *Explicatio l. 30. §. 3 h. t.*
4 *De L. 23. Quib mod. uſuſf. am.*

HÆc denique quarta ſpecies eſt adquiſitionis & acceſſionis per flumen, quam voco deſtitutionem alvei, qui deſertus à flumine, vicinis prædiis adjicitur. Ex quo rurſus probatur, quod jam ſæpe dixi, alveum † fluminis videri quaſi partem quandam prædiorum vicinorum: ceteroquin nul- 1
la ratione ſolida eſſet, propter quam relictus alveus à flumine, vicinis prædiis cederet. Et hæc ſententia diſerte probatur ex *l. ergo 30. §. 1. h. t.* ubi cum dixiſſet JCtus, ripam uſu publicam, ſed proprietate privatam eſſe, ſubjicit: ideo alveum exſiccatum proximorum fieri, quoniam jam populus eo non utatur: Quæ comparatio perſpicue probat, quod dixi, alveum etiam dum adhuc continetur à flumine, par-

tem

tem videri vicinorum prædiorum: & dici publicum
vel ratione uſus: vel quia ut ante dixi, flumen eum
adhuc tenens facit ne privatorum jus in eo ſe exſe-
rere poſſit. Et ridiculus eſt † Hottom. qui negat ſe
2 aſſentiri poſſe Celſo ICto hoc affirmanti in *d. l.* 30.
§. 1. quaſi plus tribuendũ eſſet Hottomanno, cujus
præſertim rationes ſupra exploſæ ſunt: & ea quo-
que quam hic repetit, quod niſi alveus proprietate
eſſet publicus, fieri non poſſet, ut qui ante agri fuit
dominus, ex quo alveum fecit flumen, amitteret
proprietatem, & ea non reverteretur ad veterem
dominum rurſum flumine diſcedẽte. Etenim quo-
dammodo dicimus fluminis quoque alveum eſſe
publicum: ſed id non impedit, quominus ſuo re-
ſpectu dicatur pars vicinorum prædiorum. Deinde
alveum cum facit ex agro flumen, eum ſibi propriũ
facit, & quidem præſumptive perpetuo: eoq; rece-
ptum fuiſſe videtur, ut ne amplius prioris domini
ratio, ſed jam alveus pro parte quadam vicinorum
prædiorum habeatur. Tertio in hoc §. proponitur
ſummi juris ratio, quod alveus rurſus relictus fiat
vicinorum: Caius autem in *l.* 7. §. *Quod ſi* 5. *inf. h. t.*
adjicit, vix eſſe ut id obtineat: quoniam æquitas di-
ctat, ut priori domino reſtituendus ſit alveus ſive a-
ger. Quæ limitatio Caii manifeſto deſtruit opi-
nionem Hottomanni. Et de eo forte ſtatuendum
fuerit ex circumſtantiis; & inprimis an novum al-
veum flumen diutius tenuerit, an paulo citius di-
ceſſerit. Hoc enim ſi factum ſit prope inundatio-
nem iſta occupatio eſſe videtur, & ei aliquatenus
ſimiles. Etenim ut huic adquiſitioni & ſententiæ hu-
jus §. ſit locus, oportet omnino verum eſſe alveum,
factum ex agro alieno. Idque apparet ex fin. hujus §.
ubi docetur, per inundationem non mutari ſpeci-
em agri, eoq; recedente flumine manere ejus cujus
& fuit. Nam ſicut ad §. *præc.* diximus, oportet in-
ſulam eſſe veram, ut illi adquiſitioni ſit locus, non
nudam eſſe formam inſulæ: ita & hic oportet
alveum eſſe verum, non tantum externam alvei
formam. Equidem inundatio proprie eſt, ubi flu
men v. c. imbribus auctum, & egreſſum ripas, in vi-
cinos campos ſe effundat, ita ut ſimul alveum ſuum
teneat. Et tamen licet flumen deſerto loco ſuo per
rumpat per alterius agrum, & eum occupet, ſi eum
non ita multo poſt deſerat, nõ videbitur lõnge hoc
abeſſe ab inundatione: eoque merito hunc agrum
prior dominus rurſus ſibi vindicabit. Et ad hujuſ-
modi caſum (nõ ubi flumen vere alveum fecit) per-
3 tinet reſponſum in *d. l.* † 30. §. 3. *h. t.* (nam & no-
minatim inundationis fit mentio) ubi dicitur: quod
recedente ut flumine ager ſit ejus cujus ante fuit
Non quidem loquitur de ſimplici exundatione, ſed
nec tamen de vera alvei factione, quæ non niſi tum
habet locum ubi flumen diuturno lapſu excavavit
agrum: oſtendit autem jam *d. l.* 30. §. 3. quam ine-
ptum ſit argumentum Hot. quod paulo ante con-
futamus. Ita ille colligit. Niſi alveus publicus eſſet
revera, non poſſe fieri, ut alveus relictus adquirere-
tur vicinis prædiis. Atqui ICtus in *d.* §. 30. agrum
ait eſſe factum publicum, ut tamen recedente flu-
mine eum reſtituendũ dicat priori domino: ut hinc
appareat, iſta inter ſe non pugnare, alveum dici pu-
blicum, ut tamen ob id nihilominus vicini in eo jus
aliquod habeant quæſitum, quod ſeſe exſerat ubi
diſceſſit flumen. Porro ei † quod diximus ex *h.* §. *in* 4
f. agrum inundatum manere domini prioris, & per
inundatum non mutari ſpeciem agri, aut proprie-
tatis cauſam, (quoniam ſcilicet non factus eſt alve-
us) non parum videtur obſtare *l. ſi ager* 23. *Quibus
mod. uſusfruct. am.* ubi inundatione facta proprietas
dicitur amiſſa. Reſpondet Accurſius, quod pro-
prietas improprie & paulo laxius dicatur amiſſa
propter omnino interverſum uſum, in quo omne
emolumentum proprietatis conſiſtit, ſed forte re-
ctius, & his quę hactenus tractavimus, conſequen-
ter, dicimus, quod in *d. l.* 23. agat ICtus non de ſim-
plici inundatione, cum flumen alveum ſuum ſervãs
effunditur extra ripas, ſed cum flumen totum uno
impetu alveo deſerto in agrum aliquem ſe effundit:
ita quidem ut dubium eſſe poſſit, an flumen in eo a-
gro ſit manſurum, & ex eo novum alveum reverſurũ.
Et in illum eventum, quo alveũ ex agro flumen fa-
cturum eſt, ſane recte dicimus, amiſſam proprietatẽ
videri, adeo ut nec deſertus ille alveus domino pri-
ſtino reſtituatur, ſed cedat prædiis vicinis. Hoc re-
ſpectu, & in iſto dubio dicitur interim amiſſa pro-
prietas, quæ tamen, ſi iſtud quod dixi, non accidat,
ſed flumen agrum needum alveum factum deſerat,
priſtino domino reſtitui debet, ut adjicitur in *d. l. ſi
ager* 23. *Quib. mod. uſuf. amitt.* Porro pluſquam per-
ſpicuum eſt quid hic alveus ſignificet: ideoq; ſuper-
vacue monet Myns. alveum etiam alibi capi pro lo-
co in quo apes mellificant §. *apum.* 14. *ſup. h. t.* itemq;
pro tabulis quibus teſſeris luditur.

Pro modo latitudinis.] Eadem eſt hic ratio alvei
adquirendi vicinis, quæ eſt inſulæ
& de eo diximus ad §.
præced.

Digitized by Google

TEXTUS.

19. Cum ex aliena materia ſpecies aliqua facta ſit ab aliquo, quæri ſolet, quis eorum naturali ratione dominus ſit: utrũ is, qui fecerit an potius ille, qui materiæ dominus fuerit: ut ecce, ſi quis ex alienis uvis aut olivis, aut ſpicis, vinum aut oleum, aut frumentum fecerit: aut ex alieno auro vel argento vel ære, vas aliquod fecerit: vel ex alieno vino & melle mulſum miſcuerit, vel ex medicamentis alienis emplaſtrum vel collyriũ compoſuerit: vel ex aliena Lana veſtimentum fecerit, vel ex tabulis alienis navem vel armariũ, vel ſubſellia fabricaverit. Et poſt multam Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit media ſententia exiſtimantiũ ſi ea ſpecies ad priorem & rudem materiam reduci poſſit, eum videri dominum eſſe, qui materiæ dominus fuerit: ſi non poſſit reduci, eum potius intelligi dominũ, qui fecerit. Ut ecce, vas conflatum poteſt ad rudem materiam æris vel auri, & argenti reduci; vinum autem vel oleum aut frumẽtum, ad uvas, vel olivas, vel ſpicas reverti non poteſt: at ne mulſum quidem ad vinũ & mel reſolui poteſt. Quod ſi partim ex ſua materia partim ex aliena ſpeciẽ aliquã fecerit quis: veluti ex ſuo vino & alieno melle mulſum miſcuerit: aut ex ſuis & alienis medicamentis emplaſtrum, aut collyrium, aut ex ſua lana & aliena veſtimentũ fecerit, dubitandum non eſt, hoc caſu eum eſſe dominum, qui fecerit: cum non ſolum operam ſuam dederit, ſed & partem ejuſdem materiæ præſtiterit.

COMMENTARIUS.

Hic novus adquirendi modus tractatur, qui dicitur ſpecificatio, & qui ſub occupationẽ nec veram nec fictam poſſe referri videtur: utique ubi ſpecies tota ex aliena materia eſt: niſi quis per introductionem formæ dicatur occupaſſe materiam alterius. Hinc enim, quoniam forma dare dicitur eſſe Rei, tota deciſio hujus rei dependet: Et in hoc etiam fundatur diſtinctio, quã poſt relata varia ſpecificationis, ſed non ejuſdem conditionis exẽpla ſubjicit Juſtin. in *ver. Et poſt.* Etenim ut ex hoc, quod forma dat eſſe Rei, defendatur adquiſitio dominii, & ut res fiat ejus, qui formam dedit, oportet veram eſſe formam, à qua principaliter totum corpus æſtimatur, non vero accidentariam magis & nudam extrinſecam figuram: idque præcipue accidit in iis, de quibus loquitur alterum membrum diſtinctionis, quæ ad priſtinam rudem materiam citra inſigne aliquod damnum reduci poſſunt; veluti ſunt pocula ex auro vel argento alterius confecta; ad quæ pertinet, quod eleganter Paulus ſcribit in *l. quæſitum 78. § illud 4. de legat. 2.* ea quæ talis naturæ ſunt, ut ſæpius redigi poſſint in ſua initia, ea materiæ potentia victa, numquam ejus vires effugere. Ex quo in genere ſtatuere liceat, ubi potior eſt materiæ ratio, ibi rem debere manere ejus cujus materia eſt: contra, ubi dignior & præſtantior eſt forma, ut eum ſit dominus, qui formam dedit, quemadmodum ſi egregius artifex ex rudi lapide ſtatuam fecerit: ſecus enim fuerit in iſtis quoque terminis ſtatuæ factæ, ſi citra majorem aliquam operam ex ære meo vel auro quis conflarit ſtatuam, ut ſcilicet hic materiæ dominus, idem ſit ſtatuæ dominus per *l. in omnibus 24. h. t.* ubi Paulus idem ſtatuit in ſtatua facta ex ære meo, & ſcypho facto ex meo argento: quo caſu me dominum ſcyphi manere conſtat, ut patet ex *hoc §. in f.* & haud dubie in *d. l. 24* legendum eſt affirmative, *reduci poſſunt*, ut vulgata habent exemplaria: & recte in Florent. Particula *non* virgulis, ut ſpuria incluſa eſt. Et igitur pro hac diverſitate modo materia cedit formæ, modo forma cedit materiæ: quæ nec pro vera forma habenda eſt. Et hæc ſane diſtinguendi ratio rectior eſt, quam ea, quæ contra ICtos adhibetur à Connano, (quem recte hic confutat Hotom.) à pretio & valore rei, an materia pretioſior ſit, an forma opus & rem totam pretioſiorem fecerit: Neque enim à valore rei recte ad jus dominii inferri poteſt: ſed magis ex eo an res videatur adhuc eſſe eadem quæ prius, an non: ſiquidem ubi res non poteſt reduci ad priſtinam materiam, videtur quodammodo interiiſſe, & novũ quid effectum: quo reſpicere videtur *Paulus in l. 3. § genera 21. de adq. poſſ.* his verbis, *quæ ipſi, ut in rerũ natura eſſent, fecimus* quod

non

non recte dicitur, ubi in eandem materiam res poteſt reduci: quo ad effectum iſtum de quo hic quærimus, adquirendi dominii: nam quod ad alium effectum, ut quis tamquam qui dolo deſiit poſſidere, teneatur actione ad exhibendū, ſi ex ſcypho meo maſſa facta fuerit, res quaſi pro extincta habetur *l. Julianus 9. §. ſed ſi 3 ad exhib.* ubi tamen additur, propter mutatam formam PROPE videri extinctam ſubſtantiam rei. Et huc pertinet quod in *l. mulieris 13 de V.O.* rem videri abeſſe, cujus forma mutata eſt, licet maneat idem corpus.

Porro Juſtin. in *verſ. ut ecce vas* diſtinctionem propoſitam applicat ad exempla in pr § propoſita, vas, inquit, conflatum poteſt ad rudem materiam reduci: ex quo intelligimus, eum ex cujus ære auro vel argento ſcyphus factus eſt, eſſe dominum ſcyphi: neq; de hoc eſt controverſia. Pergit Juſtin. vinum, oleum aut frumentum, ad uvas, olivas aut ſpicas reverti non poteſt. Ergo erit dominus, qui ex uvis & olivis vinum aut oleum fecit. Nam quod ad frumentum attinet, omnino, quod hic prætermiſit Tribonianus, addendum & ſupplendum eſt ex ICto in *l. 7. §. cum quis 7. in f. h. t.* frumentum excuſſum eſſe ejus cujus fuerant ſpicæ, quoniā qui excuſſit, non fecit novam ſpeciem, ſed detegit tantum eā quę eſt: ſiquidem frumentum jam in ſpicis perfectam ſuam habet ſubſtantiam, cui nihil addit, qui tantum frumentum excutit: quæ certiſſima ratio facit, ut hoc exemplum & hic caſus ad ſpecificationem non pertineat & planiſſime erravit Azo relatus à Gl. & probatus *Ioh Plat.* quod per hūc §. corrigatur *d. l. 7. §. 7. eod.* Sed & quod ad uvas vel oleas attinet, abeſt id exemplum non longe à ſpicis, & proinde non videtur rationi congruum, ut dominus ſit, qui ſcil. ex uvis alterius torculari ſubjectis expreſſit vinum: nam vix eſt ut poſſit hic dici novam formam feciſſe, quippe quæ jam erat in uvis potentia proxima, & ad hoc ut fieret ex ipſis vinum deſtinatis, nec aliam formam recipere aptis natis. Et mihi omnino poſterius iſtud membrum quo res ad priſtinam materiam reverti non poteſt, ſubdiſtinguendum videtur, utrum demum dominium auferat materiæ dominus, ſi vere forma & omnino nove fuerit addita, & quæ fuerit quodammodo remota, ut ita dicam a materia, quæ pluribus formis ſuſcipiendis apta erat. Hæc ſententia probatur argumento ejus controverſiæ, quæ tractatur de navi facta ex lignis alienis: ut videlicet ſi lignum fuerit rude ex ſylva cæſum, navis ſit ejus, qui fecit: ſin vero tabulæ fuerint jam deſtinatæ navi faciendæ, ſit navis ejus cujus lignum & ſcil. tabulæ fuerunt. Ita enim ſolent componi textus in ſpeciem pugnantes (Hottom. putat eos vere pugnare) in *l ſed ſi 26. de acquir. rer. dom.* & in *l. Minicius 61. de rei vindicat.* Deinde & directe probatur ea ſententia, ex *l de eo 12. §. ſi quis 3. ad exhib.* ubi in terminis Paulus reſpondet pro domino uvarum & olearum; ſubjecta ratione, quod noſtrum debeat eſſe, quod ex noſtro fit; videlicet citra veram mutationem, & veram novam formam; quam ſi revera addat alius, tum rationi illi locus non eſt. Neque movet, quod ibi ſcivit alter uvas vel oleas eſſe alienas: quoniam adquiſitio dominii ex jure gentium, de qua hic tractatur, ubi alias cauſa habilis eſt, per malam fidem non impeditur. ut mox dicemus ad *§. ſi tamen h. t.* licet gl. & communiſſime Interpp. diſſentiant, qui requirunt bonam fidem. Nec rurſus movet, quod bonæ fidei poſſeſſor fructus præceptos ſuos facit *§. ſi quis à non infr. h. t.* non autem malæ fidei poſſeſſor *l. 4 C. de crim expil. hered l. 3 C. de cōdict. ſine cauſ.* quoniam perceptio fructuum per ſe non eſt modus adquirendi dominii, ſed quatenus quis jus in fundo habet: bonæ autem fidei poſſeſſor interim domini loco eſt, ut dicemus ad *d § ſi quis 36.* Atq; hoc malo, quam ut cum Weſemb. & aliis diſtinguam inter rationem naturalem & civilem: quaſi ex hac non fiat dominus qui eſt in mala fide: hac enim juxta rationem juris gentium tractant ICti. Nec quidquam facit, quod in *l. 7. §. 7. h t.* dicitur, *ſuo nomine.* nec inde infertur, opus eſſe bona fide: nam & mala fide meo nomine facere poſſum: & prædo fundum alienum ſuo nomine poſſidet.

Supereſt hoc circa caſū. quo ex aliena plane materia quid factum eſt, Juſtinianus in *f. §.* dum applicat diſtinctionem, & decidit, non meminit quorundam caſuum quos in pr. propoſuerat, ſcil. emplaſtri confecti ex medicamentis, veſtimenti ex lana, navis vel armarii ex tabulis. Et quid igitur de his ſtatuimus? Nimirum applicanda eſt iis eadem diſtinctio hujus §. & ut ego quoque exiſtimo, ſubdiſtinctio, quam addendam dixi. Et de tabulis paulo ante diximus: nec aliter videtur ſtatuēdum de lana. Si quis ex detonſa ovibus meis lana veſtimentum fecerit, non dubitandum, quin ipſe dominus ſit: ſed ſi lana jam præparata ſit, & pannus factus, dixerim v.c. ex hoc tunicam vel pallium factum, eſſe ejus cujus pannus erat. Et ita erunt conciliandi textus in *l ſed ſi 26. in pr. de adq. rer dom.* & in *l de eo. 12. §. 3. ad exhib.* & in hac ſcilicet, quæ negat dominum eſſe qui veſtimentum fecit, lana pro panno accipienda

& eſt

& ex utraque Lex Pauli, quem ſecum pugnaſſe probabile non eſt. Quod ad medicamenta attinet, ſiquidem ea jam parata fuerint & perfecta, non dubitetim emplaſtrum ejus eſſe cujus medicamenta fuerunt, ceteroquin emplaſtrum erit facientis, *l. quidquia 27. §. 1. h. t.*

Hæc de caſu, quo quid totum ex aliena materia factum eſt. Si materia communis fuit alterius & facientis, ait Juſtin. palam eſſe, nec dubitandum eum eſſe dominum qui fecit, quia & operam, & partem de ſuo præſtiterit. Hottomannus poſt alios id ita accipit, ut eadem adhibeatur diſtinctio, quæ in *§. præced.* & iſtud tum procedat, ſi res ad priſtinam materiam non poſſit reverti. Quod mihi non videtur convenire ſententiæ Juſtiniani: quippe qui in caſu *§. præced.* proponit quæſtionem cujus ſit ſpecies, dubitat, & diſtinguit. Atquin in caſu altero negat eſſe dubitandum, & proinde nec diſtinguendum hic videtur. Neque movet quod Hottom. objicit, materias poſſe ſeparari & debere, & cuique ſuum reſtitui, per *§. ſi duorum in f. h. t. junct. l. Lacus 12. §. 1. eod.* etenim id procedit, vel ubi ab alio tertio duorum materiæ confuſæ ſunt & ſpecies facta, ubi quæritur an res communis ſit nec ne: vel ubi ſimpliciter confuſæ ſunt citra conſtitutionem novæ ſpeciei, quam non intendit ille, qui ſimul partem addidit de ſuo. De quo forte plenius cogitandum. Hæc omnia ita diſputantur, ut intelligamus, quis dominus ſit & rem vindicare poſſit, nō autem propterea, cujus materia fuit ejus damnum ſentit, ſed ei propriis actionibus proviſum eſt, de quibus commodior dicendi locus erit ad *§. ſi tamen. in f. h. t.* Ait Juſtin. in *pr. §.* quæri, quis naturali ratione dominus ſit. Ubi naturalis ratio accipitur latius, & pene abuſive, ceteroquin naturalis ratio omnibus inſita eſt: à qua quæ fluunt, de iis utique inter doctos controverti non ſolet. Recte hic Baro, quædam, inquit, leviter tracta ſunt à natura, quorum ratio non cuivis perſpicua eſt.

Armarium.] Meminit *Varro 4 de Lin Lat. 28.* & videtur ei eidem eſſe, quod armamentarium. Apud Plaut. ſignificat locum in quo reponuntur cibi, in *Captiu. ſc. Dieſpiter.* cellas refregit omnes, recluſitq; armarium. Ulpianus uſurpat pro loco in quo reponuntur libri *l. librorum 52. §. libris 3. & §. ſed ſi 7. de leg. 3.*

TEXTUS.

Sequitur apud Juſtin. §. ſi tamen. Verum ob affinitatem materiæ, cum ſpecificatione, ſubjicio *§. ſi duorum 28. cum §. ſeq. h. t.* Nam d. §. ſi tamen commodius connectitur cum §. cum in ſuo & ſeqq.

20. Si duorum materiæ voluntate dominorum confuſæ ſint, totum id corpus quod ex confuſione fit, utriſque commune eſt: veluti ſi qui vina ſua confuderint, aut maſſas argenti vel auri conflaverint. Sed & ſi diverſæ materiæ ſint, & ob id propria ſpecies facta ſit, forte ex vino & melle mulſum: aut ex auro & argento electrum, idē juris eſt: nam & hoc caſu communem eſſe ſpeciem non dubitatur. Quod ſi fortuito & non voluntate dominorum confuſæ fuerint vel ejuſdem generis materiæ vel diverſæ, idem juris eſſe placuit. Quod ſi frumentum Titij, frumento tuo mixtum fuerit, ſiquidem voluntate veſtra, commune eſt, quoniam ſingula corpora, id eſt, ſingula grana, quæ propria cujuſque fuerunt, conſenſu veſtro communicata ſunt. Quod ſi caſu id mixtum fuerit, vel Titius id miſcuerit ſine tua voluntate, non videtur commune eſſe: quia ſingula corpora in ſua ſubſtantia durant. Sed nec magis iſtis caſibus commune fit frumentum, quā grex intelligitur eſſe communis, ſi pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed ſi ab alterutro veſtrum totum id frumentū retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujuſque competit, arbitrio autem judicis continetur, ut ipſe æſtimet, quale cujuſque frumentum fuerit.

COMMENTARIUS.

AFfinis tractationi præcedenti de ſpecificatione, eſt tractatio iſta de confuſione & commixtione materiarum, quæ ſunt diverſorum dominorum: eoque cohæret quaſi cum eo quod in §. *Quod*

ſi part

ſi partim 16. dictum fuit, de ſpecie facta ex materia duorum dominorum. Hottomannus quidem hanc tractationem hoc tantū diverſam putat, ab eo, quod tractatur in §. *cum ex aliena*, vel potius §. *quod ſi partim.* hactenus diximus: Quod ibi ab uno materiæ diverſæ conjunctæ ſint: hic ab ipſis dominis communi conſenſu, aut à tertio vel etiam caſu fortuito. Sed mihi iſta amplius & quidem principalis inter utrumque iſtum locum videtur eſſe differentia: quod illic unus ex duplici materia ſpeciem fecit, hic vero nulla ſpecies nova facta eſt, ſed tantum materiarum unitio & conjunctio: idque exempla hujus §. confirmant, de vinis & maſſis auri confuſis, de frumentis commixtis: excepto quod de confuſione vini & mellis proponitur: qui caſus etiam ſub ſpecificatione refertur in §. cum ex alienis ſed nimirum ſola confuſio materiarum id operatur, citra ullum artificium: & ego differentiam ab Hottomanno relatam non improbo: ſed alteram quoque illius vel præcipue rationem habendam dico. Et occaſione tractationis præcedentis de ſpecificatione hæc quaſi obiter adjecta videntur, ut quæ alias ad hanc materiam de adquirendo novo rei alicujus dominio non multum pertinere videantur. ſed rem ipſam explicemus. Confuſio & commixtio poſſunt quidem pro iiſdem & mixtim uſurpari, ſed hic ita diſtingui videntur, ut illa ſit conjunctio materiarum, quæ ad duos dominos pertinent, in unam maſſam & corpus unitum; hæc autem ſit magis conjunctio in unum acervum, & in corpus quod poteſt dici dejunctum, *arg. l. ver. 30. de uſucap.* Circa confuſionē non una occurrit diſtinctio Nam aut confuſæ ſunt materiæ ejuſdem generis, veluti aurum & aurum: vel diverſi, veluti vinum & mulſum, unde propria ſpecies exiſtit Rurſus materiæ confuſæ aut poſſunt rurſus ſeparari, ita ut cuiq; quod aute ejus fuit, reſtitui recte queat, aut ita ſeparari non poſſunt. Amplius, confuſio aut facta eſt utriuſque domini voluntate, aut citra eam: & hic rurſus aut facta eſt confuſio per unum ex dominis, aut fortuito. Secundum quas diſtinctiones ita ſtatuendum eſt 1. Confuſio facta voluntate dominorum, ſive diſtinctionem materiarum inducit cōmunionem: ſiquidem conſtat ex conventione res quaſvis fieri communes. Hic eſt autem effectus omnis communionis, ut res quæ ante ſingulorum erant diſtinctim, jam ſint utriuſque conjunctim, & pro partibus indiviſis: (in ſolidum enim res duorum eſſe non poteſt, quia contradictoria ſunt, eſſe commune & diviſum. Itaque hic obtinet, quod alias in rebus quibuſvis communibus: ut quia partes non amplius ſunt diſtinctæ, non poſſit unus vindicare ſeorſim, quod ſuum fuit ante, ſed partem pro indiviſo, tertiam, dimidiam aut quartam, pro rata, quam ante habuit: veluti ſi mea pondo duo auri, tuum pondo unum fuerint confuſa, ego vindicabo duas partes pro indiviſo, vel quod eodem redit, agam communi dividundo, ut res dividatur, & ex maſſa diviſa duo pondo, mihi reſtituantur. Huic addenda eſt ſecunda propoſitio, ſi materiæ ejuſmodi confuſæ fuerint quæ ſeparari non poſſunt & deduci, itidem inducitur communio, ſive confuſio ſit caſu facta, ſive ab alterutro domino tantum; quoniam ipſa conditio materiarum & qualitas facit, ut corpus ſit commune, quod ſeparari non poteſt: itaque hactenus eſt eadem ratio hujus caſus & prioris, ut agatur vindicatione pro rata aut communi dividundo, ut docet l. 3 §. *ult cum l. ſeq. de rei vindicat.* in qua additur, etiam furti agi poſſe & ad exhibendum, ſi quis dolo malo confuderit materias, ut appareat idem eſſe hic ubi unus dominus materias confudit (nam ubi utriuſque conſenſu vel fortu to confuſio facta eſt, iſtæ actione non habent locum) videlicet ut eſt in l. 5. quæ ſeparari non poſſunt. Quod ſi enim (& hæc tertia propoſitio eſt.) materiæ recipiant veram ſeparationem, & non communi conſenſu, ſed facto unius vel caſu confuſio facta eſt, corpus non fit commune: & ideo non agitur communi dividundo, ſed quivis partem ſuam diſtinctim & pro diviſo vindicabit, ut expreſſe docet *l. idem 5. §. 1 verſ. ſed ſi plumbum de rei vindicat.* Illa autem propoſitio, quod confuſis materiis ab uno domino quæ ſeparari non poſſunt, vindicatio competat pro indiviſo, aut actio communi dividundo procedat ſi utraque materia confuſa licet, eſſentiam veterem retineat: nam ſi prorſus nova quodammodo habeatur, & ut licet nova ſpecies ex confuſione exiſtat, quæ ad priſtinam ſpeciem reduci non poſſit, velut ſi Titius vinum ſuum & meum mel confuderit, in hiis rem actio non competit, ſed Titius totius corporis dominus factus eſt per ſpecificationem, juxta §. *cum ex alienis ſup. h. t.* quod docet *d. l. 5. §. 1. in pr. & fin. de rei vindicat.* itaque hic caſus ad iſtum § non pertinet. Et aliis actionibus hic ſuccurritur ei cujus materia fuit, de quibus mox: non pertinet, inquam ad hunc §. ſi ſuo nomine ita quis ſpeciem fecerit: ceteroquin ſi utriuſque nomine vel ſi voluntate utriuſque domini, aut caſu ea confuſio facta ſit, corpus

Ff

pus erit commune: de quo caſu hoc §. loquitur Juſtinianus. Et igitur in ſumma, aut rei confuſæ ſunt voluntate dominorum. & indiſtincte fit communio: aut extra eam: & hoc caſu aut ſeparari poſſunt, & rurſus indiſtincte nulla fit communio, ſive facto unius ſive caſu confuſæ materiæ ſint: aut ſeparari non poſſunt: & ſic rurſus, aut materiæ retinent ſubſtantiam ſuam & fiunt communes: non retinent, ſed exſtitit nova ſpecies: & iterum aut confuſio facta eſt caſu, & fiunt communes, aut facto unius, & corpus totum fit ſpecificantis, & ille domino priori materiæ propriis actionibus tenetur.

Ex hic apparet, recte in fin. §. *ſi duorum*, lege affirmative, *idem iuris eſſe placuit.* quomodo & in *l.7.§ ſed etſi 9. h.t.* quæ ſententia hic magis eſſet aperta, ſi legeremus, *Quod etſi.* Etenim in toto h. §. ut exempla oſtendunt, agitur de materiis confuſis quæ deduci in eguæ, quales prius erant, non poſſunt: itaque de iiſdem in *f.* §. agere intelligendus eſt: in hoc autem caſu ipſa materiarum conditio inducit communionem, ut paulo ante diximus. Itaque ad emendum ac error eſt Theophili, qui in hic legit negative ἐν τῷ αὐτῷ γενόνται. Putat autem Hottom. hic legi poſſe & legendum eſſe τῷν αὐτῷ: licet idem 4 *obſer.* 12. magis probet lectionem negativam: quæ vera ſane eſt, ſi ponamus, materies ſeparabiles caſu confuſas eſſe, hic enim communio non inducitur. Intelligimus autem ut materias ſeparari non poſſe, quæ ejus conditionis ſunt, ut non poſſint eadem numero reſtitui & prorſus eadem ſingulis dominis, quo ad ipſum corpus individuum, non quo ad quantitatem aut pondus. Ita enim in *l.* 3. §. 2. argentum duorum confuſum negatur ſeparari poſſe, quoniam ſcil. fieri non poteſt, ut ſciatur quæ pars ante cujuſq; fuerit. Contra plumbum cum argento mixtum ſi fuerit, ſingula poſſunt accurate ſeparari, qualia ante fuerint *l.* 5 §. 1. *verſ. quod ſi plumbum de rei vindicat.* ubi additur, æs & aurum mixtum non poſſe deduci, cui tamen contradicit *l. Labeo* 12. §. 1. *de a lq. rer dom.* quæ cauſa fuit, ut quidam ex *d. verſ Quod ſi,* negationem detraxerint: aut an ICtus in *d.l.* 5. agit de caſu quo ſeparatio in proclivi eſt & expedita: nō de ea quæ fit artificio aliquo accuratiori & laborioſiori: ad quem caſum referam *d l.12* § 1. aut an potius aliud in ære & argento, de quo in *d.l.12.* aliud in ære & auro, de quo in *d. l.* 5. *de rei vind.* quod ego peritis dijudicandum relinquo. Notat plane *Alciat.* 6. *parerg XI.* hodie inventam eſſe aquam quæ chryſallia dicitur, cujus vi aurum à quovis alio metallo ſeparari poſſit: eoque non amplius fore locum ſententiæ *d l.5.* §. 1. Fortaſſis autem an iſta detractio non fiet ſine corporum deteriorατione & imminutione: quod ſi ita eſt, hodieque defendam deciſionem *d l.5* § 1.

Hæc de confuſione. De commixtione breviter ita jus eſt, ut ſiquidem voluntate utriuſque domini facta ſit, acervus frumenti ſit communis §. *Quod ſi frum. in pr. h textu.* ceteroquin ſi hoc vel facto alterutrius vel caſu contigerit, nulla inducitur cōmunio: quoniam natura & eſſentia ſua ſeparata & diſtincta manent, *h. textu. verſ. Quod ſi caſu* Itaque ſummo jure quiſque dominus ſingulorum corporum & granorum habet vindicationem: ſed quoniam granorum quæ cujuſque fuerunt accuratam ſeparationem fieri impoſſibile eſt: oportet vindicationem inſtitui pro modo frumenti, v. c. in tot modios, adjecta qualitate frumenti, ita ut judex æſtimet quale cujuſque frumentum fuerit, *h. text. in f.* videlicet, ut ſi alterius frumentū melius fuerit, judex ei plus ex acervo frumenti, vel ratione bonitatis aliquam pecuniæ ſummam adjudicet: ut perinde pene effectu res ſit, ac ſi communio facta fuiſſet. Et hactenus exemplum à pecoribus commixtis h. § laborat diſſimilitudine: quoniam haud dubie ipſa corpora quæ cujuſque fuerunt, poſſunt vindicari. Sed Juſtin. ei fini tantum hoc adduxit, ut oſtenderet, ſubtili jure non fieri communionem frumentorum.

Electrum] Plin. *lib.*33. *cap* 4. Omni auro ineſt argentum: ubi quinta portio argenti eſt, electrū vocatur. Fit & cura electrum, argento addito. Alter Suidas ἤλεκτρον, ἀλλότυπον χρυσίον μεμιγμένον ὑέλῳ καὶ λιθίᾳ. Homerus videtur illi tribuere ſecundas poſt aurum 4. *Odyſſ.* χρυσοῦ τ' ἠλέκτρου τε καὶ ἀργύρου ἠδ' ἐλέφαντος. Alio ſenſu electrum appellat *Plin. lib.37. cap. 2. & v. Iſid. de Metall* 16 *cap.* 23.

TEXTUS.

21. Hic ſubjicio §. *ſi tamen.* ex ratione quam dedi ad § *prec.* & mox pluribus exponam.

Si tamen alienam purpuram veſtimento ſuo quis intexuerit, licet ſit pretioſior purpura, tamen acceſſionis vice cedit veſtimento; & qui dominus fuit purpuræ, adverſus eum qui ſubripuit, habet furti actionem, & condictionem, ſive ipſe ſit qui veſtimentum fecit, ſive alius: nam extinctæ res,

ctæ res, licet vindicari non poſſint, condici tamen à furibus, & quibuſdam aliis poſſeſſoribus poſſunt.

COMMENTARIUS.

1 *Adquiſitio per acceſſionem.*
2 *Qua actio detur amiſſo ita dominio.*
3 *De L.12.§.3 ad exhib.*
4 *De L.9.§ 3.eod tit.*
5 *De purpura attexta.*
6 *Et quid ſi id bona fide factum.*

Hic §. præ aliis difficilis eſt. Revocandum in memoriam eſt, quod ſup. diximus, occupationem aliam eſſe veram, aliam fictam. ubi res noſtra rem aliam ſibi adjectam ad ſe trahit, & quaſi occupat;
1 qui modus acceſſio vel † adjectio dici ſolet: Adjectio autem illa aut fit per naturam, cujus ſpecies in præcedentibus expoſitæ ſunt: vel facto hominis, cujus ſpecies plures in ſeqq. exponuntur. Et habet hæ ſpecies adquiſitionis hoc fundamentum, & hanc rationem, quod acceſſorium cedit principali, & adjunctum ſubjecto; utcunque forte principale ſit minoris pretii, velut hic Juſtinianus docet, purpuram attextam veſtimento, huic cedere, (ita ut veſtimenti dominus ſit dominus purpuræ) licet purpura pretioſior ſit. Et ita enim diſputat Paulus in *l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* neceſſe eſt rei cedere, quod ſine illa eſſe non poteſt, quod tamen pertinet ad poſterius illud, de adjuncto, ut cedat ſubjecto: latius autem patet hic modus, ut principali cedat acceſſorium; veluti in ſpecie hujus §. ſiquidem purpura poteſt eſſe abſque veſtimento, ſed quoniam conjuncta & quaſi incorporata veſtimento partem ejus facit, ut ſequatur conditionem ipſius veſtimenti, quoniam quod alicui rei adjicitur, cedit toto *l. ſed ſi 26. §. 1. h. t.* ut principali *l. cum aurum 19. § pervenimus 13 de auro & arg. leg.* & adjunctum quaſi habetur pro extincto *h. § junct. l. ſigni. 7. in pr ad exhib.* ubi negatur adjunctum iſtum poſſidere. Duplex autem circa hunc modum adquirendi inſpectio eſt: quod quis vel rem alienam adjicit rei ſuæ, vel rem ſuam alienæ, quo caſu itidem dominium rei ſuæ amittit: & utriuſque exempla h. t. proponuntur. Illud autem addit Juſtin. quod in omnibus ejuſmodi caſibus obtinet, quod licet amittam dominium purpuræ, tamen pro ea habeam alias, & proprias actiones. Et enim ratio adquirendi facit, ut dominus veſtimenti fiat dominus purpuræ: Sed & ratio facit, ut ne alter cum injuria mea locupletetur. Et hic in genere, aut paulo latius videndum eſt, quæ actiones † in hujuſmodi caſibus propoſitæ ſint ei, qui dominium rei ſuæ 2
amiſit. Plane ubi res quæ nullius, vel hoſtilis fuit, occupata eſt, quæſtio hæc non habet locum: ſed ubi quæ fuit alterius civis, per acceſſionem & ſpecificationem dominium mutavit; & quidem fere ubi factum hominis interceſſit; non ubi per naturam ſolam adjectum alteri quid fecit, extra illum unicum caſum quem tractavimus in *§. præterea ſup. h. t.* ubi per coalitionem pars agri à flumine avulſi, effecta fuit vicini, ubi utili actioni locum eſſe diximus ex *l. 5. §. 3. de rei vindicat.* Fere hic diſtinguendum eſt, an res adjuncta, ſeparari poſſit nec ne; & an bona an mala fide adjuncta ſit nec ne, & item an adhuc cohæreat nec ne? pleriſque caſibus accidit, ut licet rei adjunctæ dominium adquiratur alteri tamen quoniam adjunctio eſt adquirendi cauſa, hac ſublata etiam ceſſet effectus, & jus prioris domini redeat, ita ut rem ſeparatam vindicare poſſit, ut in *§ cum in ſuo ſolo 30 in fin. infr. h. t.* dicitur de materia alterius, ex qua ædificium extructum, & poſt diſſolutum fuit: imo tantum videtur hinc excipi unus caſus ferruminationis: per *l. in rem 23. §. Item 5. inf. de rei vind.* ubi ſi brachium ex materia aliena per ferruminationem quis ſtatuæ ſuæ adjunxerit, etiam abruptum brachium vindicari à domino poſſe negatur. Ita q; hoc caſu omnimodo agēdū eſt ſubſidiaria in factum actione *d §. 5. inf* & omnib. caſibus, quibus aliæ actiones deficiunt, de quibus jam dicemus. Et ita q; tum quoq; actio eadē neceſſaria erit, ubi quis ex materia mea vel ſola vel cum ſua ſpeciem fecerit, & ſibi dominium adquiſivit, & nimirum talem ſpeciem, ut materia mea ſeparari nō poſſit, veluti ſi ex melle meo & vino fecerit mulſum, vel melle meo & vino ſuo; ut mirum ſi bona fide putans iſta ſua ſpeciem fecerit; nam ſi dolo malo & ſciens aliena hæc fecerit, tenetur actione ad exhibendum, per text. *in l. Julianus 9. §. ſed ſi 3. inf. & l. de eo 12. § 3 ad exhib* perinde ac ille teneretur, qui rem quæ mea fuit, dolo deſiit poſſidere *§ nunc. admon. a. verſ. ſed ſi nummi inf. quib. alien. licet.* non autem tenetur tamquam ſi res adhuc mea eſſet; quoniam, ut ſupra diximus, iſtis modis adquiritur dominiū, etiamſi mala fides intervenerit; quod hic § expreſſiſſime docet, ubi proponitur etiam fur junxiſſe rem alienam & tamen negatur res vindicari poſſe. Duplex ſive cauſa eſt actionis ad exhibendum, & quod quis rem meam poſſidet, & quod eam dolo malo poſſidere deſiit. Et pro qualitate diverſorum

forum caſuum modo iſta ratio ſola eſt, modo utraq; concurrit, quod præſertim non omnino idem in iſ diverſis caſibus, omnibus ICtis placuiſſe videatur. Et nimirum ubi quis ex uvis meis vinum fecit, Juſtinian. in §. *cum ex al. ſup.* dixit eum fieri dominum; ſed diximus, id paulo pinguius dictum, & cum uvæ ad hanc unam formam deſtinatæ fuerint, & nuda tantum expreſſio acceſſerit, rationem magis facere ut qui uvarum dominus fuit, ſit etiam
3 dominus vini: quam rationem ſecutus eſt *Paulus* † *in d. l. 12. §. 3. ad exhiben.* ubi hac ratione utitur, quod vinum ſit eum, tamquam ex re mea factum; Cæteroquin ſi rationem Juſtiniani ſequamur, & ſpecificantem dominum factum dicamus, non tenebitur ille actione ad exhibendum, quia res mea ſit, ſed quia eam dolo poſſidere deſiit. Itaque in *dict. leg.* 12. §. 3. illa ratio Pauli potior & principalior attendenda eſt, quod meum ſit, quod ex re mea factum eſt (ſcilic. in illo caſu) non autem illa, quod ſciens alienas uvas fecerit vinum: nam ſi illa concludere debet, neceſſe eſt, ut idem ſit, etiamſi bona fide uvas expreſſiſſet: eoque poſteriorem rationem magis ex ſuperfluo adjunctam eſſe intelligendum. Eadem obſervatio neceſſaria eſt, *ad l. 9.* † *§. 3. ad*
4 *exhiben.* Ait ibi Juriſconſultus, ſi dolo malo res mea in aliud corpus translata ſit, competere mihi actionem ad exhibendum; & ſubjicit exemplū, ſi quis ex ſcypho meo maſſam fecerit; quoniam per mutationem formæ propeſit interempta ſubſtantia rei; Quandoq. idem ubi ex maſſa mea argenti ſcyphus factus eſt ſcyphus meus manet, ut ſupra dictum, & convenit inter ICtos, etiam & magis maſſa mea erit & manebit, quæ ex ſcypho meo facta eſt, itaque cum illa forma ſcyphi non ſit ex eo genere, quæ introducta dominum faciat eum qui ſcyphū fecit, neceſſario ſequitur, paulo pinguius loqui ICtum, dum ibi ait, videri interemptam ſubſtantiam rei; & porro actionem ad exhibendum ibi mihi competere, non tantum quia dolo ſcyphus in maſſam conflatus eſt, ſed etiam quoniam res mea eſt; eoq; idem omnino eſſe, etiamſi quis ſcyphum ſuum eſſe putans, redegerit in maſſam. Quæ omnino
5 notanda ſunt. Supereſt ut dicamus de adjunctione, quæ non facit † quod minus res adjuncta ſit integra re ipſa & eſſentia ſua, ſed tamen ut ſecundum quid habeatur pro perempta, quatenus alteri rei cedit cui adjuncta eſt. Hoc ſenſu purpura attexta veſtimento manet integra, & tamen quia alterius ſit domini, & cedit veſtimento, tamquam pars dicitur hoc §. extincta. Eadem ratio eſt, ſi quis ex metallo vel materia alterius pedem vel brachium ſtatuæ ſuæ adjungat, vel lecto pedem, aut navi tabulam *leg. ſed ſi 26. §. 1. de adquir. rer. domin.* Itemque ſi quis gemmam alterius includat auro & annulo ſuo *l. gemma 6. ad exhiben.* ubi negatur domino priori gemmæ vindicatio, quoniam ea annulo & hujus domino cedit. Et reſpondetur de hoc caſu, non quidem poſſe vindicari gemmam, ſed poſſe ad exhibendum agi, ut excludatur, *d. l. 6.* & ſic ita ſublata cauſa dominii, veteri domino reſtituatur. Nec dubito idem reſpōdendum in ſpecie *d. l. 26. §. 1.* & in caſu quem tractat §. *noſter*, de purpura attexta veſtimento, poſſe agi ad exhibendum, ut ſeparetur à veſtimento & reſtituatur. Loca ſcil. ex locis ſuppeditantur, neque quod hanc actionem non proponit Juſtinianus, ideo eam negatam eſſe credendum eſt, nec enim ulla apparet ratio, quominus eadem hic obtinere debeat, quod in gemma incluſa auro juxta *d. l. ad exhib.* commentitium enim eſt, quod quidam hic purpuram non ſimpliciter attextam, ſed penitus ita intertextā & intextam veſti meſtr, ut ſeparari non poſſit, interpretentur. Et ratio illa juriſgentium adquirendi non facit, quo minus ratio iniri debuerit, per quam adquiſitionis cauſa iſta ad irritum redigeretur, & dominus rem ſuam iterum adipiſceretur.
Sed quæritur an †; quod diximus ad exhibendum agi ut res adjuncta ſeparetur & reſtituatur, etiam 6
locum habeat, ubi quis bona fide rem adjecit rei ſuæ: Et magis eſt, ut id affirmandū exiſtimē; nec enim qui bona fide vel maxime junxit, denegare debebit quo minus domino res reſtituatur, nec habebit, quod opponat, ut effugiat neceſſitatem ſeparationis; quamvis hoc ei tam poſſit, judicis arbitrio permittendum, an non hic bonæ fidei poſſeſſor, qui rei factus eſt dominus, audiri debeat, ſi æſtimationem rei adjunctæ offerat, & ſolvere ſit paratus, idq. omnino dixerim, ſi ex ſeparatione aliquid detrimenti & damni ſit poſſeſſor ſenſurus; & hæc ex iis quæ paulo poſt dicemus, de pictura, confirmabuntur magis; ut autem hoc malæ fidei poſſeſſori præſtetur, ratio non eſt. Hæc pro iſtius rei explicatione ſatis, ſuperſunt adhuc nonnulla pro hujus § enucleatione, quæ tamen ſicco pede tranſeunt Interpp. noſtri.

Ait Juſtinianus, eum qui dominus fuit purpuræ, habere furti actionem, & condictionem. Ubi cum condictionem furtivam ſine dubio intelligat, (quia ait dari eam contra hunc qui ſubripuit) illud occurrit, quod condictio furtiva dicitur dari

ſoli domino *l.1. de condict. furt. l. eum qui 14. §. qualis 16. de furt.* & quiſque dicitur rem ſuam condicere fur *l. ult. inf. uſufr. quemadm. cau.* non videtur adeo ei hic locus eſſe, quia dominus amplius non eſt, ſed fuit. Reſpondendum eſt, quod condictio furtiva domino ſoli dicitur competere; pertinere ad excludendos eos, quibus ob id tantum actio furti datur, quoniam eorum intereſt, juxta *§ furti 13. infra de obligat. ex del.* non autem ad excludendum eum, qui cum res ſubriperetur, dominus fuit, & qui ſine facto ſuo ex ratione juris gentium dominium dicitur amiſiſſe; nec enim rationis eſt, ut condictio ſemel mihi quæſita, per factum alterius, maxime ſi ipſe fur fecerit veſtimentum, ſine facto meo auferatur, quæ explicatio dictæ propoſitionis perſpicue ſatis probatur ex *dict. leg. 14. §. 16 de furt.* & hoc ſenſit Joh. Faber, dum ait condictionem furtivam non adquiri niſi domino, & perpetuam durare, ſi dominium ſine facto ſuo amiſit. Ait

Adverſus eum qui ſubripuit.] Hoc ideo, quia res mobilis facile ſubripi poteſt, & facile in furti vitium cadit *§ unde in rebus infr. de uſucap.* Ceteroquin poteſt etiam res non ſubrepta eſſe, & extra vitium furti. Et qui ſciens alienum jungit, hoc ipſo videtur furtum committere *argument. d. § 3.* ut adeo tantum exempli loco poſitum hoc appareat & qui bona fide jungit, licet non faciat furtum, tamen, ſed alia actione tenetur, ut ſupra diximus.

Sive ipſe ſit qui veſtimentum fecit.] Hinc perſpicue probatur, quod ante diximus, malam fidem non obſtare his adquirendi modis, fur enim non poteſt non eſſe in mala fide; & tamen licet hic veſtimentum fecerit, rem pro extincta haberi, atque ita furi adquiſitam eſſe docet Juſtin. hoc §.

Licet vindicari non poſſint.] Quia dominium amiſſum eſt; & ſc. vindicari non poſſunt hæ res, directo, quatenus tales & ſcil. adhuc junctæ ſunt: Ceteroquin diximus paulo ante, poſſe ad exhibendum agi ut ſeparentur, quomodo in ſimili reſpõſum eſt, gemmam incluſam auro vindicari non poſſe, ſed ut excludatur, ad exhibendum agi poſſe, quo facto poterit vindicari, *l. in rem 23 §. item ſi de rer. vind.* Itaque, quod itidem monuimus, non eſt res revera extincta, ſed ſecundum quid pro tali habetur. Nihil plane obſtat *l. item ſi 15. §. ult. cum l. ſeq.* (quam objiciunt Interpp. ut probent etiam rem extinctam vindicari) *de re vind.* quia ibi periit res poſt litẽ conteſtatam. Magis obſtat quod etiam re conſumpta eſt actio ad exhibẽdum *§ 2. infr. quib. alien. licet.* & vulgatum eſt eum, qui dolo deſiit poſſidere, teneri utili actione in rem. Equidem nõ dubito hoc caſu eſſe locum actioni ad exhibendum, non tanquã pro re conſumpta, ſed ut ſeparetur res. At cum etiam pro re conſumpta & dolo amiſſa ſit actio utilis ad exhib. & vindicatio, non videtur recte hic ſimpliciter dici, quod res extinctæ non poſſint vindicari, de quo dicemus aliquid ad §. ſeq.

Condici tamen] Variat hic lectio. Quidam libri habent *furibus & quibusq;* (ſeu quibuſcunque) *poſſeſſoribus poſſunt.* Sed rectior lectio eſt & eadem receptior, *quibuſdam.* & nimirum qui ſunt ſimiles furibus: ad quod adduci ſolent *l. verum 25. verum l. ſi procuratori 14. de condict. cauſ. dat. l. ſi pignore 22. § ſi prædo 12. de pign. act.* Sed enim & uxor quæ amovet res, revera fur eſt, *leg. 1. rerum am.* & procurator *d. l. 14.* furtum feciſſe dicitur, & quiſquis ſciens rem alienam vendit, itidem furtum dicitur committere *in d. § unde 3. infr. de uſucap.* ut proinde Juſtinianus hic furem quem ſeparat ab aliis ſimilibus poſſeſſoribus, in ſpecie uſurpare videatur, pro eo, qui rem clanculum alteri aufert. Etenim omnino neceſſaria eſt hæc explicatio, ut hic poſſeſſores alios ſimiles furi intelligamus, quoniam Juſt. agit de condictione furtiva, quæ non niſi contra eos dari poteſt, qui furum inſtar ſunt, cujuſmodi etiam eſt prædo, qui mala fide fundum alienum tenet, & inſtar furis habetur in fructibus, qui ob id etiam conſumpti ei condicuntur *leg. 22. §. 2. de pign. act. l. pen. Cod. de condict. ſine cauſ. l. 4. infr. Codit. de crim. explic. hered.* quamvis enim Accurſ. *in d. l. 3. & d. l. 4.* intelligat condictionem ſine cauſa, verior tamen fortaſſis eſt eorum ſententia, qui de condictione furtiva illa loca interpretantur. Aut dicendum erit, licet verba præ. cõd. ad condictionem furtivam pertineant, non tamen propterea, quod eſt in extremo §. neceſſario de condictione furtiva accipiendum: ſiquidem, ut vulgo dicunt Doctores, contra furem & alios id genus condictiones degenerant, ſcilicet, ut etiam dominis dentur; itaque commune hoc erit furibus & aliis, id genus poſſeſſoribus, ut res condicatur, ſed non propterea eodem genere condictionis. Ut autem intelligamus quoſvis poſſeſſores etiam bonæ fidei, vix admitti poteſt, per prædicta: nec etiam verum videtur, quod hic Weſembec. ait, etiam bonæ fidei poſſeſſoribus condici æſtimationem; neque id ex *l. 23 §. Item 5. de rei vind.* Sed imo contrarium inde probatur; quoniam actio in factum, quæ ibi proponitur, omnino diverſa eſt à condictione. Magis videtur

detur pro Weſemb. facere, quod eſt in § *nunc adm. 2. inf. quib. alien. lic.* Si pecunia bona fide cōſumpta ſit, eſſe condictionē, ſin mala fide, agi ad exhibendum: Verum 1. quod actio ad exhibendum datur, non ob id intelligendum eſt excludi condictionē, ſi mitius quis agere velit; illa autem gravior eſt tamquam contra eum, qui dolo deſiit poſſidere, in quem itatur in litem. Deinde quod ad removendam iſtam objectionem pertinet, ſpecialis ibi ratio eſt condictionis, quia per conſumptionem ut Dd. loquuntur, conciliatur mutuum, quod ab initio, nummis à pupillo datis non conſiſtebat: itaque hic inter duos aliquid actum eſt; quod locum facit condictioni; extra caſum furis & ſimilium perſonarum. Et tamen videntur condictiones latius patere, quam ut opus ſit aliqua expreſſa vel tacita conventione. Et explicatio Weſembec. quæ etiam Baronis eſt, videtur inde confirmari, quod Juſtini. in. proponit duplicem caſum, quo fur junxit, & quo alius ad quem res poſtea pervenit; itaque etiam in fine ad utrumque caſum reſpexiſſe videtur, poſſe condici furi, & quibuſvis aliis poſſeſſoribus; Secundum quod in præcedentibus verbis, *furti actionem & condictionem*, condictio non neceſſario de condictione furtiva accipienda eſt, ut autem cōdictionis verbum accipiamus in genere pro actione perſonali, quod Mynſing. cenſet, non placet, cum ejus uſurpationis jure noſtro vix extet exemplum. Cogitandum autem, ſiquidem Weſembec. & Baronem ſequimur, cuinam condictioni poſſit eſſe locus contra eum qui bona fide junxit. An forte condictioni ſine cauſa: de quo tamen dubitare licet, cum ex jure gentium dominium conſecutus ſit jure acceſſionis. Ego hæreo. Illud non capio, quod Theoph. contra furem det actionem furti, contra alios condictionem furti; hæc enim non niſi contra furem & heredes datur; & qui ſciens alienum junxit, furti quoq; tenetur. Sed cur Juſtinianus ait, condici POSSESSORIBUS, cum tamen condictio utpote actio perſonalis, non requirat ut reus ſit poſſeſſor, & conſtat condictionem furtivā etiam re perempta competere. Non putandum eſt, hoc ideo dictum, quaſi neceſſaria ſit poſſeſſio, ſed quia poſſeſſores ſemel fuerunt, & quia in hoc §. de eo qui etiamnum poſſidet veſtimentum, Juſtinianus tractare videtur; utiq; *in d. l. 3. C. de condict. ſine cauſa*, pro fructibus conſumptis condictio datur.

* * *

TEXTUS.

22. Cum in ſuo ſolo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipſe ædificii dominus intelligitur: quia omne quod ſolo inædificatur, ſolo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, deſinit dominus ejus eſſe, ſed tantiſper neq; vindicare eam poteſt, neq; ad exhibendum ea de re agere, propter Legem duodecim tabularum, qua cavetur ne quis tignum alienum ædibus ſuis junctum eximere cogatur, ſed duplum pro eo præſtet per actionem, quæ vocatur, de tigno juncto. Appellatione autem tigni omnis materia ſignificatur, ex qua ędificia fiunt. Quod ideo proviſum eſt, ne ædificia reſcindi neceſſe ſit. Quod ſi aliqua ex cauſa dirutum ſit ædificium, poterit materiæ dominus, ſi non fuerit jam conſecutus duplum, tunc eam vindicare, & de ea re, ad exhibendum agere.

COMMENTARIUS.

1 *Materiæ dominium an retineatur.*
2 *Diſtinctio domus à materia.*
3 *Tignum junctum cur non vindicetur*
4 *Actio tigni juncti.*
5 *Ad l. 98. §. ult. de ſolut.*
6 *An iſta actio detur in eum qui bona fide junxit.*
7 *De L. 2. de tign. junct.*
8 *An poſſit quis eximere tignum & reſtituere.*

ALia hæc eſt ſpecies acceſſionis, per inædificationem, & fit ille dominus ędium cujus eſt ſolum, *in pr. h. §.* ſive quis ex aliena materia ędificaverit in ſuo ſolo, ſive ex ſua materia in alieno; de hoc *in §. ſeq.* de illo iſto quē propoſuimus §. tractatur. Et traditur initio cauſa adquiſitionis iſtius, quod quidquid inædificatum eſt cedat ſolo quippe ſine quo eſſe non poteſt, ut Paulus in genere ratiocinatur *in l. in rem 23. §. 3. de rei vindic.* & hoc naturalis juris eſſe ut ſuperficies ſolo cedat, ait *ICtus in l. qui domum 50. ad L. Aquil. junct. l. qui res 98. § ult. verſ. non eſt. de ſolut.* ubi ſuperficies cedit area: facit *l. nunquā 26. de uſucapionib. & l. redemptores 39.*

de

de rei vindic. & in terminis *l. ſi is 5. C. de ædif. priv. l. ſi ſupra 28. de adq. rer. dom.* Atq; ita ſolum quaſi occupat, & ad ſe trahit, quod eſt inædificatum. Ubi
1 ſtatim occurritur, quod † ſi quidem ille dominus fiat, cujus eſt ſolum, falſum eſſe oporteat, quod ſtatim ſubjicit, ut eum qui fuit materiæ dominus, non deſinere eſſe dominum; nec enim duo ejuſdem rei in ſolidum domini eſſe poſſunt. An quia jus iſtud ſummum adquirendi, ſæpe non ſatis conveniens æquitati, non videtur extinxiſſe omnino jus prioris domini? An hoc dictum accipimus inſpecto eventu ſoluti ædificii, quo ſublata cauſa dominii, jus priſtini domini quaſi reviviſcit, & is etiam materiam vindicare poteſt, ut eſt *in fin. hujus §.* quæ eſt explicatio Theophili ὁ δεσπότης τῆς ὕλης οὐκ ἀπώλεσε τὴν δεσποτείαν τῆς ὕλης, ὡς ἀπεκρύβη: ἀλλ' ἐφ' ὅσον ἕστηκε τὸ οἰκοδόμημα, an potius diſtinguimus inter æ-
2 dificium & materiam? Ea † quidem qua conſideratur, ut incluſa ædificio videtur adquiſita domino ſoli. Sed poteſt etiam conſiderari in ſe, & tanquam ſubſtantiam extra ædificium habens: eaque conſideratione verum poteſt eſſe, quod hic Juſtinian. ait, non deſinere eum dominum eſſe, cujus materia erat antequã ædificio jungeretur: quo facit bonus textus *in l. habitator 59. de rei vind.* Itemque facit, quod in ceteris etiã rebus quę junguntur vel atrexuntur, nõ plane expirat jus prioris dominii, ſed ad exhibendum actio datur, ut ſup. diximus ex *l. in rem 23. §. item 5. de rei vind. l. gemma 6. ad exhib.* & præcipue, diverſam cenſeri materiam ab ipſo ædificio, evidenti argumento eſt, q; licet dominus ſoli tanto tempore poſſederit ædificiũ, quo alias res quævis mobiles uſucapiuntur, tamen ſoluto ædificio, cõpetit vindicatio materiæ, domino priori *d. l. 21. §. ult. l. cum qui 23 per tot. de uſucap.* unde qui inſulam, id eſt, ædes petiit, licet victus, poteſt poſtea cæmẽta petere, neq; enim cujus inſula eſt, ejuſdem protinus & cæmẽta ſunt *l. ſi quis 7. § ſed in 2. de except. rei iudic.* Non abs re tamẽ eſt, quod hic annotat Hotom. non idem videri, ſi forma rei quodammodo mutata ſit, veluti ſi quis arborem alienam vivam exciderit, & ex ea tigna, & tabulas fabricaverit, cũ ita nova ſpecies facta ſit *arg. l. ſed ſi 26. de adq. rer. dom.* Sed & ſecus eſt, ſi quis jam materiam cœperit uſucapere, & ad implendam uſucapionem pauci forte dies ſuperſint, intra quos probabiliter dominus materiam non vindicaſſet, tum enim materia ſi juncta ſit, poterit uſucapio impleri *l. verũ 30 §. 1. de uſucap.* Ceteroquin aliud erit, etiam ſi bona fide ſtatuto tempore materiam junctam ædificio poſſederit: quia negligentia non poteſt objici omnino, qui propter L. XII. Tabb. materiam vindicare non poteſt. Sequitur in h. §. tantiſper, & interim dum ædificium ſtat, † materiam nec poſſe 3
vindicari, nec ad exhibendum agi: Eaque in re diverſa ratio eſt tigni vel materiæ alienæ, ædificio junctæ, & v. c. alienæ gemmæ auro incluſæ; hæc enim, ut ſeparetur & reſtituatur ad exhibendum agi poteſt *d. l. 6. ad exhib. d. l. 23. §. 5. de rei vind.* at tignum ut ſeparetur, agi non poteſt, quæ differentia nominatim traditur *in d. l. 6. verſ. aliter, ad exhib. l. 23. §. pen. de rei vind.* Ratio differentiæ hic *&* *in d. l. 23. & in l. 1. de tign. iunct.* traditur. Lex XII. Tabb. quæ cavet, ne quis tignum alienum ædibus junctum eximere cogatur: & additur ratio rationis, quæ movit Legislatorem, ne ædificia reſcindi neceſſe ſit, & ne ita ruinis urbs deformetur, quæ eadem redditur *in l. 1. in pr. de tign. iũcto* & facit *l. præſes 7. de off. præſ.* Sed an ita nullum remedium habebit dominus materiæ, ſed cogetur & re & pretio carere, donec ædificiũ ſit diſſolutum? Minime vero, ſed datur † ei in- 4
terim actio de tigno juncto in duplum *h. §. d. l. 1. de tign. iunct. d. l. 23. §. pen. de rei vind.* Sed objicitur *l. quod rei 98 §. ult. de ſolut.* ubi JCtus. Lex inquit XII. tabb. tignum vindicari poſſe ſcit, id eſt, ſciſcit ſive ſancit; cum tamen in textibus citatis & nominatim *d. l. 6. ad exhib.* vindicatio negetur; & videtur ſibi contradicere JCtus *in d. l. 98. §. ult.* dum ſtatim addit, prohibere L. XII. Tabb. ne tignum ſolvatur, eo autem vẽdicatio tendit, ut res reſtituatur, quod fieri non poteſt, niſi ſolvatur; & difficultatem auget, quod dicitur *in § ſi tamen 27 ſup. h. t.* rem quæ juncta eſt, pro extincta haberi & ob id vindicari non poſſe. Equidem ſcrupulum quem nectit *d. l. 98. §. ult. de ſolut.* expediunt *d. l. 23 § pen. de rei vindic. & l. 1 § ult. de tign. iunct.* Nam *in d. l. 23.* ait JCtus non poſſe agi ad exhibẽdum, niſi adverſus eum qui ſciens alienum tignum junxit, & in *d. l. 1 § ult.* non ita conveniri hunc quaſi poſſidentem, ſed ita quaſi dolo malo fecerit, quo minus poſſideret: & itaque de eo qui ſciens junxit, accipienda eſt *d. l. 98. §. ult. de ſolut.* nec adeo ſecum pugnat JCtus, dum ait non ſolvi debere tignum licet vendicetur, quia non convenitur tanquam poſſidens, ut reſtituat, ſed tanquam qui dolo deſierit poſſidere, ad hunc effectum, ut contra eum in litem juretur, quaſi qui dolo fecerit ne poſſet reſtituere; quo eodem reſpectu & effectu, contra eum qui mala fide nummos ſolutos conſumpſit, eſt actio ad exhib. *§. nunc admonendi inf. Quib. alien. lic.* Eadem eſt & ratio actio-

nis

nis ad exhib. & utilis rei vindicationis, ut probet *l.23.§.pen. de rei vind.* quæ vindicationem conjungit cum actione ad exhib. nedum Itaque errat Weſembec. qui hanc putat eſſe ſententiam † *d.l.98.* 5
§.ult. quod actio quidem in rem competat, ſed quæ ſit differenda in tempus ſoluti ædificii. Hi conſequenter in ſimilibus terminis, ubi quis gemmam alienam incluſit auro, vel purpuram alicuam adſuit veſtimento ſuo, mala fide & ſciens rem alienam, & ad exhibendum & utili actione in rem tenebitur, adeoq; textus qui negant vindicare poſſe, *l.6. ad exhib. l.23.§. Item 5. de rei vind.* aut de eo qui bonam fidem habuit, aut de actione directa erunt accipiendi; & hoc poſteriori modo, explicandus *d.§.27.h.t.* qui non obſcure contra ipſum furem qui rem junxit, negat rei vindicationem; quoniam non facile quis utitur rei vindicatione, qui actionem furti habet & condictionem furtivam; cum in rei vindicatione ſit probandum dominium, quod difficile eſt. Et in hoc quoque caſu cum per vindicationem utilem non conſequatur reſtitutionem: utilior eſt actio tigni juncti in duplum, quam introduxit L. XII. Tabb. Cogitandum tamen, an forte ſpecialis ſit in tigno juncto, ut hujus facilior ſit utilis vindicatio, cum adhuc dicatur hoc § prior eſſe & manere materiæ dominus, quam adeo directo vindicare poſſet, niſi obſtaret L. 12. tabb. alia ceterarum rerum quarum ſpecies dicitur mutata aut ea quaſi extinctæ per acceſſionem, ut *in d.§.27.h.t.* Nec obſtabit *§.2. infra quib. alien. lic.* vel quia non eadem eſt omnino ratio actionis ad exhibendum & rei vindicationis: vel potius, quia ibi res eadem manens conſumpta eſt, a deo habetur pro poſſidente ob dolum; at illis caſibus res non manet eadem; ſed mutatur, & adeo propria ratione pro extincta habetur. Quod cogitandum propono, occurrit & iſtud, aliam eſſe rationem earum rerum, quæ adjectæ & junctæ cum eo cui adjunguntur faciunt quidem unam ſpeciem, & ob id ipſo jure vindicari non poſſunt, retinent tamen omnino eſſentiam ſuam, & non ita difficulter ſeparari poſſunt: aliam earũ, quę ſubſtantiam priorem mutant & novam induunt formam. Ex illorum numero eſt gemma auro incluſa, eoque ad exhibendum recta agitur, ut ſeparetur *d.l.6. ad exhib. junct. l.29 § 5. de rei vindic.* Ex horum numero eſt, navis ex alienis tabulis ita facta, ubi quis arborem vivam exciderit, & navem fecerit. Quod ſi ita eſt, tanto magis mancus fuerit Juſt. *in d.§. ſi tamen 27. ſup. h.t.* aut intelligenda erit purpura non ſimpliciter & leviter adſuta veſtimento, ſed ita attexta & intertexta, ut omnino integra ſicut prius erat, reparari à veſtimento non poſſit. Et quod dixi facilius poſſe eſſe utilem vindicationem tigni junct., eo argumento confirmatur, quod Lex XII. Tabb. non tantum de tigno ædibus, ſed etiam vineæ juncto locuta eſt *l.1 de tign. junct.* cujuſmodi junctio ſane non mutat eſſentiam rei: ſed ſuſtulit directam vindicationem L. XII. Tabb. ne cultura vinearum turbetur. Non tamen placet, quod eo argumento Hottomann. hic cenſet, Legem XII. Tabb. tantum locutam eſſe de temporali uſu tigni in ædificio mox rurſum diſſolvendo, non eo quod extruitur, ut quam longiſſime duret. Et hæc ſententia evertitur *per l. 1. de tigno junct. & hunc §.* ubi hæc ratio redditur L. XII. Tabb. ne ædificia diruere neceſſe ſit, & ita ne urbs ruinis deformetur; parum autem curanda eſſet diſſolutio ædificii ad temporalem uſum extructi; tam etiam abſurdum eſt, textum, imo Legem indiſtincte & generaliter loquentem, reſtringere ad ejuſmodi ædificii genus. Nec obſtat, quod vindicari poſſe dicitur materia ſoluto ædificio. Etenim ſæpe etiam de caſibus qui non ita frequenter contingunt, reſpondent JCti; & poteſt etiam pars ædificii ſolvi, ut locus fiat vindicationi: & idem plane dicitur in paulo ſuperius citata *l.7.§.2. de except. rei judicatæ.* quæ alienis ædibus juncta fuerunt, ſi ſeparata ſint vindicari poſſe: & loquitur ibi de inſula & ſimpliciter de ædibus: Sed nec omnia ita juncta ſunt, ut citra ruinam ædificii ſolvi non poſſunt; adeo etiam non captanda ſunt verba, quaſi totum ædificium protinus corruere neceſſe ſit. Sed redeamus propius ad textum noſtrum. Dicitur contra eum † qui 6
junxit, eſſe actio de tigno juncto in duplum. Quæritur an hæc etiam competat contra eum, qui junxit tignum, ignorans eſſe alienum. Affirmans ſententia ſuadetur his rationibus. 1. Quod h. §. indiſtincte ea actio proponitur contra eum qui junxit. 2. Id vel maxime confirmatur ex *l. Item 23.§. pen. de rei vind.* Ubi JCtus ait contra jungentem eſſe actionem de tigno juncto in duplum, non autem vindicationem neq; actionem ad exhibendum, niſi adverſum eum, qui junxit ſciens: Ubi cum opponantur actio de tigno juncto & rei vindicatio actioque ad exhibendum, & hic in ſpecie ſubjiciatur, quod detur adverſus ſcienter jungentem, optima conſequentia efficitur, actionem de tigno juncto contra quemcunq; poſſeſſorẽ dari. 3. Facit *l. de eo 63. de donat. int. vir. & ux.* ubi excipitur ſolus ille caſus,

quo

quo tignũ alienum volente aut ſciẽte domino junctum eſt, in ceteris igitur omnib. caſibus actioni de tigno juncto in duplum erit locus. Quarto ſolide iſta ſententia hoc argumento confirmatur. Per quam actionem de tigno juncto inſtitutam ſtante ædificio, conſumitur rei vendicatio, ut ſcil. ſoluto ædificio materia amplius vindicari non poſſit, illa datur contra bonæ fidei poſſeſſorem. Atqui per quandam actionem de tigno juncto ita conſumitur materiæ vindicatio. Ergo &c. Ratio majoris eſt quoniam actio de tigno juncto in duplum contra furem & omnem eum qui ſciens junxit, & qui pro fure eſt, pura eſt pœnalis, ut expreſſum eſt *in l. 2. de tign. juncto*, itaq; non poteſt conſumere rei vindicationem, ſed hæc etiam ſoluto ædificio ſupereſt, idque eſt quod ait JCtus *in d. l. 2.* licet ſit actio tigni

7 † juncti in duplum, videlicet, contra eum qui ſciens junxit, de quo *in l. 1. §. ult. eod. tit.* extrinſecus tamen eſſe rei vindicationem, prorſus ut loquitur Juſtin. *in §. ult. Inſt. de furt.* quod præter actionẽ furti dominus habeat extrinſecus rei vindicationem; & eodem ſenſu JCtus *in l. ut tantum 14. §. in hac 5. de ſervo corr.* ait, in ea actione duplũ non eſſe. Extra eã, id eſt, eam non eſſe pure pœnalem, ſed mixtam adeoq; ferri non poteſt, quod Weſenb. hic *in d. l. 2.* pro *extrinſecus* vult legi *extincta*, & inepta plane eſt ratio, quod bona fides non patiatur bis idem exigi: ita enim omnino nec duplum peti poſſet actione licet mixta: & certiſſimi juris eſt, actionem furti contra furem non manifeſtum eſſe dupli mere pœnalem: furis autem inſtar eſt, imo fur eſt, quiſquis rem alienam ſciens ædificio ſuo jungit, *argum. §. unde 3. ſup. de uſucap.* Non etiam obſtat, quod *h. § in fi.* dicitur, non poſſe vindicari materiam, ſi quis jam ſtante ædificio egerit de tigno juncto, & duplum ſit conſecutus: Etenim textus textibus ſunt conjungendi, & propter *d. l. 2. de tigno juncto. hic §. in fi.* de eo qui neſciens alienum junxit, eſt accipiendus; cum præſertim hanc explicationem & ratio & textus expreſſus ſuadeat, improba autem eſt textuum mutatio. Atq; ita & ex *hoc §. in fin.* probatur propoſiti argumenti aſſumptio, quod per quandam actionem tigni juncti rei vindicatio cõſumatur; Ex quo ſequitur concluſio, quod etiam detur actio tigni juncti in duplum contra eum qui ignorans alienum junxit. Cui ſententiæ non obſtant textus, quos citat Weſemb. *in l. 98. § ult. de ſolut. l. 23. §. pen. de rei vind.* Quin ut oſtendimus hæc cõtrarium docet; ſimul & hoc, vitioſe adduci *d. l. 98. §. ult.* ubi dicitur pretium dari debere: id enim non de ſimplo

ſed omnino duplo accipiendum, inde probatur, quod ille locus qui vindicationem concedit, ad eũ qui ſciens alienum junxit referendus eſt, contra hunc enim utilem dari vindicationem, tamq; am contra eum qui dolo deſiit poſſidere, docet *d. §. pen. junct. l. 1. §. ult. de tign. junct.* Magis obſtat, quod L. XII. Tabb. videtur locuta eſſe de tigno furtivo *arg. l. de eo 63. de donat. int. vir. & d. l. 1. de tign. junct.* Sed præterquam quod etiam tignum furtivum poteſt bona fide à tertio jungi, qui ignorat furtum, vitium a. furti rem ipſam comitatur, dici poteſt, Legẽ 12. Tabb. uſam eſſe appellatione furtivi, nõ quod omnino neceſſum eſſet, tignũ eſſe furtivũ, ſed quod ut plurimum ita accidit, ut res alienæ mobiles cadant in vitium furti, *arg. § unde in rebus 3. inf. de uſucap.* Et in h. §. non tigni furtivi, ſed tantum alieni ſit mentio, cum tamen id proponatur ex L. XII. Tabbl. ſicut & in *d. l. 23 §. pen. de rei vind.* obſtat etiam, quod iniquum videatur, ut qui tignum putans eſſe ſuum, junxit ædibus teneatur in duplum. Verum & habet quod ſibi imputet: & non tantum jungentis, ſed etiam domini tigni habenda ratio eſt, qui invitus cogitur carere ſua re, quam quaſi injuriam, conceſſa actione tigni juncti in duplum, compenſare L. XII. Tabbl. voluiſſe videtur, & ita comm. Interpp. hic pro damno & injuria quam patitur dominus materiæ, quod eam vindicare non poteſt, hoc ei commodum datum, ut in duplum poſſit agere, etiam contra bonæ fidei poſſeſſorem: & tamen poterat hic pro æſtimatione actio in factum concedi, quæ alias quoque datur, ubi res non recipit ſeparationem *l. in rem 23. §. item 5. in fi. de rei vindic.* Accedit denique quod neceſſitatem

† ſolvendi duplum vitare poteſt qui bona fide junxit, ſi tignum exemptum reſtituat. Hoc autem 8

quoniam dubium eſt, confirmare oportet plenius. Quæritur de ſententia L. XII. Tabb. An bonæ fidei poſſeſſor eximere tignum poſſit ſi velit, atque ita evitare & excludere actionem vel condemnationem in duplum. Plerique putant, hæc eum non poſſe. Loquor de bonæ fidei poſſeſſore: nam qui convenitur ut fur actione mere pœnali, hanc pœnam non poteſt evitare. Sed nec illum poſſe eximere, probãt aliqui ex *l. 98. § ult. de ſolut.* ubi JCtus ait, Quod L. XII. Tabb. prohibeat ſolvi tignum, & *in l. 1. de tign. junct.* Lex XII. Tabb. inquit JCtus, non permittit ſolvere tignum, &c. & *in l. 6. ad exhib.* L. XII. ſolvi vetat, & etiam in ultro tollente militat ratio, nec publicus adſpectus deformetur; quã fuiſſe rationem L. XII. tabb. colligere licet ex *l. 2.*

C. de ædif. priv. l. 2. §. ſi quis 17. & l. ult. ne quid in loc. pub. ju ſub l. prætor 20. §. hoc int. 13. de nov. op. nunt. fac. l. præſes 7. de off. præſ. Cõtra adducitur hic §. *juſt. l. 7. §. cum in ſuo 10. h. t.* ubi cautum dicitur L. XII. Tabb. an quis tignum eximere COGATUR: & rurſus hoc §. redditur ratio L. XII. Tabb. ne ædificia reſcindi neceſſe ſit. & in *d. l. 2. §. 17. & l. ult. Ne quid in loc. pub.* non cogendũ eſſe demoliri. Et quibus locis videntur priora illa loca explicanda: & nimirum Lex XII. Tabb. voluit inhibere ordinariam naturã actionis ad exhibendum & vindicationis, juxta quam niſi actor in lite m contra contumacem jurare malit, invito etiam poſſeſſore alias res aufertur *l. qui reſtituere 68. de rei vindic.* & poteſt eo reſpexiſſe L. XII. Tabb. ſiquidem verbis prohibitivis uſam præſupponas, quod non facile cũ periculo ruinæ tignum ſit ſolutatus. Nec valde mover, quod vulgo traditur hæc ratio fuiſſe L. XII. Tabb. ne ruinis urbs deformaretur. Poteſt enim dici illam non eſſe adæquatam rationem, ſed tantum impulſivam, ſed & ei qui ædificavit in alieno ſolo ex ſua materia, aliquando permittitur tollere ædificiũ *l. Julianus 37. de rei vind. l. ſin autem 27. § ult. eod. l. 9. de impenſ. in reb. dot. l. domũ 5. in fi. C. de rei vind.* nec omnia tigna ejus ſunt conditionis, ut eorũ exemtio ſecũ trahat ruinam ædiũ. Quin nec omnino adæquata ratio videtur ne ruinis urbs deformetur: quippe cũ L. XII. Tabb. etiam de tigno vineis juncto loquatur, & proinde dubio procul ad ædificaturi etiã poſita pertineat: quæ tamẽ ratio firmatur *ex l. præſes 7. de off. præſ.* Cogitandum an non quæ L. XII. Tabb. eadem fuerit ſententia SCti, quod proponitur *in l. cætera 41. & l. Senatus 43. de leg. 1. l. Senatus 52. de contr. empt. l. ult. de damn. inf. l. 2. C. de ædif. pr.* ut quo cautũ fuit, ne quæ juncta eſſent ædibus, legarentur, & omnino, ut ne eorum cõmercium & negotiatio eſſet, nulla alia de cauſa, niſi ut occurreretur ruinis ædiũ, quib. per ſeparationẽ ejuſmodi & exemtionẽ cauſa præberetur; & nimirum textus citati ſatis oſtẽdunt, omnino id non licere, nec domino quidem: & heredem enim ſponte detrahentem, quæ juncta fuerunt, incidere in pœnas, docet *d. l. Senatus 43 in pr. de legat. 1.* Cũ iſtud ad præcavendas ruinas cautum fuerit *arg. d. l. 52. de contr. empt. l. ult. de damn. inf.* crediderim, ceſſare pœnas, ſi quid citra ullum ruinæ periculum fuerit ſeparatum: atq; ita forte etiam in tigno juncto ſtatuendum, & facilius hujus ſeparationem permittẽdam, eo quod poſſeſſor bonæ fidei id faciat ad evitandam condemnationem dupli. Et hæc ad iſtum §. ſufficiant. Iſtud enim perſpicuum, quod appellatione tigni omnis materia ſignificari dicitur, ex qua ædificia fiunt, *l. 7. §. cum in ſuo 10. in fin. de adq. rer. dom.* quod plenius proponitur *in l. 1. §. 1. de tign. junct.* ubi tamen parum ſubtiliter tamquam ad id confirmandum adducitur notatio nominis; quod tignum dicatur à tegendo: neque enim iſtud omnibus illis convenit ex quibus fiunt ædificia, & quæ ibi enumerantur; niſi tegere paulo latius & pene abuſive accipias. Idem de hac generali tigni appellatione, *in l. tigni 7. in pr. ad exhib. l. tigni 62. de verb. ſign.*

TEXTUS.

23. Ex diverſo, ſi quis in alieno ſolo ex ſua materia domum ędificaverit, illius fit domus, cujus & ſolũ eſt, ſed hoc caſu materię dominus proprietatẽ ejus amittit, quia voluntate ejus alienata eſſe intelligitur, utiq; ſi non ignorabat ſe alieno ſolo ædificare: & ideo licet diruta ſit domus, materiam tamen vindicare nõ poteſt. Certe illud conſtat, ſi in poſſeſſione conſtituto ędificatore, ſoli dominus petat domũ ſuam eſſe, nec ſolvat precium materiæ, & mercedes fabrorum, poſſe eum per doli mali exceptionem repelli: utiq; ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, qui ædificavit: nam ſcienti alienum ſolum eſſe, poteſt objici culpa, quod temere ædificavit in ſolo, quod intelligebat alienum eſſe.

COMMENTARIUS.

1. *Pugna hujus loci cum l. 2. C. de rei vind.*
2. *Quæ ſit ratio conſervandi impenſas.*

ALTERA hic caſus eſt, quo quis in alieno ponit ædificium ex ſua materia: & ex ratione eadem, quam explicavimus in §. præced. qui dominus eſt ſoli ſit dominus ædificii: adeo materiæ dominus quodammodo proprio facto materiæ dominium amittit, quatenus ſcilicet ut ædificio juncta conſideratur, & qua formam jam aliam habet; cæteroquin, ſicut in caſu præced. non amittit dominus, eo ſenſu, ut ibi explicatum eſt, materiæ dominium, nec deſinet ejus dominus eſſe, ut in §. præced. loquitur Juſtinianus, ita nec hic deſinet eſſe, utiq, qui poſuit ædificium, ignorans ſolum eſſe alienum, quippe cum

pe cum nominatim Juſt. cum demum dicat amittere dominium materiæ, qui poſuit ædificium, cum ſciret ſolum eſſe alienum, hic amittit, ut loquitur Juſtin. dominium, facto ſuo, & cenſetur alienaſſe materiã, & eam donaſſe domino ſoli; ex quo fit, ut quod ſtatim ſubjicitur, licet ædificium ſolutum ſit, eam tamen vindicare non poſſit; neque enim quis poteſt vindicare, quod alienavit, & cujus ita dominium amiſit. Cui ſententiæ objicitur *l. 2. C de rei vind.* † ubi dicitur, ſoluto ædificio redire materiam ad priſtinum dominum, licet mala fide ædificium fuerit extructũ. Non pauci, quod in h. §. traditur, ad merum & ſummũ jus referunt; & quod in d. l. 2 contra reſcriptum eſt, ad æquitatem pertinere. Sed fortaſſis ſunt aliæ iſtius diſſidii componendi rationes. Ait ibi Imp. redire ad priſtinum dominum materiam, licet mala fide ædificaverit, ſi non donandi animo ædificium ſit impoſitum. Et igitur cenſet Imp. poſſe quem mala fide ædificare, ut tamen id non faciat donandi animo. Atqui Juſtin. putare videtur, ſemper ædificium quod quis in alieno ſolo ſciens poſuit, intelligi poſitum donandi animo. Hoc ita accipiemus, ſi non poſſit eſſe locus aliis præſumptioni, quæ excludat animũ donandi; nam ut vulgo traditur, non præſumitur animus donandi. Hinc ſi ædificantem non poſſediſſe ſolum, haud dubie etiam præſumimus donationem *arg. l. ſi ſervus 27. § ſi ulivam, 25. ad L. Aquil.* quæ commodiſſime & recte de caſu non poſſidentis accipitur. Idem ſtatuam, ſi quis in area quam initio poſſeſſionis ſcivit alienam, impoſuerit ædificium. Quod ſi enim eum in conditione eſſe uſucapiendi (ſiquidem jure civili mala fidei ſuperveniens non interrumpit uſucapionem) id fecerit, negabo id factum animo donandi, quippe eum ſpem haberet uſucapiendi ſolum, multo magis igitur tum dabimus vindicationem materiæ ſoluto ædificio; ſi poſt id impoſitum, mala fides ſit pervenerit. Aut an ſimpliciter dabimus vindicationem & domino ſoli imponemus neceſſitatem, ut probet animum donandi; quod tamen minus convenit cum hoc §. ſed potius ædificanti incumbet, ut probet alio animo quam donandi ædificium impoſitum fuiſſe; quod ex Bart. notat *Dyn. hic.* Eſt & alia reſponſio Bartoli in l. fundo 38. de rei vindic. num. 11. ut d. l. 2. intelligatur non de eo qui ædificium de novo poſuit, ſed qui veteri aliquid addidit, cui ſi rebus ſuccurratur. Hæc de caſu ſoluti ædificii. Sequitur in verſ. *certe*, quid juris † ſi ſtante ædificio, an ædificans aliquod remedium habeat, quo precium materiæ & impenſas ædificii conſequatur; nam ut agat ad exhibendum & demoliendum, ratio non patitur, etiamſi bona fide id fecerit, per dicta *ad §. præc.* Diſtinctio prima eſt, an poſſideat ædes, nec ne? Et cum hic tantum tractetur de non certo, quod non poteſt poſſidenti, hoc ipſo tacite innuitur, ei qui non poſſidet, nullam competere actionem; quod & ſatis perſpicue traditur *in l. ſi in area 33 de condict. indeb. & in l. Paulus 14. de doli mali exc. junct. l. ſumptus 48. de rei vind.* ubi negatur ſumtus peti poſſe, *l. id q. 45. §. 1. de act. empt.* ut ideo in illo caſu actio non prodatur, quia propria pro impenſis nulla eſt, ſed tantum exceptio; & errant, qui actionem neg. geſt. locum habere putant; quoniam non nomine non alieno, ſed proprio nomine impenſas factas, nec quidquam inter dominum ſoli & ædificantem actum eſt, ex quo actio naſci poſſit. Equidem *Cuj. 10 obſ. 4. & Hottoman. hic & in l. 1. Codic. de condict.* ne alter cum aliena jactura fiat locupletior, condictionem incerti concedunt. Verum licet hoc videatur æquitas ſuadere jure tamen deficimur. Neq. probatur illa opinio per *l. indebiti 15. §. 1. & l. quæ exceptionis 40. §. 1. de condict. indeb.* Etenim intereſt an quis in rem alterã qua talem, & quã ſcit ſibi reſtituendam, adeo animo alium ſibi obligandi, faciat impenſas, qui caſus eſt dd. textuum, an nomine ſuo tamquam in rem propriã, qui caſus hic tractatur; quæ diſtinctio innuitur *in l. domum 5. C. de rei vind.* & diſerte traditur a JCto *in l. 1. hoc 14. § 1 verſ. diverſum. Com. div.* Inepticus a *Godd. in l. imp ſa 79 de V. S.* adducuntur textus *ex l. 8. de ſign. act. l. 7 §. ult ſol. mat. l. in rebus § 2. Comm.* quibus propenuntur impenſæ factæ bona fide in rem, quam quis ex voluntate domini penes ſe habebat, & reſtituendam ſciebat. & ne tamen commm. Dic hic quod qui habet cauſam & aliquod jus in re, impenſas conſequi poſſit. Non obſtat etiam *l. 5. C. de rei vindic.* in qua verbum *repetitionis* recte cum Cyno Caſtr. & Salyceto explicatur de exceptione, quam quis opponit, cum eo reſpectu actoris partes obtineat *l. 1. de except.* recte pete e dicitur; idque inde confirmatur, quod ibi agitur de impenſis, vel iis quæ in ædificata fuerunt tollendis, ut proinde ædificatorem in poſſeſſione fuiſſe oporteat. Tum etiam ideo iſte textus huc non pertinet, quoniam agitur de impenſis neceſſariis, quales non ſunt, quæ fiunt in ædificium, quod imponitur in alieno ſolo. Nec admitti poteſt, quod Weſemb. deficiente actione, officium judicis implorationi locũ facit; inepte adductis textibus in *l. quiſper 49. §. 1. de act. empti. l. plane 38 de* ...

petit. her. ubi apertiſſimum eſt de officio judicis, quod Dd. vocant mercenarium, agi, & quod ſubſervit actioni ordinariæ, ita ut poſſeſſor conventus omiſſa etiam exceptione petere poſſit, ut impenſæ ſibi præſtentur. Quod attinet ad l. 7. de ann. leg. præterquam, quod iſta clauſula in fi. L. videtur eſſe addita a Tribo. utique intra eum caſum id reſtringendum eſt, quod nimis abſorde ad quoſvis caſus, quibus actio negatur, porrigeretur.

Poſſit tamen ex æquitate ſententia Cuj. & Hottom. admitti eo caſu, quo ipſe ædificans reſtituit ædificium omiſſa exceptione, quam cum opponere poſſet, ſi per errorē eam omiſerit, videri poſſit aliquid contractū vel actū cum domino, & plus debito reſtiturū; quæ ratio poteſt patere condictionē indebiti; utiq; ſi bona fide impoſitum ædificium fuerit; Ceteroquin vix poſſit condictioni eſſe locus, utiq; ſi ſequimur ſententiam h. §. qui etiam exceptionē negat ei, qui ſciens in ſolo alieno ædificavit. Et hic nimirū alter ſupereſt tractādus caſus, quo qui ædificavit, eſt in poſſeſſione. Et Juſt. hoc loco, ut dixi, tantū ei qui bona fide ædificavit exceptionē doli concedit contra dominum ſoli, vendicantē, quæ etiam proponitur *in l. 5. ſumpt. 48. de rei vind. l. id q; 45. §. 1. de act. emt. l. ſin a. 27. §. ult. de rei vind.* quippe dolo malo facit, qui ædificium ſimul petit, & recuſat præſtare impēſas, atq; ita ex alterius jactura captat & quærit lucrum. Qua exceptione ſi utatur qui mala fide poſſidet, replicationi locus eſt, quod temere in alieno ſolo, ſciens ædificium poſuerit. Et hoc quidem ex ſententia Juſtin. hoc §. *& l. 7. §. ex diverſo 12. D. eodem junct. l. 5. C. de ædif. priv.* ubi dicitur impenſas, quas quis improbe fecit, reſtituendas non eſſe: *& in d. l. 27. §. ult.* requiritur, ut impenſæ ſint factæ per errorē. Quæ ſummi juris ratio eſt, cui videtur repugnare æquitas, quæ proponitur *in l. plane 38. de petit. hered.* ubi JCtus etiam in prædonis perſona vult haberi rationem expenſarum, utilium quoq;, ut eatū pretium cōſequatur, ne petitor ex aliena jactura ſentiat lucrum; quamvis Dd. cōmuniter ſpeciale eſſe putent in judicio univerſali petitionis hereditatis, & in hac mitius agi cum poſſeſſore, quam in ſingulari judicio vindicationis; de quo plenius hic agendi locus non eſt. Proſus utcunq; poſſeſſori malæ fidei dominus impenſas ſolvere non cogatur, tamen cogetur pati ut poſſeſſor tollat quæ poſuit juxta *l. Julianus 37. de rei vindicat.* qui tamen textus loquitur de eo, qui initio habuit bonam fidem, adeoque fuit in conditione uſucapiendi; ceteroquin nec hoc permittendum videtur, cum id ei tantum concedi videatur, qui per errorē impenſas fecit *l. non autem 27. §. ult. de rei vind.* quod tamen ita ut ſtatim dico limitandum erit, aut ad eum caſum referendum, quo domino tales impenſæ vix utiles ſunt, aut non multum. Plane quibus caſibus eo venitur, ut poſſeſſor tantum habeat jus tollendi, puto verius eſſe, ut petitor offerre poſſit, quantum ex rebus ſublatis cōſequi ille poſſit; quamvis alii hac ratione non inſubtiliter cōtradicant, quod petitor offerendo æſtimationem hoc ipſo oſtendat & ſe eſſe ſolvendo, & quaſi ſic approbet factas impenſas. Sed contra dicam eum non ob id æſtimare eas quanti ſunt, ſed quanti pro iis alias poſſeſſor cōſequi poſſit. Plane multa hac in re permittuntur officio & arbitrio judicis, ita ut aliquando res bonæ fidei poſſeſſor conſequatur omnimodo æſtimationem expenſarum, ſi forte dominus petitor ita ſit tenuis, ut eam ſolvere non poſſit, nec tamen fundo v. c. avito carere, nec eum vendere debeat; quo caſu non niſi jus tollendi ædificiū permittitur poſſeſſori, ut tractat JCtus *in l. in fundo 38. de rei vindicat.* ubi & aliæ circumſtantiæ; ſi dominus ipſe facturus fuiſſet, ſi tanto majoris ſit fundum diſtracturus *d. l. 38. & l. niſi 29. de rei vind. junct. l. quod ſi 10. de impenſ. in res dot.* Et ita inutilib. impēſis, quales ſunt, de quibus hoc § agitur. Nam neceſſarias omnino cogitur præſtare dominus etiā malæ fidei poſſeſſori *d. l. 5. C. de rei vind.* Improbe enim facit, qui rem petit, & recuſat impenſas ſolvere, quæ ſi factæ non fuiſſent, res peritura, & ita omne jus petendi ſublatum fuiſſet. Sed iſte non eſt noſter caſus. Et hæc ad explicationem hujus §. Plenior enim tractatio de impenſis, hujus loci non eſt. Porro cum iſta acquiſitio ædificii fundetur in jure acceſſionis, quod adjectum cedat ſubjecto, ſine quo eſſe non poteſt, conſequens eſt, ut prædicta non procedant in ædificio mobili, *l. Titius 60. de adq. rer. dom.*

TEXTUS.

24. Si Titius alienam plātam in ſolo ſuo poſuerit, ipſius erit: & ex diverſo ſi Titius ſuā plantam in Mævii ſolo poſuerit, Mævii planta erit: ſi modo utroq; caſu egerit radices: ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut ſi arbor

bor vicini ita terram Titii preſſerit, ut in fundum ejus radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non permittit, ut alterius arbor eſſe intelligatur, quã in cujus fundum radices egerit. Et ideo prope confinium arbor poſita, ſi etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit. Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coaleſcunt, ſolo cedunt, eadem ratione frumenta quoq; quæ ſata ſunt ſolo cedere intelliguntur. Ceterum ſicut is, qui ædificavit in alieno ſolo, ſi ab eo dominus petat ędificium, defendi poteſt, per exceptionem doli mali, ſecundũ ea quæ diximus: ita ejuſdem exceptionis auxilio tutus eſſe poteſt is, qui alienum fundum ſua impenſa bona fide conſevit.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa hujus adquiſitionis.*
2 *Objectionum remotio.*

QUod inponitur ſolo, ei cedit, nimirum ſi ei ita cohæreat, ut ſine eo eſſe nõ poſſit, ex quo ædificium mobile non cedit ſolo *l. 60 h. t.* oportet enim rem vere conjunctam eſſe ſolo. Hinc etiã eſt, quod
1 planta † in ſolo poſita ita demum cedit agro, ſi radices in agrum egerit; quo demum facto conjungitur ſolo, & ei unitur: ante autem manet prioris domini *h. §. in princ.* Radicibus nimirum actis inducitur conditio, juxta *verſ. qua ratione*, ubi Juſtin. ait plantas coaleſcentes, (per radicum actionem,) cedere ſolo: eoque hæc adquiſitionis ratio pertinet quodammodo ad caſum quem tractavimus ad *§ prætera 20. verſ. quod ſi vis ſupr. h. t.* Præterquam quod ibi natura omnimodo & ſola operatur; hic autem præcedit factum hominis, arborem in agro ponentis: operatur tamen dominii adjectionem natura, immediate, per coalitionem plantæ cum fundo: de ejuſmodi arboribus loquitur ICtus in *l. fundi ne 40. de act. empt. in f.* arbores quæ fundo continentur, non eſſe ſeparatum corpus à fundo. Hunc coalitionis effectum, & quod ea facta dominus ei fiat cujus eſt ſolum, confirmat. Juſtinian. in *verſ. adeo autem.* Quod etiam arbor quæ mea eſt, non mutato loco, tota mea eſſe deſinat, ſi in vicini fundum egerit radices: item & porro ex eadem ratione, quod pro parte mea eſſe deſinat, & fiat communis. ſi radices pro parte immiſerit in vicinum fundum quoniam, ut inquit, ratio non patitur, ut alterius ſit arbor, quam cujus in fundum radices egerit; ſiquidem radicum immiſſio facit coalitionem arboris cum eo fundo, in quo ſunt radices; & quia per radices alitur arbor, adeoque eum fundum ſequitur arbor ex quo alimentum capit & ſuccum, citra quem vivere non poſſet, ſed exareſceret; ea quo reſpondet Juriſconſultus in *l. ſed ſi 26. §. arbor 2. h. t.* alia terræ alimento cenſeri ipſam arborem † aliam factam. Verum huic ſententiæ Ju- 2
ſtin. an. in *h. §. verſ. adeo* duo juris loca objiciuntur, unus ex *l. ultim. in princ. quod vi aut clam.* juxta quam radices magis pro acceſſionibus haberi videntur. Alter, & qui fortius obſtat ex *leg. ſi plures 6. §. 2. arbor. furt. caſ.* & quidem dupliciter. Nam 1. ait Juriſconſultus ſi arbor mea in vicini fundum radices egerit, eum poſſe & debere agere, hoc non eſſe ejus, ſicut non licet projectum, aut immiſſum habere, *&c.* in fin. §. ait, licet arbor alatur radicibus ex fundo vicini, tamen ejus eſſe, in cujus fundo origo ejus fuit. Equidem in *dict. leg. ultim. quod vi aut clam.* agitur de vite quæ in alienum fundum delapſa ibi coaluit; hanc eſſe ejus in cujus fundo coaluit, reſpondet ibi Juriſconſultus convenienter ei quod hoc §. traditur, & videatur radices ibi abuſive dici, quæ antea radices fuerunt, cum necdum vitis in alieno fundo coaluiſſet, & quæ propterea eo jam revera amplius pro radicibus non ſunt habendæ, ſed cedunt viti, quæ alibi coaluit. Prius quoque illud, quod objicitur ex *l 6. § 2. Arb. furt. caſ.* non valde movet; poteſt enim quis nolle ut radices arboris in fundum ejus agantur, ex quibus plus damni ſit ſenſurus, quam utilitatis, utcunque arbor fieret communis: & cum alter ſe pro domino arboris geſſit, merito contra eum ita agi poteſt, quo etiam pertinet *lex 1. Cod. de interd.* alterum difficilius eſt, & putat Hottomannus 1. *obſerv. 4. & 5. obſ. 12.* pugnantes ſuper hac re juriſconſultorum ſententias fuiſſe. Verum Weſemb. putat hunc locum accipiendum non de arbore aliqua veteri, ſed nova, & quæ non tantum radices habet in fundo vicino, ſed etiam in eodem eminet ſupra terram, ſi non mirũ vicini planta deflexa ramis ita premat Titii ſolum, ut ibi radices agat, & novam ſobolem producat; ſed iſta interpretatio plane commentitia eſt, & a verbis & mente Juſtiniani & Juriſconſulti in *l. 7. §. ult. cum leg. ſeq. h. t.* alieniſſima. Ait Juſtinianus

proprietatem arboris commutari, & in hanc rem adducit exemplum, ſi arbor in Titii vicini fundum radices egerit; tum plane repugnat quod ſequitur, de arbore quæ partem radicum immiſit, quod ea fiat communis, cum ante eſſet unius ſola; & nimis improbabile eſt, quod Weſembec. fingit fieri, vel eſſe arborem communem propter poſituram; ita enim ab initio fuiſſet communis, non poſtea demum fieret, quoniam poſitura arboris non mutatur; & non ait Juſtinian. arborem in confinio poſitam, ſed prope confinium: ita ut pro parte radicis in vicinum fundum agere poſſit. Tum amplius diſertiſſime rationem dominii arboris ſumit à radicibus, & negat alterius poſſe eſſe arborem, quam in cujus fundo egit radices: ut non intelligam, qua fronte Weſemb. ſcribat, radices ſub terra nihil momenti conferre, ad jus dominii diſcernendum aut conſerendum, & hinc non capio etiam quomodo Cuj. diſtinguat inter arborem in fine poſitam, & non in fine. Utique enim ſi arbor mittere poteſt radicem in fundum alterius, oportet ut ſit in confinio poſita. & cum Juſtinian. per immiſſionem radicum arborem dicat fieri communem, oportet ante eam unius totam fuiſſe propriam. Accurſius inter alia, fingit, in ſpecie *dict. leg. 6. arbor. furt. caſ.* arborem ſatis ex primo adhuc fundo vivere potuiſſe, non autem hic; quod plane divinatorium eſt: & idem in *dict. leg. 6.* diſtinguit inter rigorem & æquitatem, inter adquiſitionem ex ratione juris gentium & juris civilis: vel quod in *d. l. 6.* tantum minorem partem radicum immiſerit in fundum vicini, quæ non adeo inepte dicuntur. Poſſunt & radices in fundo manere, ut tamen ex fundo vicino ſuccum & alimentum trahant. Sane aliquanto obſcurius dicitur in *dict. leg. 16.* arborem ali radicibus vicini; quod non idem eſt cum eo, quod arbor radices ſuas in fundo vicini habet: & tamen difficile eſt dicere, arborem ali radicibus alienis, ſed de iſto ſatis; illud autem facile obtineri poteſt, in ſpecie *dict. leg. 6.* non omnino arborem totum alimentum hauſiſſe ex fundo vicini. Sed videndum, quomodo fieri poſſit, ut arbor vetus, omnes omnino radices in vicini fundum projiciat; hoc enim affirmat Juſtinian. eo ipſo dum per radicum immiſſionem arborem quæ antea erat vicini, totum alterius effici non obſcure ait: hoc ipſo etiam, quod eum caſum alteri opponit, quo ex parte immiſſis radicibus, arbor fit communis. Weſembecius id impoſſibile eſſe ait: Hortulani hic conſulendi eſſent; & forte accidere poſſit, ut veteribus radicibus exareſcentibus vel putreſcentibus, radices arbor novas projiciat in vicini fundum, ex quibus ſolis alatur. Sed interim dicam Juſtiniani dictum accipiendum eſſe ex hypotheſi, ſiquidem id aliquando contingere poſſit, (non crediderim autem eſſe penitus impoſſibile) tum proprietatem arboris mutatam. Quod ſi hoc fieri non poſſit, dicam Juſtinian. hoc ſaltem velle, et pro parte adquiratur vicino; & hoc illuſtrare non ex exemplo arboris in confinio poſitæ. Atque hæc hactenus. Ait Juſtinian ſi Titius alienam plantam in ſuo ſolo poſuerit, ipſius eſſe, poſtquam coaluit, ſed an & quæ actio detur domino plantæ priori? Diximus ſupra actionem competere in factum *arg. l. 23. §. 3. de rei vind* aut etiam utilem in rem actionem ex *l. 5. §. 3. de rei vindicat.* Neque enim facto alterius ita res mea mihi auferri poteſt, ut nec pretium ejus perſequi poſſim. Sed quid ſi plantam meam in ſolo alieno poſuerim? Et ſcilicet hic ea obtinent, quæ in præced. diximus de eo, qui ex ſua materia in alieno ædificavit; & colligitur ex fin. hujus textus, ubi Juſtinian. eum qui agrum alienum conſevit, confert hactenus cum eo, qui ædificium poſuit in alieno; eadem autem ratio hic eſt ſeminum ſparſorum in alienum agrum, & plantatum poſitarum in alieno fundo, quod innuit Juſtinian. in *verſ. qua ratione.* Sed hactenus iſta comparantur, non omnino omnino; nam ut eſt in §. *cum in ſuo ſolo ſupr. h. t.* materia diruto ædificio rectè vindicatur à priori domino, qui nec interim omnino ejus dominus eſſe deſiit, at planta poſt coalitionem fit plane alterius, nec in eo habet locum duplex conſideratio, de qua diximus in *dict.* §. & nec radicitus quidem eruta à priſtino domino poteſt vindicari, quoniam per novum alimentum alia cenſetur effecta *l. ſed ſi 26. §. arbor 2. h. t.* qui ipſe locus oſtendit, quantum ICti tribuerint alimentationi arboris per radices.

Frumenta quoque quæ ſata ſunt.] Verba, *Quæ ſata ſunt*, faciunt demonſtrationem, non limitationem, quaſi quædam frumenta non ſata ad hanc tractationem pertinerent, uti hæc verba carpit Hottomannus: & proinde vult legi *frumenta, & quæcunque ſata ſunt*: quod minime neceſſarium eſt.

TEXTUS.

25. Literæ quoque licet aureæ ſint, perinde chartis membraniſque cedunt, ac ſolo cedere

cedere ſolent ea, quæ inædificantur, aut inſeruntur: ideoque ſi in chartis membranisve tuis, carmen vel hiſtoriam, vel orationem, ſcripſerit Titius, non Titius hujus corporis, ſed tu dominus eſſe videris. Sed ſi à Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impenſas ſcripturæ ſolvere paratus ſis, poterit ſe Titius defendere per exceptionem doli mali, utique ſi earum chartarum membranarumve poſſeſſionem bona fide nactus eſt.

COMMENTARIUS.

PErſequitur eandem tractationem de adquiſitione per acceſſionem, quæ fit facto hominis. Et habet iſta ſpecies idem fundamentum, quod adjunctum cedat ſubjecto *l.* 23 §. *de rei vindic.* utcunque quod adjectum eſt, ſit pretioſius; unde purpuram etiam pretioſiorem veſtimento cedere dictum eſt, in § *ſi tamen* 27. *h. t.* & *h.* §. ſi quid ſcriptum ſit aureis literis cedit chartæ membranæve: & ut plurimum ædificium pretioſius eſt area & ſolo cui cedit & acceſſit. Et hoc de chartis ita quoque ſcribit Paulus in *d. l.* 23. §. 3. & *in l.* 3 §. *pen. ad exhib.* quod in charta mea ſcriptum eſt, meum eſt.

Sed contra iſtam rationem adquirendi diſputat Hottom. hic: abſurdum eſſe dicens, ut hic modus & ſcriptura comparetur cum ædificatione, cum charta utendo quodammodo pereat & cõſumatur: abſurdum eſſe, ut ſi quis rariſſimũ forte librũ ſcripſerit in aliena charta, ut ille ſit domini chartæ, ſi quis vir doctus meditationes ſuas ſcripſerit in charta aliena, quas plurimi ejus interſit, ne communicentur aliis, ut dominus chartæ eas vindicare poſſit. Sed ſane verum non eſt, quod charta hoc modo pereat & conſumatur: & ſingularia exempla non poſſunt facere ut in univerſum aliud jus ſtatuatur; ſed in his terminis & ſimilibus adhibebit æquitatẽ judex, & aliquando ſcriptorem poſſeſſorem chartæ abſolvit, ſi precium chartæ, vel aliam æque bonam præſtiterit.

Sed ſi à Titio petas.] Qui hoc modo dominus fit, jure ſuo chartam membranamve cum ſcriptura, & ſcil. chartam ſcriptam petit: ſicut fundum cum ædificio, aut ſeminibus petit, in cujus ſolo ædificatum, aut ſemen ſparſum eſt. Quod de utroque caſu dixit Juſtinian. in § *ex diverſo* & *in* §. *praced.* quod poſſeſſor poſita exceptione doli conſequatur impenſas; idem in terminis iſtis, in ſi. hujus §. proponit. Sed quid ſi ſcriptor nõ poſſideat chartam? Et ſi caſuum iſtorum bona comparatio eſt, non habebit actionem per dicta ſup. ad §. *ex diverſo.* Et tamen fortaſſis exceptio hic admittenda erit, & in illis caſibus quos paulo ante ex Hottom. propoſuimus, argum. *l.* 3. §. *pen. ad exhib.* Scribit ibi Juriſconſultus, cum ſervus meus rationes uxoris meæ in charta aliena ſcripſiſſet, quas dominus chartæ poſſidet, non eſſe vindicationem, quia non ſum dominus; non etiam actionem ad exhibendã, quoniam ſcilicet, ſcriptura à charta ſeparari non poteſt: ſed tamen propter intereſſe meum eſſe actionem in factũ. Ad hunc modum defendam, ſi quis poſſideat chartam ſuam, in qua ego commentarios & meditationes meas ſcripſeram, competere mihi actionẽ in factum: cujus actionis hic procul dubio effectus erit, ut chartę æſtimatione à me ſoluta, ea mihi cum ſcriptura reſtituatur, quod ipſiſſima dictat æquitatis ratio.

TEXTUS.

26. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturæ cedere, aliis videtur, picturam, qualiſcunque ſit, tabulæ cedere. Sed nobis videtur melius eſſe, tabulam picturæ cedere. Ridiculũ eſt enim, picturam Appollis vel Parrhaſii, in acceſſionem viliſſimæ tabulæ cedere. Unde ſi à domino tabulæ, imaginem poſſidente, is qui pinxit eam petat, nec ſolvat precium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali ſubmoveri. At ſi qui pinxit, eam poſſideat, conſequens eſt, ut domino tabulæ utilis actio adverſus eum detur: quo caſu, ſi non ſolvat impenſam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique ſi bona fide poſſeſſor fuerit ille, qui impoſuit picturam. Illud enim palam eſt, quod ſive is qui pinxit, tabulas ſubripuit, ſive alius, competit domino tabularum furti actio.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio hujus adquiſitionis.*
2 *Pictura & pictoria dignitas.*

1 De

3 *De actione utili quæ competat domino tabulæ.*
4 *Quid ſi ſciens pinxerit.*

1 QUæritur de ratione † exceptionis, cur cum cetera cedunt ſubjecto, diverſum hic & in *l. 9. §. 2. h. t.* receptum ſit in pictura, ut huic tabula cedat. Videtur Juſtinianus rationem ſumere à pretio picturæ, quam ridiculum ſit cedere viliſſimæ tabulæ. At enim literæ aureæ pretioſiores ſunt viliſſima charta; purpura ſæpe pretioſior eſt veſtimento, & ædificium ut plurimum longe pretioſius eſt area. An dicimus majorem tamen eſſe diſtantiam pretii in pictura, quam in jam relatis? Idque hinc firmatur, quod Juſtinianus meminit picturæ inſignium artificum Parrhaſii & Apellis, quorum picturæ infinitis partibus ſuperant pretium tabularum. Verum non ſat rationis eſt ob caſus ſingulares mutari jus regulare; Ceteroquin commentarii quoque in charta ſcripti ſæpe longiſſimo intervallo ſuperant pretium chartarum. Et quid ſi igitur ſequioris notæ pictor impoſuerit imaginem tabulæ, an tum aliud ſtatuimus? Hoc ſane non convenit, quia exempli tantum loco iſtorum pictorum meminit Juſtinian. Itaque inepte Porc. hic requirit, ut pictura ſit nobiliſſima, tabula viliſſima. Falſo à pretio rei ſumit rationem adquirendi. Et inepte reſpondet ad textum in §. *ſi tamen purpuram*: quod purpura ſit acceſſio: pictor autem imponat imaginem, non ut cedat tabulæ, ſed ut pictura habeat locum principalis: quaſi vero ab animo adjicientis, aut imponentis penderet ratio adquirendi dominii. Itaque, ut dixi, Juſtinianus ſaltem exempli cauſſa meminit horum pictorum; Ceteroquin ratio generalis ſumenda eſt, 2 à pretio & dignitate artis † pictoriæ in ſe conſideratæ. Ea enim & Græcis & Romanis habita in honore, & in ea pueros ingenuos inſtitui vult *Ariſtot. 8. polit. 3. Ars picturæ*, inquit *Plin. l. 35. nat. hiſt. c. 1.* quondam nobilis, tunc cum expeteretur à regibus populiſque, & nobilitante illos, quos eſſet digna ta poſteris tradere: & *eodem lib. cap. 4.* docet quo in honore Romæ fuerit: & *cap. 10.* primum inter liberales artes pictoriam locum habuiſſe, eaque ſervis interdictum.

Et huc referri poteſt, quod dicitur in *l. Labeo 14. de verb. ſign.* in iſtis non ſubſtantiam ſed artem ſpectari. Et tamen Paulus in *l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* ſecutus eſt generalem rationem acceſſionis, quod neceſſe ſit ei rei cedere id, quod ſine ea eſſe non poteſt: & ex ea defendit tabulæ cedere picturam: quam quorundam ſententiam fuiſſe hoc § profitetur Juſtinianus: ut nimis abutantur charta & opera, qui iſta apertiſſime & adverſis frontibus pugnantia conciliare conantur. Doctores vulgo varia hic ſcribunt, imo nugantur. Veriſſime Joh. Faber hic, quod ex ratione ſtricta, pictura & ſcriptura cedant ſubjecto, ſicut quæ inædificantur & ſeruntur: & quod hanc rationem conſideraverit *Paulus in l. 23. de rei vind.* ſed aliud placuiſſe Caio. Sed idem omnino errat, dum putat deciſionē hujus §. ſolum procedere in tabula: quod ſi quis pingat in membrana, tunc picturam cedere mēbranis. Goeddeus omnino inepte in *d. l. 14. de V. S.* Paulum in *d. l. 23.* explicat de ſcriptura in pugillaribus ceteris: cum tamen Paulus rationem dubitandi ſumat à pretio picturæ, & à generali illa ratione pro domino tabulæ reſpondeat. Pacius 3. *antinom.* 43. non minus inepte putat, quod Paulus in *verſ. licet*, corrigat opinionem priorem: cum tamen per rationem ſubjectam ab acceſſione diſerte illam rationem dubitandi, à pretio picturæ, improbet & removeat. Diſtinctio gl. inter picturam vilem & pretioſam jam exploſa eſt. Diſtinctio, an mala fide an bona quis pinxerit, itidē inepta eſt; tum quia mala fides non impedit iſtos modos adquirendi, ut probavimus ad § *ſi tamen ſup. h. t.* tum quia in hoc modo adquirendi per acceſſionem bona fides non facit dominum, ut patet ex iis quæ in præcedd. de inædificatione, implantatione & ſcriptura dicta ſunt: & dominus enim ſubjecti fit dominus ejus quod adjūctū eſt ab alio licet optima fide: & perſpicue errant, inter quos eſt Weſemb. qui hoc volunt referre ad ſpecificationem, cum tabulæ ſubſtantia in nullo mutetur: nec minus falſum eſt, quod hic Hottom. tentat, tabulam habendam eſſe pro extincta. Ridiculum autem eſt, quod Mynſ. hic ita accipit Pauli locum in *l. 23. ad §. 4. de rei vind.* quaſi prævalentia ſignificaret pretium rei; & ob id etiam putat chartam hodie cedere ſcripturæ: qua ſententia nihil eſt abſurdius. Ita enim & ſolum ædificio, & veſtimentum ſæpe purpuræ cederet: quamvis *gl. Plat. & alii* etiam (ſed omnino male) velint attendi pretium picturæ & ſcripturæ. Videamus modo cetera hujus §.

Unde ſi à domino tabulæ.] Conſequens hoc eſt ſententiæ Juſtiniani, ſecundum quam tabula cedit picturæ, ut qui pinxit habeat actionem in rem contra dominum tabulæ. Iſtud rurſus ſuperioribus conſequens eſt, ut poſſeſſor tabulæ quæ ipſius fuit, habeat exceptionem doli, qua conſequatur tabulæ

pretium

precium: idq; tanto æquius, quod ſine facto ſuo dominium amiſit: cum etiam illi habeant exceptionē poſſidentes, qui facto ſuo dominium amiſerunt, inædificando, implantando, ſerendo aut ſcribendo in re aliena §. *ex diverſo* §. *Titius* §. *qua ratione* §. *Literæ h. t.* Porro ſecundum ſententiam Pauli vix eſt ut pictori competat actio contra dominū tabulæ poſſidentem, & ſimul factum dominum picturæ, per ea quæ diximus ad §. *ex diverſo ſup. h. t.*

At ſi is qui pinxit.] Ait Juſtin. ſi pictor poſſideat
3 † tabulam, conſequens eſſe, ut domino tabulæ utilis actio adverſus eum detur. Videbatur autem hoc conſequens non eſſe præmiſſis: ſiquidem dominus tabulæ qui fuerat, dominium ejus amiſit, & tabula picturæ cedat: Putant hoc admiſſum propter illam naturalem rationem ſubjecti ad ſe trahentis adjunctum, quæ omnino non potuerit inſuper haberi. Itaque hanc mediam quodammodo eſſe ſententiam, ut licet pictor dominus fiat tabulæ, & ita ex ſententia Caii & Juſtiniani habeat directam actionem, tamen utilis competat domino tabularum. Et hoc modo pugnantes locos h. §. & in *l.* 23. §. 3. *de rei vind.* conciliare conatus eſt *Bart. in l. qua ratione* 9. §. 2. *h. t.* ſcilicet per diſtinctionem dominii directi & utilis, quod ſit adhuc & maneat penes dominum tabulæ; quæ etiam ſententia eſt *Donell. 4 comm.* 36. ubi fatetur revera diſſenſiſſe Paulum & Caium, ſed remotis ICtorum nominibus monente alibi Juſtin. hinc rationem conciliandi ſumi poſſe exiſtimat, quod Juſtinianus ipſe hoc loco domino tabulæ utilem in rem actionem concedat, cum pro eo ſit ratio naturalis adquirendi, non pro pictore. Iſtud quidem probabiliter dicitur; ſed mihi ſententiæ Juſtiniani cōvenire non videtur. Ait enim *iſtud eſſe conſequens*. Atqui nihil dixerat in præmiſſis, ex quo intelligi poſſit voluiſſe vel putaſſe tabulæ dominium aliqua manere apud dominum priorem: ſed omnino cedere tabulam picturæ reſponderat. Et igitur arbitror Juſtinianum eo reſpexiſſe, quod dominus tabulæ citra factum ſuum dominium tabulæ amiſit, quo caſu & omnibus ejuſdem generis, abſque ſumma injuria, aliter ſtatui non potuit, niſi ut aliqua actione priori domino ſuccurreretur. Et variis actionibus ſuccurritur pro variorum caſuum diverſitate: ubi res quæ mea fuit, recipit ſeparationem, ad exhibendum agitur *l. gemma* 6. *ad exhibent. l.* 23. §. *Item* 5. *de rei vindicat.* ubi non recipit ſeparationem actio in factum datur *d. l.* 23. §. 5. Et propius ad rem noſtram, pro arbore quæ ſine facto noſtro in alienum fundum tranſlata ibi coaluit, eſt utilis actio in rem *l.* 5. §. *de arbore* 3. *de rei vindicat.* & monuimus ſup. ad §. *præterea.* quod utilis actio non tam vere ex dominio quam ex quadam æquitate conceditur. Et nimirum hac de cauſa hic dixit Juſtin. conſequens eſſe ut domino tabulæ detur actio utilis. Poteſt videri ideo tanto facilius domino tabulæ data actio utilis, quoniam tabula omnino ſubſtantiam ſuam retinet: ut quodammodo hac conſideratione videatur dominium adhuc eſſe penes eum, utcunque propria ratione videatur ceſſiſſe picturæ; cum & dicatur manere dominus materiæ, quæ ædificio juncta eſt §. *cum in ſuo in pr. ſup. h. t.* Porro ubi utili hac actione experitur dominus tabulæ, ſubjicit Juſtinianus eum repelli per exceptionem, ſi non ſolvat impenſam picturæ. At quid ſi offerat hanc impenſam, contra pictor offerat pretium tabulæ, cujus prior erit ratio & potior? Et ſiquidem cum Juſtiniano tabulam picturæ cedere dicimus, & pictori directam actionem in rem contra dominum tabulæ poſſeſſorem concedimus, conſequens omnino eſt, ut potiorem faciamus conditionem pictoris: cum & alias utilis in rem actio effectum illum vix habeat, ut ab invito extorqueat reſtitutionem, aut ut contra eum tamquam contumacem in litem jurari poſſit, cum hic etiam poſſeſſor juxta diſputationem Juſtin. ſit dominus directus: idque omnino adhuc §. ſubintelligendum, aut ſupplendum eſt, quod & communiter cenſent Interpp. & iſtud quoque recte, quod contra tertium poſſeſſorem præferatur pictor, quippe dominus verus. An autem & quando directæ actioni præferatur utilis, de quo hic late Faber, non eſt hujus loci: neque huc pertinet; quoniam in terminis noſtris omnino directa potior eſt; ſed illa quæſtio de prælatione habet locum in actionibus perſonalibus; vel ubi utile dominium quis habet ab ipſo directo domino, veluti vaſallus & emphyteuta. Pergit Juſtin.

Utique ſi bona fide.] Et an igitur opus eſt bona fide pinxiſſe, † ut pictor fiat dominus tabulæ, & 4
hæc cedat picturæ? probavimus ſupra ad ſæpe *d.* §. *ſi tamen* 27. non impedire malam fidem hanc acquiſitionem dominii, quæ fit per acceſſionem: cui ſententiæ videtur hic locus contradicere. Et an forte Juſtin. parum memor opinionis ſuæ, quod tabula cedat picturæ, hoc ita ſcripſit. Et enim ita loquitur de pictore, qui ſciens tabulam

alienam, in ea pinxit, quomodo locutus eſt de omnibus illis, qui alienæ rei quid imponunt & adjiciunt. Scilicet et qui ſciens ex ſuo in alieno ſolo ædificavit, vel plantam impoſuit ſuam alieno agro, ſemina in alieno fundo ſparſit, in aliena charta ſcripſit, his etiam poſſidentibus negavit exceptionem, pro conſequendis impenſis aut pretio rerum ſuarum, quas ſcientes alienum ſubjectum ei adjeciſſent. § *ex diverſo*, §. *Qua ratione*. §. *Litera ſup. h. t.* Eadem ratione, hic pingenti ſcienter in aliena tabula videtur non obſcure negare exceptionem.

Atqui non conveniebat hujus caſus & illorum eandem hic ſtatuere rationem: quandoquidem illis adjunctum cedit ſubjecto: hic autem contra adjuncto ſubjectum cedit: neque quod in ſ. §. ſubjicit, ſubrepta tabula, datur actio furti, efficit ut pictori ob id non ſit dominium quæſitum: ſiquidem in §. *ſi tamen: ſup. h. t.* utcunque ſubreptam purpuram ipſe fur junxerit, & actio furti contra eũ haud dubie locum habeat, tamen dominium purpuræ amiſſum eſſe, & purpuram haberi pro extincta, reſpondit Juſtinianus: qui adeo ut dixi, parum ſuæ ſententiæ memor fuiſſe, & nõ ſatis ſibi cõvenire videtur. Aut an dicimus hanc rationem adquirendi ut tabula cedat picturæ, non eſſe naturalẽ, ſed magis civilem & artificialem: & proinde in ea non obtinere, quod ſupra ad §. ſi tamen, probavimus, dominium adquiri, non obſtante ma a fide & ſcientia rei alienæ.

Non inepte pro tuendo Juſtin. Weſemb. hic cenſet negari ſaltem pictor. exceptionem doli, qua conſequi poſſit precium picturæ: ceteroquin hac omiſſa poſſe eum allegare dominium, & ita vincere, oblata (quod tum omnino neceſſum eſt) tabulæ æſtimatione.

Illud enim palam eſt.] Meminit hic ſubreptarum tabularum: ſicut & ſupra in §. *ſi tamen* ſubreptæ purpuræ, quia frequenter contingit, ſubripi res mobiles: ceteroquin ſunt caſus quibus res mobilis furtiva non eſt, licet ſit aliena. Utique ſi pictor putet eſſe ſuas, licet furtivæ ſint, quas forte à fure ignorans emit, non nocebit ei vitium hoc furti, quo minus procedat quod in pr. §. dicitur. Licet enim vitium furti comitetur rem, id tamen non impediet hanc ſpecialem adquirendi rationem, quam hic defendit Juſtinianus: & quod diximus jam *ex verſic. ſi bona.* præciſe reſtringendum erit ad eaſum, quo pictor ſcivit tabulas eſſe furtivas aut alienas. Plane ut hoc addam, oportet hunc §. intelligi de pictura in ſpecie dicta: ceteroquin ſi quis pingat carbone vel creta aliquid in tabula, quod nullius pretii ſit, & facile deleatur, procul dubio dominiũ tabulæ integrũ manebit. De Parrhaſio cujus hic mentio vid. *Plin. 35. hiſtor. nat.* 9, & 10. (ut Græculus paraphraſtes ineptit,) eodem cap. & ſeq. de Apelle, quem ſuaviter Johan. Fab. putat fuiſſe Judæum: an forte credidit eſſe Apellam? Horat. *credat Iudæus Apella.*

TEXTUS.

27. Si quis à non domino, quem dominum eſſe crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet cauſa, æque bona fide acceperit; naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura. Et ideo, ſi dominus poſtea ſupervenerit, de fructibus ab eo conſumptis agere non poteſt. Ei vero qui alienum fundum ſciens poſſederit, nõ ibidem conceſſum eſt: itaque cum fundo, etiam fructus, licet conſumpti ſint, cogitur reſtituere.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa hujus adquiſitionis.*
2 *Percipere fructus quid ſit.*
3 *Effectus perceptionis.*
4 *Quid ſi ex perceptione locupletior ſit factus poſſeſſor.*
5 *Fructus extantes an reſtituantur.*
6 *An fructus naturales adquirat bonæ fidei poſſeſſor.*
7 *De mala fidei poſſeſſore.*
8 *Quid ſi mala fides ſupervenerit.*

HÆc quoque ſpecies acceſſionis eſt, quam aliqui diſcretã vocant. Fructus enim cedunt ſolo: itaq; hic § conjungendus eſt cum §. *Item ea* 19. *ſup h. t.* Etenim fructus adquirimus, tum jure † 1
dominii veri, de quo in d. §. 19. tum jure quaſi dominii, quod eſſe videtur in eo qui bona fide poſſidet, & cui datur Publiciana, quæ eſt actio in rem de quo dicimus §. *Namque* 4. *inf. de act.* qui nimirum putans tradentem eſſe dominum, ab eo ex juſta cauſa rem accipit, quæ in *pr. hujus* §. ſignificantur. Hic hactenus & quo ad effectum percipiendi aliquo modo fructus & eos faciendi ſuos inſtar domini interim, dum verus dominus non apparet, habetur, ut docent *l. bona fidei* 48. *in pr. de adq. rer. dom. l.*

dom. l. qui ſcit. 25. §. 1. de uſur. & huc præcipue pertinet, quod dicitur, bonam fidem tantum præſtare poſſidenti, quantum veritas *l. bona 136. de R. I.* ſcilicet non omnimodo, ſed ſecundum quid. Bona fides ſcil. cum titulo, cujus expreſſiſſime etiam hic meminit Juſtin. nec poteſt vera eſſe bona fides ſine titulo, quippe ſine quo non transfertur dominium: error autem juris hic nocet. Itaque omnino errat poſt gl. Ang. n. 5. & alii, qui putant etiam poſſeſſorem bonæ fidei ſine titulo fructus facere ſuos: & præſupponendus eſt titulus in *l. ſi eius 78. de rei vind.* quæ male adducitur; & peius *l. qui ſcit §. 1. de uſur.* cum ibi tractetur de emptore. Poteſt tamen admitti illa Dd. opinio cum explicatione Porti, quod ſit titulus putativus, ex juſta causa & errore cauſatus, de quo *infr. tit. 6.* Et hæc omnino principalis eſt ratio hujus adquiſitionis, bona fides, ut ſcilicet putet ſe eſſe dominum; quod recte putat, dum credit eum ſuiſſe dominum à quo rem accepit *h. §. in pr.* accepit videlicet juſto titulo; hæc enim faciunt ut jus ſit uſucapiendi. de quibus plenius agemus *inf. de uſucap.* Illa autem ratio minus eſt principalis, qua hic utitur Juſtin. quod fructus faciat ſuos pro cultura & cura. Quæ ſi ſola conſideraretur, & malæ fidei poſſeſſor adquireret fructus, quod falſū eſt in *f. huius §.* ſed & bonæ fidei poſſeſſor nec extantes reſtitueret, quod itidem falſum eſt, ut mox dicemus: ſed & amplius non adquireret bonæ fidei poſſeſſor fructus, ſi alius conſeviſſet agrum ab illo bona fide poſſeſſum: quod rurſus falſum eſt, *l. 48. h. t.* de quo in §. *ſeq.* Tractatur autem hic de fructibus qui ex terra proveniunt, & a natura producuntur, non iis quæ occaſione rei per commercia & conventiones, & quaſi artificialiter acquiruntur, & jure percipi, & civiles fructus dici ſolent, veluti penſiones, mercedes, uſuræ; *l. ſi navis 62. in pr. de rei vind.* vice fructuum eſſe *l. uſura 34. de uſur.* & in fructu (verbo hoc proprie ſumto) non eſſe *l. uſura 121. de verb. ſign.* ceteroquin in fructu numerantur *l. videamus 19. in f. pr. & l. prædiorum 36. de uſucap.* loco fructuum *l. mercedes 29 de petit. hered.* Et iſtorum tamen quoque ratio in iſtis judiciis habebitur per dd. textus. Sed de iſtis Juſtin. hic non agit.

Ait Juſtinianus: fructus eſſe bonæ fidei poſſeſſoris, quos percepit. Nam licet fructus pendentes ſint pars fundi, & cenſeantur ejus eſſe cujus eſt fundus, adeo & interim bonæ fidei poſſeſſoris, qui loco domini interim eſt, tamen propter hoc ipſum quia pars fundi ſunt, interim fructuum rationem hic non habeat, ubi fructus ut ſeparatos conſideramus, & quale habeat jus in iis poſſeſſor: præcipue quod hæc quæſtio tractatur in terminis, in quibus poſt dominus ante impletam uſucapionem vindicat & evincit fundum; quo caſu uti. que una cum fundo iſti fructus adhuc pendentes reſtituuntur. Et ita ICtus in *d. l. bona 48. in pr. h. t.* ait bonæ fidei poſſeſſorem facere fructus ſuos percipiendo: & in *d. l. 25. §. 1 de uſur.* hoc unicum tractatur, an bonæ fidei emptor fructus † perceptos ſuos faciat. Ubi contradicere ſibi videtur ICtus in *d. l. 48.* qui cum in pr. dicat, percipiendo fructus ſuos facere poſſeſſorem, ſtatim ſubjicit, fructus fieri bonæ fidei emptoris antequam eos percipiat. Ad quæ componenda & intelligendo diſtinguenda eſt homonymia in verbo, *percipere*, Et nimirum dupliciter dicuntur percipi fructus 1. ſimplici ſeparatione à ſubjecto, veluti ſi ſegetes demeſſæ aut poma pirave de arboribus dejecta fuerint. 2. ulteriori aliquo facto, veluti avectione & collectione in horream, vel expreſſione vini aut olei ex uvis vel olivis. Ita in *l. ſi eius 78. de rei vind.* fructus dicuntur percepti, ſic cœpti ſint percipi: quæ rurſus verba citra iſtam explicationem implicarent contradictionem: neque enim poſſit dici perceptum, quod cœptum eſt percipi; ſed mox ibidem additur; percipi cœptos dici fructus, ſi terra ſe continere deſierint, licet nondum collecti, & necdum vinum vel oleum factum ſit: quo ſenſu aliquando percipi dicuntur fructus, in alio genere poſſeſſoris, aut qui jus adquirendi fructus habet, de quo aliqua dicemus §. ſeq. Et poſteriori ſenſu perceptionis, emphatice dicuntur fructus coacti ut notat per *d. l. 78. Cuiac. 11. obſ. 39* ubi tamen non recte negare videtur, quod ſic quoque dicuntur percepti fructus. Ita percepti fructus pro coactis ſumuntur in *l. qui ſcit. 25. §. 1 in f. de uſuris l. ſi fructuarius 13. in f. Quib. mod. uſufruct. amitt.* 2

Et igitur bonæ fidei † poſſeſſor fructus ſuos 3
facit percipiendo, & hoc modo eorum dominus efficitur. Cujus in eo potiſſimum effectus eſt, ut quod cuivis domino jus competit, idem & habeat bonæ fidei poſſeſſor; nimirum ut pro libitu ſuo fructibus uti, eos diſtrahere, & alias pro utilitate & neceſſitate familiæ conſumere poſſit. Cujus rei hic porro effectus eſt, ut ſi poſtea dominus evincat fundum, poſſeſſor ei ob fructus conſumptos non teneatur: ut hoc §. ſcribit Juſtinianus, & in §. *etſi 2. in f. inf. de offi. iud.* facit *l. Neſen. 41. §. 1 de rei vind.* Et hoc eſt, quod dicitur in *l. 4. §. 2. ſi reg.* bonæ fidei poſſeſſo-

Hh 2 rem

rem fructus *lucrari*, quos ante litem cont. percepit
4 & † conſumpſit. Ubi tamen limitationem quidam addunt *niſi factus ſit locupletior*, & plus lucri ſecerit ex iis quam in culturam & curam fundi impendit: tum *arg. hujus §.* quo fructus dicuntur fieri bonæ fidei poſſeſſoris pro cultura & cura: tum per *l. ſed & ſi 25 §. conſuluit. 11. de; et hered. junct. l. 1. C. eod.* Sed nec verba §. noſtri captanda ſunt, quæ cauſam iſtius adquiſitionis innuunt, minime autem efficiunt, quod tantum uſque ad quantitatem impenſarum lucretur poſſeſſor conſumptos fructus: cum textus non diſtinguant; & evidenti argumento eſt, quod fructus etiam extantes hactenus retinere non eſt poſſeſſor, ut inde impenſas conſequatur. Et ſpecialis ratio eſt judicii univerſalis petitionis hereditatis, non tantum quod ille habet titulum lucrativum, ſed & magis, quod alias mitius cum hoc poſſeſſore agitur, nec quidquam reſtituere tenetur, ſi hereditatem ſine dolo fecit minorem *d. l. 25. §. 11.* proinde tutius vice verſa debet præſtare, quidquid ex hereditate lucri conſecutus eſt, & ſatis habere ſi nullum ſentiat damnum. Cui accedit, quod fructus hereditatem augent, eoque jure actionis univerſalis non minus atque ipſa corpora hereditatem veniunt *l. 1 & 2. C. de petit. hered.* Plane ſi forte poſſeſſor bonæ fidei, præterea paulo ante motam controverſiam, majorem copiam frumenti aut vini diſtraxerit, & magnam exinde ſummam pecuniæ redegerit, conceſſerim facile, judicem hujus rei poſſe & debere habere rationem. Et igitur ut ad prius illud redeamus, quod diximus ex §. noſtro & probavimus, poſſeſſor lucratur fructus conſumptos; & ita illos plene & cum effectu, ne de iis teneatur, ſuos facit: quo ſenſu bonæ fidei poſſeſſor, dicitur fructus conſumptos ſuos facere *l. 4. §. lana 19. de uſucap. l. quæſitũ 40. in f. de adq. rer. dom.* ex quibus minime colligi debet, quod ante conſumptionem non itidem proprio ſenſu ſuos eos facere dicatur. Sequitur autem ex his per argumentum, quod vocant, à contrario
5 ſenſu, ſi adhuc extent fructus, eos eſſe † domino una cum fundo evictori reſtituendos. Id enim efficit, quod eſt in *d. l. 4. §. 2 fin. regund.* lucrari poſſeſſorem fructus, ſi eos conſumpſerit, quod ſcriptum etiam eſt expreſſe in *l. certi 22. C. de rei vind.* quod bonæ fidei poſſeſſor reſtituat fructus extantes. Et ſententia iſta omnium pene Interpp. communis est, à qua fere unicus diſceſſit ſed pravo judicio *Donell. 4. comm. 25.* ubi duplici utitur argumento 1. quod iniquum ſit fructus eos reſtitui, qui opera & induſtria poſſeſſoris bonæ fidei provenerunt. 2. quod non ſit auferendum, neque poſſit auferri quod ſemel alicujus factum eſt. Atqui in fructus, poſſeſſoris, antequam eos conſumpſit, & ſola perceptione, ut paulo ante diximus, & quidem quod magis eſt, dicuntur fieri pleno jure, *l. impendium 28. de uſuris.* ſed ad iſta non eſt reſponſio difficilis. Et videlicet dominii adquiſitio duplex eſt, alia perpetua & citra domini ipſius factum irrevocabili jure: alia non perpetua, ſed ex cauſa aliqua ſuperveniente, quo cauſam dominii tollit, revocabilis.

Ita maritus habet dominium dotis, ſed revocabile, ſoluto matrimonio, de quo dicemus *infra quib. alien. non licet in princ.* In noſtris terminis cauſa dominii & adquiſitionis fructuum eſt jus bonæ fidei, quod dominio æquiparatur, quamdiu de vero domino non conſtat, & quo adeo ſuperveniente, ac rem ſuam evincente, ceſſante illa, quam dixi, cauſa, cum, ipſa re fructus tamquam acceſſiones fundi quivis poſſeſſor cogitur reſtituere: quandoquidem ratio quæ hoc §. adducitur, culturæ & curæ, non poteſt ſublato jure, quod in ſolo habebat antea poſſeſſor, ſola defendere poſſeſſorem, ut retineat fructus: ſed ad hoc tantum proficit, ut dominus aut precium eorum quæ impenſa ſunt, præſtare teneatur, aut pati, ut fructus cum ſumptibus proportionaliter compenſentur, & ſcilicet pro illis fructuum partem poſſeſſor bonæ fidei retinere poſſit. *l. ſi à domino 36. §. ultim. de petit. hered.* & ita tollitur iniquitas in primo argumento adducta: idque eſt quod Juriſconſultus ſignificat in *d. l. bona 48. in pr. de rei vindicat.* bonæ fidei poſſeſſorem fructus ſuos facere Interim, dum ſcil. res evincitur. Nec dicere quis poſſit fruſtra id conſtitutum, ut fructus percipiendo faceret ſuos bonæ fidei poſſeſſor, ſiquidem eos extantes reſtituere cogatur. Et enim tum ratio bonæ fidei hoc facit, tum iſte effectus inſignis eſt, quod habet jus conſumendi & fructus conſumptos lucratur: Quod ſi ejus percipiendo facti non eſſent, conſumptorum æſtimationem reſtituere & præſtare teneretur. Porro amplius ad *d. l. 28. de uſur.* quam præcipue urget Donell. quod ibi dicuntur fructus fieri poſſeſſoris bonæ fidei pleno jure: hæc quoque reſponſio eſt quod inde non ſequitur, eos extantes non reſtitui: neque enim plenitudo illa infert jus irrevocabile, ſed quod interim verus & plenus ſit dominus, proprietate & uſufructu. Tum inſuper & hoc reſpondere, quod

quod ibi ſit oppoſitio fructuũ ad partum ancillæ: illi ſtatim fiunt poſſeſſoris, vel quicunq; tandem jus fruendi habet; ſed partus qui non eſt in fructu, uſucapione demum adquiritur, de quo in § *in pecudum infra hoc titul.* Et omnino inepta eſt reſponſio Donell. ad *d. l. 22. de rei vindic.* quod fructus extantes ibi ſignificent pendentes: de his enim non ut fructibus, ſed ut parte fundi tractatur: nec hoc reſtituere dicitur poſſeſſor. Unum ſupereſt an hæc,
6 quę diximus hactenus de bonæ † fidei poſſeſſore, obtineant in quibuſcunque & omnibus fructibus, qui naſcuntur in fundo. Communiſſime fructus diſtinguuntur in naturales & induſtriales, quam diſtinctionem Interpp. noſtri ſumpſerunt ex *l. fructus 45. de uſuris.* ſed ea diſtinctio non habet accurate oppoſita membra. Etenim induſtriales non dicuntur, quaſi ſola induſtria hominis ea producat, quod fieri nõ poteſt, ſed quod niſi factũ hominis accedat, fructus iſtos natura vel omnino non, vel vix & parciſſime producere poſſit: cujuſmodi ſunt ſegetes, uvæ, &c. quin & amplius, quo ad hanc tractationem pro induſtrialib. habentur, qui naſcuntur ex animalibus, in quæ cum aliqua impendenda, & quotidianus ſumptus pro alimentis eorum faciendus eſt; qualia ſunt, vaccæ, oves, capræ. itaque hactenus vituli, agni &c. inter fructus induſtriales referuntur, *d. l. in pecudum 28. de uſuris.* Horum oppoſitione naturales dicuntur, in quibus natura omnes opotiſſimas partes habet, ita ut vel nullo vel plane exiguo aut ſumptu aut cura opus ſit, veluti ſunt ligna, poma vel pyra, *d. l. fructus 45. de uſuris.* & obſervãdum eſt, quod notant *Cyn. in l. certi 22. Cod de rei vindicat. n. 2 & Bart. in l. & ex 35. D. eod.* aliquando judicem arbitrario portere an fructus ſint habendi naturales an induſtriales. Eodem referri ſolent prata *argum. l. pratum 31. de verb. ſignif.* Bene autem limitat id Weſemb. ut ea non pertineant ad fructus induſtriales, quæ ex arboribus quas ipſe poſſeſſor inſevit & plantavit, & utique primum nata ſunt: ubi etiam recte cũ Dd. monet, hanc diſtinctionem ſumptam eſſe à potiori, vel potius (nam & imo in induſtrialibus ita dictis plus ſuo ſenſu operatur natura) comparative tantum ita fructus diſtinguuntur. De naturalibus quæritur, an pariter eos percipiendo ſuos faciat poſſeſſor: quod ſane diſerte negat JCtus *d. l. 45.* & att. fructus hos non fieri bonæ fidei poſſeſſoris, quia non ex facto ejus naſcantur; id eſt, quia licet nec ſumptũ faciat, nec quidquam ſerat, aut aliud agat, iſti tamen fructus proveniant. Et hæc eſt communiſſima omnium Dd. ſententia, quæ omnino probatur ex *d. l. 45.* quæ ſine cavillatione aliter intelligi & explicari non poteſt. Plerique recentiorum in contrariam ſententiam abierunt, quorum interpretationes & emendationes ad *d. l. 45.* referre operæ pretium non eſt, & id nimis longum foret: & ipſa ingens explicationum diverſitas facit, ut eorum opinionem falſam exiſtimem: videat cuilibet, *Weſembec. hic. Vult. 1 diſcep. t. ſchol* 20. *Ant Fab. 4. conj. 17. Govean. 2. var. lect* 15. *Alb. Gent. 4. lect. 19. Paciũ ad l. 2. C. de cõdict ex leg.* Doctorũ ſententia communis, & ſimplex eſt, & firmatur quoq; ex hoc textu, in quo ſimul hanc rationem adquiſitionis reddit Juſt. *pro cultura & cura.* qua omnino negata ceſſabit etiã adquiſitio ipſa. Ex quo porro infero, eũ qui dominus non eſt, jus cõſumendi rem non habeat, etiã bonæ fidei poſſeſſorem, hos fructus naturales, jure ſuo conſumere non poſſet & proinde ſi conſumpſerit, ad eorum æſtimationem teneri: & propterea qui textus conſumptos dicũt cedere lucro poſſeſſoris bonæ fidei, ad eos fructus pertinere qui fiunt poſſeſſoris, & nempe induſtriales, cujuſmodi habentur plerique fructus. Ex Doctoribus, etiam qui naturales negant adquiri bonæ fidei poſſeſſori, tamen plerique eorum conſumptorũ nomine teneri eũ negant: ita n. *gl. & Dd. communiter in d. l & ex 35. & l. 22. C. eod.* & poſſet dici, licet dominus non fuerit, tamen quia opinione domini eos conſumpſit, ſaltem exceptione tuendum eſſe. Sed ſane non ſatis eſt, opinione domini conſumpſiſſe, ut propterea domino vero quis non teneatur: itaq; nec movet ratio *Sal. in d. l 22 n. 3.* quod poſſeſſor eos neq; culpa neq; dolo poſſidere deſierit: quoniam aliud eſt amiſiſſe poſſeſſionẽ hoc modo ſimpliciter, quo caſu ceſſat actio: aliud conſumſiſſe & in utilitatem ſuam convertiſſe: quo caſu utique etiam ceſſabit vindicatio, ſed condictio competet. Et præcipue me in hanc opinionem impelli, quod ſi fructus naturales cõſumptos, lucro poſſeſſoris bonæ fidei cedere dicimus, nulla erit, inter induſtriales & naturales realis differentia. quippe etiam induſtriales extantes ſunt reſtituendi: Illa enim tantũ in verbis non in effectu poſita eſt, & in ſolo genere agendi, quæ affertur à *Cyn in d. l. 22. & gl in d. l 35. de rei vindic.* quod pro naturalibus fructibus extantibus dominus etiam ſeorſim habeat vindicationem: ſed induſtriales reſtituantur una cum re ipſa tamquam acceſſiones, officio judicis, aut ſi factum non ſit, ſupereſt ſaltem condictio. Nihil autem intereſt poſſeſſoris an reali an perſo-

nali actione conveniatur: niſi quod aliquando ob contumaciam condemnatio variatur. Facit, quod nulla alia ratione receptum eſt, ut bonæ fidei poſſeſſor fructus induſtriales faceret ſuos, quam ut ne de conſumptis teneatur. Porro hic non obſtat *l. bona 48. in princ. h. titul.* nec enim in verbo omnes, protinus neceſſario includuntur naturales, ſed etiam ii qui aliena opera ſati & ſeparati fuerunt; ait enim non ſolum eos qui diligentia Ejus &c. Ergo intelligit fructus, qui operam & induſtriam requirunt. Tum etiam conſiderato paulo pinguius bonæ fidei poſſeſſoris jure, omnes fructus ejus eſſe videntur; dum ipſe interim pro domino eſt: ſecus autem ſe habet, ubi accuratè rationem adquirendi cauſam conſideramus, quæ ſimul eſt à cultura & cura. Denique dum conſideramus eundem ſtatum durantem, nulla apparet inter fructus differentia; ſed apparet, ubi poſt domino ſuperveniente de jure fructuum tractatur. Non obſtet etiam, quod poſſeſſor bonæ fidei plus juris habere dicitur quam fructuarius *l. 25 §. 1. de uſuc.* qui etiam naturales utique fructus ſuos facit. Etenim illa prærogativa *d. l. 25.* eſt ſecundum quid, de qua dicemus *§. ſeq.* non abſoluta: ceteroquin extantes fructus (quos omnino retinet fructuarius) non reſtitueret bonæ fidei poſſeſſor; quod eſt falſum Sequitur in textu:

Et vero qui alienum fundum.] Jam tractat, quid
7 juris † ſit, in malæ fidei poſſeſſore. Diximus, cauſam hujus adquiſitionis principaliter pẽdere à bona fide: Qua ceſſante efficitur, malæ fidei poſſeſſorem nullos fructus perceptos facere ſuos, & nullos conſumendi jus habere: ſed & juxta ea quæ ſæpius præcedd. §§. tradita fuerunt, nec pro impẽſis habere retentionem aut doli exceptionem. Et in *l. 22. C. de rei vind.* dicitur, quod malæ fidei poſſeſſor omnes fructus præſtet; & pro extantibus eſt vindicatio, (quoniã jure ſoli domino adquiſiti ſunt, nõ poſſ. ſoli) *l. 3. C. de condict. ex Leg. l. 4. C. de crim. expil. her.* ſi conſumpti ſint, tenetur condictione ad æſtimationẽ *d. l. 3. & d. l. 4. & l. 4. §. 2. in f. fi regund.* & monuimus ſup. ad *§. ſi tamen h. t.* quoſdam condictionem furtivam, quoſdam condictionem ſine cauſa intelligere: quod poſterius magis eſt cum deficiant hic requiſita furti. Et ita ſimpliciter condictio fructuum ex injuſta cauſa perceptorũ, proponitur *l. 4. §. 1. de reb. cred.* & alii caſus ſunt *in l. ſi ſervus 61. §. Locav. 7. de fur. l. cum in plures 60. §. meſſem 5.* (licet ibi condictionẽ furtivã intelligat) *Locati.* Illud quæri poſſit, an non præter condictionem locus ſit actioni ad exhibendum quæ alias locum habet, ubi quis dolo malo aut mala fide rem cõſumpſit & poſſidere deſiit, ut ad *d. §. 27. diximus & ad §. cum ex ſuo ſup. eod.* ubi contra eum qui tignum mala fide junxit, actionem ad exhib. dari probavimus: & *in §. 2. infr. Quib. alien. lic.* pecunia mala fide conſumpta, eadem actio proponitur. An forte hic ſpecialis eſt ratio; tum quod intervenit actus, qui jure gentium ſolet facere dominum, *perceptio fructuum*, & quidem rei non ſimpliciter alienæ, ſed quæ per ipſius quoq; operam culturam & curam producta eſt? Et ſane condictio in dd. locis ita opponitur vindicationi; ut hæc, vel quæ in rebus mobilibus illius locum ſubit, actio ad exhib. pro fructibus cõſumptis competere non videatur. Cum itaq; dd. textibus vindicatio extantium proponatur contra malæ fidei poſſeſſorem, indicio eſt, veriorem eſſe eorum opinionem, qui contra bon. fid. poſſeſſorẽ pro extantibus nõ vindicationem, ſed tãtum condictionem contendunt; licet enim dominium ſit revocabile, tamen utiq; dominium eſt, facit *l. 1. §. ult. de cond. cauſ. dat.* Ergo malæ fidei poſſeſſor etiam de fructibus conſumptis, & omnibus omnino perceptis tenetur: nec tantum iis quos vere percepit, ſed etiam qui quadam juris fictione pro perceptis habẽtur: & qui percipi potuiſſent: neq; enim negligentia aut dolus poſſeſſoris nocere debet domino, quominus conſequatur fructus quales ipſe percipere potuiſſet, ſi fundum poſſediſſet, quem quiſque dominus ut diligẽs paterfamilias colere intelligitur: probatur hæc ſententia per *l. ſi navis 62. §. 1. de rei vindic. l. cum ſervus 39. §. 1. de leg. 1. l. ſi de 4. C. unde vi l. domũ C. de rei vind. l. ſed & partus 12. in pr. Quod met. cauſ. l. ait 10. §. & fructus 20. quæ fraud. cred.* ubi fit mentio fructuum qui à fraudatore percipi potuerunt, quoniam hujus quaſi nomine agunt creditores. & ſi non alienaſſet ille, actionem nullam ſuper fructib. haberent creditores: *add. §. ſed etſi 2. verb. illorũ inf. de off. jud. l. fructus 33. de rei vind. l. ſed etſi 25. § ſed & 4. de pet. her. junct. l. 1. inf. C. eod.* nam quod in omnibus poſſeſſoribus obtinet poſt lit. cont. idẽ in malæ fidei poſſeſſoribus ante lit. cont. juris eſt: quia poſt iſtud tempus omnes poſſeſſores ſunt pares, poſtquam controverſia mota ſuper jure ſuo incipiunt dubitare *l. illud 40 de pet. her.* Itaq; ſi quos fructus poſt lit. cont. conſumpſit, qui bonæ fidei poſſeſſor erat, eorum nomine condemnatur; quia quo ſtatu erat res tempore litis conteſtatæ, eo præſtanda & reſtituenda eſt *l. 2. de uſuris l. cum fundus 31. in p. incip. ſi cert. pet. l. 4. §. 2. fin. reg. l. ædiles 25. §. Item 8.*

de

de ædil. ed. Igitur ut redeamus unde digreſſi ſumus ob fructus etiam quos percipere potuit, tenetur malæ fidei poſſeſſor, quamvis aliqui diſtinguant an malæ fidei poſſeſſor titulú habeat necne, & hunc demum etiam de fructibus percipiendis teneri putent; *gloſſ. ac alii in leg. & ex 35 de rei vindic.* quos tamen movere non debebat (nam textus modo citati generalius loquuntur) *l. ſi fundum 17. Cod. de rei vindicat.* quia pervulgatum jam eſt & ſcitum, textus Codic. fere eſſe reſponſa ad caſus ſingulares; & in facto contingentes; ut proinde ex eo quod in *d. l. 17.* dicitur, reſtituendos eſſe fructus perceptos, non recte inferatur, fructuum, qui percipi potuerunt, nomine poſſeſſorem eum non teneri. Quando ita evagati ſumus, quæramus & hoc, quid juris ſi ab initio quis bona fide fundum apprehenderit, ſed poſt mala fides ſupervenerit: quid juris ſit quoad fructus; Et ſuperveniens qui-
8 dem mala fides, non interrumpit † uſucapionem ipſius fundi; quoniam hujus una uſucapio eſt, in cujus principio ſufficit adfuiſſe bonam fidem: at fructuum quot anni, quot perceptiones, tot adquiſitiones ſunt; itaque poſtquam quis intellexit fundum eſſe alienum, licet uſucapio fundi duret, tamē fructus ſuos non faciet; quæ diſtinctio perſpicuo jure tradita eſt in *l. bona 48. § 1. de adquir. rer. domin.* quamvis in alia opinione videatur fuiſſe Julianus in *l. qui ſcit. 25. §. ultim. de uſur.* niſi illum locum intelligas, quod interim dum non evincitur fundus, videatur quodammodo fructus facere ſuos; quos tamen fundo evicto tarlo ex quo fundum alienum eſſe ſcivit ſuos jam non feciſſe intelligatur, ſed proinde ut malæ fidei poſſeſſor eorum nomine teneatur, quamvis Baro hic iſta ſine manifeſta calumnia neget poſſe conciliari. Quid autem porro, ſi poſtquam percepiſſet fructus, antequam eos conſumeret intellexerit fundum eſſe alienum, an tenebitur de fructibus conſumptis? Equidem in his terminis fructuum uſucapioni locus eſt: Ceteroquin ſi ante eos conſumpſerit, cum jam ſciret rem eſſe alienam & dominus ante ſupervenerit, quam uſucapio impleri potuerit, verius eſt, & conſequens prædictis; eum jure fructus non conſumpſiſſe. Neq; enim ſufficit, quod percipiendo, cū adhuc neſciret fundum eſſe alienū dominus fructuū factus eſt, Etenim ut diximus, dominiū eſt revocabile, quod quia per conſumptionem fit irrevocabile, oportet, in conſumptione quoq; adeſſe bonam fidem; & ridiculum eſt quod alibi Ant. Fab. diſputat, non poſſe fructus conſumi mala fide, qui ſemel per perceptionem alicujus facti ſunt. Illud ad extremum hic quæri poſſit, cum ſæpe dixerimus, malam fidem non obſtare his adquirendi modis, cur hic requiratur bona fides, ſed expedita ratio eſt, quod in illis caſibus de quibus diximus, facto alicujus, ſpecificatione, vel adjunctione acquiritur dominium, atqui fructus non ſeminis, ſed jure ſoli percipiuntur *l. qui ſcit. 25. in pr. de uſuris.* Itaq; ut quis poſſit adquirere fructus, jus eum in ſolo & fundo habere oportet, quod non habet malæ fidei poſſeſſor.

Cogitur reſtituere.] Æſtimatio ſcil. fungitur vice rei; Ceteroquin ipſos fructus conſumptos non reſtituere poteſt, ſed & plerique fructus, frumenta, vina, recipiunt functionem in genere ſuo: & pertinebit ad officium judicis, ut æſtimet an horum æſtimatio, an tantundem in genere ſit reſtituendum; quo facto ipſi fructus conſumpti reſtitui videntur, de quo *infr. l. 3. tit. 15.*

TEXTUS.

12. Is vero ad quem uſus fructus fundi pertinet, nō aliter fructuū dominus efficitur, quam ſi ipſe eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis deceſſerit, ad heredes ejus nō pertinent, ſed domino proprietatis adquiruntur. Eadem fere & de colono dicuntur. In fructu pecudum etiam fœtus eſt, ſicuti lac, pilus & lana. Itaq; agni, vituli & hœdi & equuli & ſuculi, ſtatim naturali jure dominii fructuarii ſunt. Partus vero ancillę in fructu non eſt: itaq; ad dominū proprietatis pertinet. Abſurdum n. videbatur hominem in fructu eſſe, cum fructus omnes natura hominis gratia comparaverit. Sed ſi gregis uſumfructū quis habeat, in locum demortuorum capitum ſubmittere ex fœtu fructuarius debet, ut & Juliano eſt viſum, & in vinearum demortuarum, vel arborum locum, alias debet ſubſtituere. Recte enim colere, & quaſi bonus paterfam. uti debet.

COMMENTARIUS.

1 *Fructuarius quomodo adquirat fructus.*

2 De

2 *De ſententia l.13 quib mod. uſuſ am.*
3 *Fructus maturi cujus ſint.*
4 *Lapſus Cujacii*
5 *De jure coloni in fructibus.*
6 *Explicatio l.26 de furt.*
7 *In fructu quæ ſint.*

FRuctus percipimus, aut ex re propria, (qui caſus non habet controverſiam) aut ex re aliena: & hoc vel citra domini voluntatem, vel voluntate domini, ex qua ſcil. alteri jus tale acquiſitum & conſtitutum eſt. Ad priorem caſum pertinent poſſeſſores bonæ, aut malæ fidei, de quibus jam dictum eſt: Ad poſteriorē varii generis homines; quorum duo hic attinguntur, fructuarius, de quo tamen pluribus agitur, & tribus verbis colonus. Ait 1. de fructuario Juſtinianus, non aliter
1 eum fructuarium † dominum fieri, quam ſi eos ipſe perceperit. Ubi verbum IPSE emphaſin habere videtur, & opponi fructuarius bonæ fidei poſſeſſori, quippe qui fructus ſuos facit, etiamſi alius eos perceperit, & à ſolo ſeparaverit, quippe quod inſtar domini interim habetur, at fructus ſequuntur jus ſoli *l.25.§.1 de uſur.*

Et ſane hactenus etiam minus juris habere fructuarium probatur ex *l. qui ſcit. 25. §. 1. in f. de uſur.* Quod ſi enim ejus non fiunt niſi coacti & collecti ſint, licet ſint à ſolo ſeparati, ut eſt in *d. §.1.* oportet utiq; ut ipſius, vel quod eodē redit, alterius nomine ipſius factū interveniat, qui eos ſeparatos à fundo vel ſolo colligat & cogat: Huic autem connexa eſt illa differentia, quod percipere aliter dicitur fructus bonæ fidei poſſeſſor, ad effectum adquirendi fructus, aliter fructuarius. In illo ſufficit, ſeparatos eſſe à ſolo, in hoc requiritur aliquid amplius, ut ſint collecti & coacti, juxta ea quæ ad §. *præc.* de duplici ſignificatione hujus verbi, *percipere*, diximus, quod etiā probatur ex *l. ſi ejus 78. de rei vind.* ubi de bonę fidei poſſeſſore; & ex *l. ſi fructuarius 13. in f. quib. mod. uſufr. am.* ubi fructuarius & bonæ fidei poſſeſſor ita inter ſe opponuntur, quod hujus fiā: fructus ubi à ſolo ſeparati ſunt: illius, ubi eos perceperit: quod rurſus explicandum eſt ex eo quod jam d. loco, de iſta ambiguitate diximus, ſed quod diximus ſola ſeparatione à fundo fructus non fieri
2 fructuarii, ei obſtat ipſe ille text⁹ in † *l.13. quib. mod. uſufr. ubi poſt par.* ait JCtus, uſumfructum percipi ſpica, aut fœno cæſo, aut uva adempta; quod utiq; habet nudam ſeparationem à terra.

Poſſent hæc ita explicari: ut ſiquidem alius ſeparaverit à terra fructus, non fiant fructuarii, niſi eos collegerit; ſed ſi fructuarius ipſe vel alius ejus mādatu fecerit ſeparationem à terra, ſufficere id ad adquirendos fructus, etiam citra collectionē. Nam & ita conſtabit oppoſitio inter fructuarium & bonæ fidei poſſeſſorem, qui omnino facit fructus ſuos à quocunque & quomodocunque ſeparatos, veluti ſi oleæ ſponte deciderint: quod in fructuario ſecus eſſe docet *d. l.13.* Quamvis huic explicationi non ſatis convenire videatur, quod in *dict. leg. 13 in fin.* ex Juliano refertur, & ita poſſeſſor bonæ fidei fructuario ſimpliciter opponitur; quod illius fiant fructus, ut primum ſeparati ſunt: ſed hujus demum per collectionem; quæ oppoſitio ſi recta eſt, nec ſufficiet ipſum fructuarium ſeparaſſe; quoniam ſeparare non eſt colligere. An dicimus per poſtrema per *dict. leg.13.* corrigi ſententiam ante relatam? Utramque opinionem refert Accurſ. in *dict. l.13.* & priorem, ait eſſe Joan. & Azonis, quam & cōmuniter Interpp. ſequuntur, ſecundum quam dicendum erit, iterum eſſe abuſionem & ambiguitatem in verbo *perceperit*, & in verbis ultimis, *cum eos perceperit*, ſubintelligendum pronomen IPSE, & perceptio in priori ſignificatu erit accipienda, & ad hunc modum quoque explicanda erit *l. qui ſcit. 25. §.1. in fin. de uſur.* ubi itidē Juliani ſententia qualis in *dict. l.13.* Hinc autem, & quod ut fructus fiant fructuarii, neceſſe eſt ab ipſo ſeparari & percipi, fit, ut ſi fur deſecuerit fructus maturos, condictio (quę domino datur contra furem) non competat fructuario, ſed proprietario, *l.12 §. Julian. 5. de uſufr.*

Hæc occaſione vel ipſe dicenda fuerunt, ſimul ut intelligeretur, quomodo & quando fructuarius fructus faceret ſuos, & quid in hac re differret à bonæ fidei poſſeſſore. Et pertinet hoc quoque ad explicationem ejus quod hic ſequitur, ſi fructuarius necdum † perceptis fructibus 3
deceſſerit, nihil tranſmitti ad hæredem: Quod ſi enim poſteriorem explicat opem *dict. leg. 13.* ſequamur, & ſententiam Labeonis à Juliano corrigi dicamus, ſi fructuarius deceſſit, poſt decerptas uvas, deſectum frumentum, aut fœnum necdum convectum in horrea, fructus illos non hæredis fructuarii, ſed proprietarii eſſe conſequetur. Quæ ſententia paulo durior & abſurdior eſt, & videtur tacite reprobari hic à Juſtiniano, dum fructus perceptos opponit maturis; qui videlicet necdum decerpti & ſeparati ſunt, ſed adhuc pendent, aut ſtant, licet ſint in eo, ut decerpantur & demetantur.

Hæc

Hæc enim eſt principalis quæſtio & tractatio hujus §. itaque apparet verbum IPSE hoc §. non poni eo fine, ut excludat alium ſeparantem fructus, dum vivit fructuarius, (quiſque enim regulariter ipſe fructus vel alius ejus juſſus ſeparare præſumitur) ſed ut excludat hæredẽ, cui præmortuo fructuario, ſeparandi & percipiendi fructus licet maturos jus non eſt. Ubi uuva occurrit difficultas, & videtur iniquum eſſe, ut cum fructuarius impenſis ſuis fundum coluerit fructuum ſpe privetur hæres ejus. Finge eum toto anno in vineas magnos ſumptus feciſſe, & adulto autumno, cum jam jam uvæ colligendæ eſſent, ſub ipſum punctum vindemiæ, mortuum eſſe, iniquum videtur, proprietarium venire ad lucrum alterius laboribus paratum. Et utcunque jus fructuarii morte expiret, non tamen inde ſequitur in fructibus jam maturis nullum jus eſſe hæredi; nam & ſoluto matrimonio finitur jus mariti in fundo dotali, fructus tamem pro rata utiq; temporis dividũtur, de quo in *l.7 §. Papinianus ſolut. matr.* Et tamen eadẽ hujus §. ſententia proponitur in *l. in ſingulos 8. de ann. leg. & in d. l.13 in pr. quib. mod. uſuſf. am.* ſunt qui ad tollendã hanc iniquitatem putant ſaltẽ hæredi impenſas præſtanda: quæ ſententia ſapit quidem

4 æquitatẽ, ſed jure deſtituitur Cuj. † 4 *feud.* 30. omnino putat fructus inter fructuariũ vel potius ejus hæredem & proprietarium dividendus eſſe pro rata anni, & hoc non tantum in pendentib. vult obtinere, ſed etiam in ſeparatis, & perceptis, quin etiam jam à fructuario conſumptis, & audet communem opinionem, quod percepti fructus omnes ſint & maneant fructuarii & heredis, nec adhuc pendentes, ſint domini proprietarii, iniquiſſimam & falſiſſimam dicere, ſed hoc poſterius elogium in ipſius Cujac. ſententiã optime quadrat. nihil enim ea opinione falſius, & magis directo contra textus juris, quos paulo ſup citavimus ex *h. § dict. l. 8. de ann. leg. l.13. quib mod. uſuſf. am.* Accedit quod ſi die uſusfructus egati cedente fructus ſint maturi, toti pertinent ad fructuariũ *l ſi pendentes 27. in pr. de uſufr.* & igitur eadem juris ratione finito uſufructu pertinebunt ad fructuarium. Nec n. quidquam falſius eſt, quam quod illo caſu fructu inter fructuariũ & hæredem defuncti ſint dividẽdi. Nec rurſus quid quã magis repugnat textibus, quã ut mortuo fructuario, perceptis jam & ẽt conſumptis fructibus, pars eorũ ad dominum pertinere debeat. Et omnino textus qui ſimpliciter fructus vel fructuario vel domino tribuunt, prout percepti ſunt vel non, tam inſignem cavillationẽ non patiũtur. Et inepta cõparatio eſt, quod fruct' à bonæ fidei poſſeſſore percepti, licet ejus dicantur facti, tamen veniant in rei vindicationem, ſi adhuc extent. Etenim ex iis quæ diximus ad *§. praeced.* apparet quæ ſit hactenus differentia inter bonæ fidei poſſeſſorem & fructuarium, qui ex conſtitutione domini jus utendi habet; & utiq; bonæ fidei poſſeſſor non tenetur de conſumptis: atquin Cujac. abſurdiſſime etiã conſumptos fructus vocat in diviſionem. Neq; vero in tam abſurdam opinionẽ debebat impelli Cuj. per *l. ſi operas. 26. de uſuf.* quoniã alia ratio eſt fructuum naturalium, quæ ſingulis annis ſemel naſcuntur & percipiuntur; alia civilium, & v. c. de quib. agitur in d. l. 26. de mercedum pro operis ſervi, quæ in ſingulos dies etiam habent ſuam ſeparationem, & perfectionem; in quibus operis eſt quaſi fructus ſervi; qui ſi operas præſtitiſſet ipſi fructuario, utiq; mortuo eo protinus operas præſtare deſiiſſet; conſequenter etiam ſi locavit operas in certum tempus, ante mortuo fructuario, non poteſt integra merces ad fructuarii hæredem pertinere: quoniam fructus iſti nec dum percepti dici poſſunt, niſi temporis præcedentis. Argumentũ de marito ſup adductum ſimile non eſt, nam & ſoluto matrimonio ipſo jure maritus manet dominus, & dominium in hæredem tranſit *l. 1. § 1. de fund. dot.* & ſi maturis fructibus fundus in dotem datus ſi, fructus illi lucro mariti non ſunt, ſed augent dotem.

Eadem fere & de colono.] Duo ſunt q̃ iſto §. tractãtur, † primum de modo percipiendi & adquirendi 5 fructus; & quod fructuari' eos ſuos nõ faciat, niſi ipſe eos perceperit; nam eo etiam verbum ipſe referẽdum eſt, licet principaliter poſitũ videatur propter alterum iſtud quod hic tractatur, fructus licet maturos necdum perceptos eo tempore, quo finitur uſusfructus, ad proprietarium pertinere. Att Juſtin. Eadem de colono dici, videndum an in utroq; an in alterutro tantũ. Et poſterius hoc in colono & hærede ejus ſecus eſſe & fructus maturos ad hæredem ejus pertinere probatur duplici ratione, 1. quod merces intelligitur conſtituta annua pro quantitate fructuũ qui eo anno naſcituri ſunt; itaq; inſignis injuria inferretur colono & hæredi, ſi locator mercedem acciperet, & fructus quoque ſibi aſſereret, & locatio ruſtici prædii nullo expreſſo tempore ea de cauſa in annum facta intelligitur *arg. l. item 13 § ult. locati,* 2. quoniam locatio non finitur morte; ſed in eam ſuccedit hæres § *ult. inf. de locat. l. viam ver. C. eod.* Et itaq; cũ in hoc non poſſit

idem dici de colono quod de fructuario, relinquitur ut in priori illo conveniant, ut fructus demum eos ſuos faciat colonus, quos ipſe perceperit, non quos alius ſuo nomine ſeparavit, idque probat *l. ſi ſervus 61 §. locavi 8. de furt.* & aperte *l. cum in plures 60. §. meſſem. locati.* Sed contradicere videtur *l. ſi apes. 26. de furt.* † ex qua quidem notat Pacius hic, differre hac in re
6 fructuarium & colonum, & ait fructus fieri coloni à quocunque percepti fuerint, tum etiam fructus pendentes maturos ad coloni hæredem pertinere ſed miror judicium hominis; quoniam cum de his duobus tantum tractetur hoc §. ſi in utroque differt colonus à fructuario, falſo & abſurde ſcribitur; eadem fere de colono eſſe dicenda: ſed ſcribendum fuiſſet: Idem vel eadem de colono non dicenda. Et ſane videtur rationi non convenire, ut colonus qui nudam plane detentionem & ſane infirmius jus habet, quam fructuarius, faciat fructus ſuos, à quocunque etiam fuerint ſeparati, hoc enim jus non poteſt eſſe niſi domini & qui vice ejus eſt, bonæ fide poſſeſſoris, qui jure ſoli percipiunt fructus: non eorum, qui ex conſenſu domini, & conventione jus fructuum quaſitum habent. Nec difficilis eſt reſponſio *ad d. l. 26. in fin. de furt.* nec enim condictionem furtivam colono dat JCtus, pro fructibus, ſed tantum actionem furti, quæ competit etiam non dominis, quorum intereſt: quo modo *in l. arboribus 12. § Iulianus 5. de uſufr.* in iiſdem terminis datur proprietario condictio furtiva, ſed fructuario actio furti: itaque, *in d. l. 26.* hæc verba, *quia ut primum decerptus eſſet, ejus eſſe cepiſſet*, pertinent ad rationem reddendam, quare colonus actionem furti habeat, quoniam ejus intereſt ab alio fructus decerptos non fuiſſe, ſiquidem ipſe decerpendo ſuos eos feciſſet, itaque non ait, *ejus eſſe cepit, ſed ejus eſſe cepiſſet.* Quæ procul dubio vera ejus loci explicatio eſt. Et ex his etiam coarguitur contrarius error Theophili hic, qui particulam fere ait ſuper vacuo adjectam eſſe. τὸ δὲ Fere, ait, *παρέλκεται*, quem quidem recte hoc nomine ibidem reprehendit Goth. ſed ipſe contrario errore, quem jam in Pacio notavimus, ſe induit, dum adſcribit, aliam differentiam coloni & fructuarii eſſe in *l. 26. de furt. & in l. 12. §. 5. de uſufr.* ubi tractatur, quomodo percipiendo fructuarius fructus ſuos faciat; nos vero hactenus iſtos convenire probavimus; quæ monenda fuerunt, ut ab iſtis Notatum ſcriptoribus ſibi caveant ſtudioſi; Et in eodem errore hæret Myns. hic. Limitat iſtam ſententiam Joh. Fab. procedere in colono ſimplici; ſecus eſſe in eo qui ad non modicum tempus conduxit, quoniam hic habeat utilem actionem in rem *l. 1. §. 3. de ſuperficieb.* & confirmatur optime per *l qui ſcit 25. § 1 in fin. de uſur.* ubi hac in re confertur cum bonæ fidei poſſeſſore, qui tenet fundum vectigalem, & utique ex conducto, *tt. ſi ager vectigal.* ſed nimirum quia habet actionem in rem d. t. unde quadantenus inſtar domini eſſe videtur. Et fortaſſe etiam aliud fuerit in colono partiario, qui inſtar ſocii eſt: & ſcilicet quoad partem ſuam.

In pecudum fructu.] Hæc quoque ſubjiciuntur propter fructuarium, † quæ commodius ſub proprio ri- 7
tulo qui ſequitur, tractata fuiſſent. Quæritur quænam in fructu eſſe dicantur, ut in fide intelligamus, quænam ad fructuarium pertineant; quamvis eadem quæſtio præſertim circa partum ancillæ in bonæ fidei poſſeſſore tractari poſſit. Sed Juſt. de fructuario agit, & ait ejus fieri, quæ ſunt in fructu pecudum, quarum uſusfructus eſt conſtitutus. Idque præcipue propoſuit, ut exciperet partum ancillæ, quem negat ad fructuarium pertinere, ut & *in § furtivæ 2. verſ. unde infra de uſucap* quoniam non ſit in fructu partus, *h. §. & l. in pecudum 28. de uſur.* quam veterem eſſe quæſtionem ait Ulp. *in l. vetus 68. de uſur.* ubi rationem receptæ ſententiæ hanc reddit, quod homo non poſſit eſſe in fructu hominis. Sed quid ni? utique equus eſt in fructu equi; & ut Hottom. hic, ita nec eſſet in fructu proprietarii; aut an dicimus eſſe proprietarii non qua fructum ancillæ, ſed quod alias partus ſequatur ventrem. Sed cui bono iſta ſubtilitas? & quid tandem prodeſt parti, non eſſe in fructu? cum nihil ipſius interſit an fructuario an proprietario adquirantur. Non male Hottoman. hanc rationem ita explicat, quod equas, oves, huic ſoli fere fini alamus, ut fœtus edant, & ſobolem procreent; ſed non conveniat excellentiæ hominis, ut fœturæ cauſa ancillæ habeantur, quod etiam turpiculum foret; eoque referenda eſt ratio hujus *§. ex l. 28. de uſur.* quod natura hominum gratia produxerit. Attamen cum Romani ſervos pene in pecudum numero habuerint *l. 2. ad L. Aquil.* nihil abſurdum fuiſſet, ſi & partum hactenus in fructu eſſe ſtatuiſſent: & nullam ſolidam rationem hic militare illud argumento eſt, quod ut eſt *d. l. 68. & Cicero refert 2. de finib.* inter principes civitatis, Brutum, Scævolam & Manilium ea de re controverſia fuit. Tum etiam, hæc ratio, quod non conveniat ancillam quaſi fœturæ gratia haberi, hoc fere tantum effecit, ut ne partus ancillæ fructuario, & qui ſunt ejuſdem generis quæreretur; cæteroquin in aliis pleriſque partibus juris, partus quoque inter fructus recenſetur; ita ut ad quem fructus ancillæ pertinere debet,

Digitized by Google

bet, eidem cedat & partus, ut patet ex textibus *in l reſpondit* 14. *de uſur. l. Falcidiæ* 24. §. 1. *ad L. Falc. l. deducta* 58. *hereditatem* 4. *ad SC Trebell.* ubi partus ancillæ cum fœtu pecorum comparatur *l. quæſitum* 91. § *ult de legat.* 1. Eſt autem ex ea opinione iſtud, quod cum fructus pecudum ſtatim fiant bonæ fidei poſſeſſoris, non ita tamen fiat partus ancillæ, ſed uſucapione opus ſit *l.* 4 §. *Luna* 19 *de uſuc. l.* 28. §. 1. *de uſur.*

Sed & ſi gregis.] Hoc quoque rectius ſub tit. 4. propoſitum fuiſſet: uſufructuarius tenetur colere & omnia agere ut bonus paterfam. & ſuper hoc etiam ſatiſdare, *t. t. uſufr. quemad caveat. & in l.* 1. 6. *eo tit.* uti debere ita, ut faceret in re propria. Huc autem pertinent, quæ hic proponuntur, ut vineas & hortos integros ſervet, & in locum vitium & arborum demortuarum (nam & plantæ vivunt & habent animam vegetantem) alias ſubſtituat; & in locum demortuorum capitum ex grege alia ſubmittat; ſcilicet ſi gregis tanquam univerſitatis relictus fuit uſusfructus; *h* §. *& l. verus* 68. *ult. cum* 2. *ll ſeqq. de uſufr* ſecus ſi capitum ſingulorum *l. quid ergo* 70. § *ſed quod* 3 *eod tit.* Sed & ſupplebit non aliunde, verum ex agnatis *d. l.* 68. §. *ult.*

TEXTUS.

29. Theſauros quos quis in loco ſuo invenerit, Divus Adrianus naturalem æquitatē ſequutus ei conceſſit, qui eos invenerit. Idemq; ſtatuit ſi quis in ſacro aut religioſo loco fortuito caſu invenerit. At ſi quis in alieno loco nō data ad hoc opera, ſed fortuito invenerit, dimidiū domino ſoli conceſſit, dimidium inventori. Et convenienter, ſi quis in Cæſaris loco invenerit, dimidium inventoris, & dimidium eſſe Cæſaris ſtatuit. Cui conveniens eſt, ut ſi quis in fiſcali loco vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipſius eſſe debeat, & dimidium fiſci vel civitatis.

COMMENTARIUS.

1 *Theſaurus quid.*
2 *Adquirendi theſauri ratio.*
3 *Ad l. 3. de jure fiſci.*
4 *Theſaurus ad regalia.*
5. *De invento in fundo emphyteutico.*

MEMBRA hujus materiæ varie disjecta ſunt. Diximus ſupra *ad §. Item lapilli* generalē modum adquirendi eſſe occupationem; & hanc ab objecto diſtingui, quod occupamus res, quæ ſunt alicujus, vel quæ nullius, & hujus ſpecies eſſe dicas, venationem & inventionem. Hujus objecta eſſe tria, lapillos & gemmas natas in mari & in littore repertas, res pro derelicto habitas, de quibus *in §. pen. infra h t.* & theſauros de quib. *hoc* §. & nullo judicio Weſembec. hic theſaurum refert inter ea quæ ſunt alicujus: utique enim ſub hac qualitate non fiunt inventionis, ſed tamquam qui ſint nullius. Ubi inprimis notandū † theſaurum improprie 1
& proprie, & ambigue dici. Laxius ſumitur pro quavis alicubi repoſita pecunia, etiam de cujus domino cōſtat *l. theſauros* 15. *ad exh l peregre* 44 *in prin. de adq. poſſeſſ. l. Item* 22 *in pr. fam. erc.* ſed iſte, non eſt objectum occupationis, & inventionis, verum quo ſenſu hic ſumitur pro veteri depoſitione pecuniæ, cujus dominus ignoratur, ut *in l. un. C. de theſauris l. à tutore* 67. *de rei vind & in l. nunquā* 31 §. 1. *h. t.* ubi iſta quoque deſcriptio proponitur, & *in d. l. un. C. de theſaur.* theſauri appellatione dicuntur contineri condita ab ignotis dominis tempore vetuſtiori mobilia; nec video cur Cujac. ibi malit legere, *monilia.* Eodem ſenſu ſumitur *in l.* 3 §. *Neratius* 3. *de adq. poſſ.* contra quam male ibi putat Gothof. & quod dicitur ſcite poſſeſſorem fundi, quod theſaurus ſit alienus, nihil aliud ſignificat, quam quod ſciat non eſſe ſuum, non autem, quod alterius eum eſſe ſciat. Sicuti autem aliæ ſpecies † ad- 2
quiſitionis, ita & iſta utcunque ex jure gentium deſcendat, tamen recipit moderationem à jure civili, ut apparet ex *C Theod. tit. de theſauris & l. un. C. Iuſtin eodem.* eoque pertinet conſtitutio Hadrian. h. §. relata; & apud *Spartianum in Adriani vita ſect* 10. De theſauris ita cavit, ut ſi quis in ſuo reperiſſet, ipſe potiretur; ſi quis in alieno, dimidium domino daret; ſi quis in publico, cum fiſco æqualiter partiretur; prorſus ut hic Juſtinian. præterquam quod de ſacro & religioſo loco adſpergit; de quo mox Et ante omnia autē ut procedat iſta adquiſitio, oportet theſaurum inventum eſſe citra vetitas & illicitas artes, ceteroquin etiamſi in proprio repertus ſit, aufertur inventori, *d. l. un. C. de theſaur. lib.* 10. Quæ artes ſi abſint: 1. Si inventus ſit in loco proprio, totus eſt inventoris *h.* §. *& d. l un.* quod naturalis ratio ſuadet; nec intereſt, an in loco proprio, caſu fortuito, an data opera & quæſitus, inventus ſit theſaurus. 2. Si in loco alieno inven-

tus ſit theſaurus, inventio non eſt ſimpliciter modus adquirendi. Quia ſi data opera invenerit, nihil ex eo habet, ſed totum eſt domini loci, ut arguit hic locus *in verſ. at ſi quis.* & expreſſum eſt *in d. l. unic.* ubi additur ratio, quod nemini fas ſit in alieno ſcrutari ſepoſitas opes; adeo factum illicitum, non debet præbere lucrum. Sed & ſi fortuito caſu invenerit, non totum, ſed ſaltem dimidium habet, *h. §. d. l. un. in fin.* Nec intereſt locus alicujus privatus ſit an publicus, Cæſaris, fiſci vel alicujus civitatis, *h. §. verſ. & convenienter.* ſcrupulus eſt *in verſ. idemque, h. §.* † ſi quis theſaurum in loco ſacro, vel religioſo invenerit; Juſtinianus enim totum tribuit inventori; ex illa procul dubio ratione, quod locus eſt nullius. Sed contrarium placuiſſe Divis fratribus, qui non multo poſt Hadrianum ſecuti ſunt, ſcribit JCtus *in l. 3. §. ſi in locis* 10. *de iure fiſci.* videlicet dimidium ad fiſcum pertinere, ſi theſaurus in religioſis locis & monumentis fuerit repertus. Weſembecius tamen hæc ita conciliat, ut inter loca religioſa, quæ nullius, & quæ publica ſunt, diſtinguat.

3

Atqui in religioſa ſola omnia ſunt nullius, ut ſupra tradidit Juſtinian. *in §. nullius hujus tit.* Et ut non negarim monumenta familiarum poſſe propria ratione, & propter uſum privata dici, ita non ſatis intelligo, quæ ſit ratio ſeparandi loca religioſa, quæ opponuntur privatis, ut alia ſint nullius, alia publica; non enim video, quæ alia poſſint dici nullius, quam quæ ſepulturæ publicæ quorumvis ſunt deſtinatæ, quæ profecto eadem publica erunt, potius dixerit quis hunc text. de loco religioſo privato accipiendum; quamvis id non ſatis videatur convenire menti Juſtin. qui conjungit locum religioſum & ſacrum; qui vix ullo modo privatus dici poteſt: nam licet ſacra eſſent privata familiarum; non tamen fuerunt ædes ſacræ privatæ illæ.

Et ego puto ſimplicius eſſe, ut cum *Cujacio 9. obſerv. 37.* (ubi hoc bene comprobat) admittamus varias de jure inventorum theſauri fuiſſe Impp. conſtitutiones, quod ex textibus apparet ſub tit. C. Theod. de theſauris; & *d. l. unic. Cod Juſtin. eod.* quæ oſtendit, ante opus fuiſſe impetrare reſcriptum Imperatoris; & quod in hoc §. proponitur, poſt non obſervatum, ſed fiſcum ſibi jus in theſauris ubi ubi repertis vindicaſſe, apparet ex *Novell Leonis* 51. ubi hoc jus reducit; & ex conſtitutione Friderici 2. *feud.* 56. itidem ut ex *l. 3. §. 10. de jur. fiſci.* theſaurus inventus in loco religioſo, fortuito, cedit pro parte dimidia fiſco. Et Acc. in effectu pugnare iſta loca *hujus §. & dict. leg. 3. de iure fiſc.* cenſet: dum inter rationem naturalem & civilem diſtinguit; quam diſtinctionem communiter interpp. *Ang. Porc. Fab.* ſequuntur.

Quod ſi quis quærat, qui fiat, quod Impp. multi jus † in Theſauris ſibi arrogaverint, & hoc 4
quaſi inter regalia & jura principis vel fiſci fuerit relatum; hæc non abſurda ratio forte reddi poteſt, quia qui ſepelit & abſcondit pecuniam, peccat contra conſtitutiones, *l. 4. § 6. ad L. Juliam pec. cul.* quamvis ille locus proprie eo pertinere videtur, ut ne cum corporibus mortuis aut reliquiis, pecuniæ in monumentis condantur. Deinde, cum tributa ſolvantur pro patrimoniorum quantitate: interim fiſcus tributis fraudatus pecuniæ reconditæ, & ob hoc non injuria aliquid ſibi vindicare videtur. Et cum res ſit nullius, non videtur injuria fieri privatis; cum theſaurus non ſit pars fundi; & jus ſupremum & univerſale territorii ad principes pertinet. Dicimus inventione adquiri theſaurum, & diximus ſupra, inventionem non eſſe in viſu, ſed in apprehenſione. An idem in theſauro? Id primũ diverſum eſt, quod illic *in §. Item lapillo* tractetur de re inventa in loco, in quo omnibus idem jus eſt: hic non ita, cum theſauri inventionem præcedit aliquis actus, v. c. foſſionis: tum theſaurus conſiſtit fere in multis corporibus. Itaq; ſi quis effuderit theſaurum, vix putarim alium ſupervenientem irruere, & apprehendendo alterum prævertere poſſe. Joh. Plat. notat, debere ita viſum eſſe, ut ſit ſub cuſtodia noſtra.

Obiter adjicere libet, ſi quis † in loco qui utili dominio ipſius eſt, invenerit theſaurum, veluti in fundo emphyteutico; an totus ſit emphyteutæ, an dividendus cum domino directo. Pro emphyteuta reſpondet Weſembec. hic, locum haberi hactenus pro proprio, eamque teſtatur communem eſſe Dd. ſententiam. Et habet ille ſane & pleniſſimam utilitatem, & vindicationem utilem contra ipſum directum dominum, ſed tamen ſi ex juris ratione agamus, conductoris vicem quodammodo habet emphyteuta, & plane, alter verus dominus fundi eſt utique iſta ſententia ad emphyteuſin perpetuam, qualis etiam natura ſua eſſe ſolet, reſtringenda eſt: ceteroquin nõ dubitem iſtam ſententiam eſſe falſam. Illud autem omnino ferri non poteſt, quod Weſemb. etiam in fundo fructuario inventũ totum eſſe ait fructuarii, cum hic revera nec poſſeſſionem habeat; & omnino morte ejus 5

'te ejus ſæpe etiam tempore, finiatur & expiret uſusfructus; & communiter Interpp. hic recte id negant, apud quos etiam vide: quid juris in vaſallo, marito, &c.

Fiſcali vel publico vel Civitatis.] Hæc verba, *vel civitatis* ſupervacua eſſe videntur, nec ea agnoſcit Theoph. ſed ſane conſtat publica in ſpecie dici, quæ ſunt populi Romani *l. cum, 16. de verb ſign.* ut merito quæ civitatum ſunt, hoc ſenſu à Publicis ſeparentur. Sed quid diſtat locus fiſcalis à publico? Puto etiam tum quædam loca ſub Impp. dicta fuiſſe quaſi populi Romani; cum fiſcus magis ad Imp. pertinere videretur. Sed ſi hæc ita recte ſeparantur, fiſcalis locus, publicus & civitatis: debebant etiam poſtea tria membra proponi; atquin tantum ponuntur duo, *dimidium fiſci vel civitatis*. Si hoc urgemus potius verba præcedd. *vel publico* abundare dicenda eſſent; & ſane ſub Juſtin. publica pop. Rom. & fiſcalia erant eadem; nec omnino vitioſe, quæ initio ratione veteris juris per duo membra propoſita erant, poſtea quaſi communi uno nomine referuntur, plane ejuſmodi accuratio à Triboniano exigenda non eſt.

TEXTUS.

30. Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens eſt naturali æquitati, quàm voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi: & ideo cujuſque generis ſit corporalis res, tradi poteſt, & à domino tradita alienatur. Itaque ſtipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem ſtipendiaria & tributaria prædia, quæ in provinciis ſunt: inter quæ nec non & Italica prædia ex noſtra conſtitutione nulla eſt differentia: ſed ſiquidem ex cauſa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex cauſa tradātur, ſine dubio transferuntur. Venditæ vero res & traditæ non aliter emptori adquiruntur, quam ſi is venditori precium ſoluerit, vel modo alio ei ſatisfecerit, veluti pignore aut expromiſſore dato: quod quanquam cavetur ex Lege XII. Tabularum, tamen recte dicitur & jure gentium, id eſt, jure naturali, id effici. Sed ſi is qui vendit, fidem emptoris ſecutus fuerit, dicendum eſt, ſtatim rem fieri emptoris.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa & titulus.*
2 *Traditio incorporalium.*
3 *Prædia ſti, endiaria.*
4 *Traditio ſola ex cauſa venditionis an transferat dominium.*

Diximus ſup. ad §. *Feræ 12. h. t.* occupationem quoq; diſtingui, quod occupemus res quæ ſūt nullius, vel quę alicujus; & has vel invitis dominis, quos in poteſtatem redegimus, & ſuperavimus, quomodo adquirimus res hoſtium, vel volentibus dominis, nimirum res quas ipſi nobis ſponte tradunt, de qua re hoc § agitur. Itaque hic modus adquirendi eſt, acceptio rei traditæ; & inſubtiliter loquuntur, qui dicunt traditionem eſſe modum adquirendi dominii; cum ea ſit modus transferendi, ubi illud in primis obſervandum, in ceteris fere adquirendi juris gentium modis, venatione, inventione, ſpecificatione, acceſſione, titulum ſive cauſam, & modum adquirendi concurrere in idem, v. c. venatio & occupatio beſtiæ feræ, eadem eſt adquirendi modus & titulus. Atquin in hac ſpecie adquiſitionis iſta dico perpetuo ſunt diſtincta; traditio eſt modus transferendi, emptio, donatio † &c. ſunt tituli & cauſæ ex quibus transfertur dominium, vel jus uſucapiendi; & ſunt adeo tituli poſſeſſionis, quam ſequitur dominium, vel non prout tradens dominus eſt vel non. 1 Tituli inquam & cauſæ dicuntur *l. nullo 24. & l. ult C. de rei vind. l. 3. §. genera 11. de adq poſſ l. numquam 31. §. 1. de adq rer. dom l. cogi. 11. C. de petit. hered.* & paſſim in materia præſcript. & uſucap. licet aliquando latius & abuſive verbum *Tituli* ſumatur, pro contractu, ex quo uſucapio nulla nec dominium tranſit, velut *in l. ſi quis 11. in pr. C. depoſ.* ibi, *depoſitionis titulum*: Apparet autem hic intelligi titulum & cauſam talem, ex qua tranſeat dominium ex ratione juris gentium, juxta voluntatem tradentis, & naturam conventionis & tractatus præcedentis. Cauſa dicitur, quoniam ex hac orta eſt occaſio traditionis, titulus autem, quoniam tuetur poſſidentem, & juſtitiam poſſeſſionis oſtendit. Et hoc nimirum primum eſt, quod requi-

2 titur, † ut traditio transferat dominium, vel jus uſucapiendi, ut traditio fiat ex juſta cauſa *d. l. numquam 31 in princ. h. t. h. text. verſ. ſed ſiquidem.* alias nō juſta cenſetur poſſeſſio, quoniam nemo ſine cauſa rem ſuam in alium transferre intelligitur. Hæc autem duo ſemper conjungenda ſunt, dominium aut jus uſucapiendi; quoniam poteſt fieri, ut res ſit aliena, cujus adeo qui eam accipit, dominus effici non poteſt, ſed fit bonæ fidei poſſeſſor, qui uſucapiendi jus habet, de quo paulo inferius. Nihil hic ſupereſt, niſi ut textum perluſtremus, ſi breviter prius dixerimus, quod hic ſit tradere: nimirum rem in alium transferre, ut ipſi rem habere & tenere liceat: ex quo conſequitur, ubi alius rem detinet & poſſidet, non poſſe eam mihi tradi; & conſequenter nec ejus dominium in me transferri; neque enim duo eandem rem tenere & habere poſſunt; hic agimus de adquirendi modis ex jure gentium, quo dominia initium capiunt à poſſeſſione *l. 1. in pr. de adq. poſſ.* quod in civilibus aliquibus modis ſecus eſt, veluti hereditatibus legatis, de quibus infra. & dixi de hac re plene ad *Treutl. de adq. rer. dom. th. 4. in fin.* Et opinio communis Dd. qui negant opus eſſe vacua poſſeſſione in transferendo dominio, inde confutatur, quod fatentur (ut hic refert Porcius) aliud eſſe in venditione: Etenim inepta plane eſt ratio ſpecialitatis, quod emptio ſit titulus oneroſi; etenim talis eſt & permutatio; & inde ſumere rationem differentiæ, rationis non eſt.

Iure naturali.] Quoniam dominia ex jure gentium ſunt, conſequens eſt, ut quiſque habeat jus rem ſuam in alium transferendi eodem jure. Non abs re tamen eſt, quod notat Hottom. traditionem hic dum refertur ad jus naturale, quaſi opponi aliis modis adquirendi in Republ. Romana quorum meminit Ulpian. *tit. 19. de dominiis:* & qui ſunt juris civilis; veluti ſunt reliqui quinque apud *Vlp. d. loco mancipatio*, uſucapio, in jure ceſſio, adjudicatio Lex: quæ d. loco explicat Ulpianus, quamvis non ſatis accurata eorum membrorum oppoſitio: nam & in jure ceſſione, & in mancipatione, interveniebat haud dubie traditio & translatio rei: alia inſuper ſolennia interveniebant; traditio autem in ſpecie ſignificat, ſimplicem ex cauſa juſta præcedenti translationem.

Voluntatem domini.] Qui modo plenus & abſolutus dominus eſt, & adminiſtrationem rerum ſuarum habet, de quo dicemus *infra. h. lib. tit. 8.* Ceterum nihil intereſt an ipſe dominus tradat, an alius ejus mandato de *quo in §. ſeq.*

Corporales res.] Hæ res incurrunt in ſenſum, eoque in iis apparet, quomodo ab uno in alium transferantur. Incorporalia intellectu tantum percipiuntur nec vere traduntur & poſſidentur *l. 4. §. ſi viam 27. de uſucap.* & eſt tamen eorum ficta & quaſi traditio, ſicut etiam apprehenſio ejuſdem generis, per uſum, in quo conſiſtit rerum incorporalium quaſi poſſeſſio; quam tradere intelligitur, qui patitur alterum aliquo jure uti, arg. *§ ult. infr. tit. 3. l. 3. §. ſi iter de act. empt.* text. eleg. *in l. ult. de ſervit. l. 6. §. 1 ſi ſeru. vindic. iunct. l. ait 23. § 2 Ex quib. cauſ. maior. l. 3. ſi uſufr. pet.* & ita dicitur dari uſusfructus *l. 3 in pr. de uſufr. & iuis poſſideri l. 2. §. ult. de praes.* Itaque, aut quia in his res apertior eſt, aut verior traditio earum eſt, Juſtin. rerum corporalium fecit mentionem; non uti plane excluderet res incorporales, quæ & in contractum veniunt, & quarum etiam ſua quædam traditio eſt per dd. textus.

Itaque & ſtipendiaria &c.] Hottom. putat hic Tribonianum non intellexiſſe quid ſcripſerit; & eum contrario modo ſcribere debuiſſe, Italica quoque † prædia, poſſe iſto modo alienari. Sed fortaſſis Hottomannus ignoravit hic quid ſcriberet; & eſt commoda hujus rei explicatio. Hottomannus utitur hac ratione, quod cum apud Romanos res quædam eſſent nec mancipi, quædam mancipi *ut d. loco ſcribit Vlp.* & pluribus explicat *Raeuard Marſil. & alii ad LL. XII Tabb.* illarum dominium verum & perfectum, ſimplici traditione: harum vero dominium Quiritarium, non niſi legitimus modis adquirebatur, & v. c. per ceſſionem in jure per mancipationem & nexum, citra quas ſolemnitates, ſi ſimplex traditio, quamquam ex juſta cauſa intervenisset, non Quiritarium ſed tantū bonitarium dominium in accipientem transferebatur. Ex numero porro rerum mancipi, haud dubie fuerunt Italica prædia, quæ adeo olim per traditionem ſimplicem ita ut dixi non transferebantur. Et hic igitur eſt, quod Hottom. putat, Tribonianum ſcribere debuiſſe, quod Italica prædia hodie etiam tranſeant per traditionem, ſublatis quippe ſolemnibus veteribus, & ſublata quoque dominii diſtinctione, itemque rerum mancipi & nec mancipi. Verum non huc, ſed alio omninò ſpectavit Tribonianus. Et nimirum provinciæ & civitates ſingulæ, niſi quæ ſpeciali beneficio jus Latii

vel

vel Italiæ a ſeptæ eſſent, ut apparet ex *l. de cenſib. &* *docet Cujac.* 10 *obſ.* 35.) ita erant in ſubjectione Romanorum, ut quia bello ſubactæ in ditionem veniſſent, earum agri & prædia quaſi in dominio viderentur eſſe populi Romani, in cujus ſubjectionis ſignum vectigal aut tributum annuum pendere tenebantur. Et tributum vel ſtipendium notant fuiſſe certam ſummam pecuniam aut frumenti, ſed vectigal aliquid incerti, veluti decimas fructuum & frumenti. Ita hic quidem Hotoman. ſed verius eſt vectigalium nomen latius patuiſſe, & ſub iis comprehenſa portoria decimas, ſcripturam & viceſimas &c. de quibus *Sigo.* 1. *de jur. civ. Rom.* 16. ubi ſcribit decimas fuiſſe frument. ex agro publico, ſcripturam autem vectigal ſolutum ab iis qui ſilvis & paſcuis publicis fruebantur; de quibus hic non agitur, ſed de prædiis quæ privatis cum onere tributi vel ſtipendii relicta erant, ex quibus ſcilicet contributionibus ſtipendia militibus numerari ſolebant, in quam rem elegans locus apud *Tacit.* 4. *hiſtor.* ubi Petilius Cerealis; neque quies gentium, inquit, ſine armis, nec arma ſine ſtipendiis, nec ſtipendia ſine tributis haberi queunt. Igitur ut ad rem redeamus, prædia provincialia, quæ tributum pendebant, poſſeſſorum pleno jure dominii non intelligebantur, eſſe vel hoc indicio, quod conſtat prædiorum iſtorum nullam fuiſſe uſucapionem, ſed tantum longi temporis poſſeſſione hactenus ea fuiſſe adquiſita, ut exinde poſſeſſori exceptio, & poſſeſſione amiſſa, utilis ſaltem in rem actio accommodaretur, ut dicemus pluribus *infra tit.* 7. Igitur ſublata per Juſtinianum, nec immerito, poſt plane mutatam veterem formam Reipl. hac differentia prædiorum, & dominii, & poſtquam pariter eodem dominii jure, quæcunque prædia ubique locorum eodem dominii jure adquiſita fuerunt; recte ait Tribon. quod prædia ſtipendiaria & tributaria provincialia, perinde ut alia prædia per traditionem adquirantur, non quod ante non fuerint ea quoque adquiſita per traditionem, ſed quod non vero & pleno perfectoque dominii jure; idque apparet ex eo quod mox ſequitur, inter prædia iſta provincialia & Italica ſupereſſe nullam differentiam, ex ipſius conſtitutione, quæ eſt *in l. un C. de uſucapion. transform. junct. pr. infr. de uſucapion.* Quæ veriſſima hujus loci explicatio eſt. Theoph. hic ſtipendium ait dictum eſſe quod ſolueretur ex provinciis quæ eſſent populi Rom. tributum ſolutum à provinciis Cæſaris. Sed commentitium, id eſt, & quod ibi de gravitate tributi, & lenitate ſtipendii nugatur, & diſtinctio illa provinciarum jam longe ante Juſtin. imo mox poſt Auguſtū ſublata fuit. Porro quod Anton. omnibus etiam provincialibus dedit jus civitatis *l. in orbe* 17. *de ſtat. hom.* inde non ſequitur, prædia quoque omnia provincialia jus prædiorum Italicorum conſecuta eſſe, ut proinde recte ſibi iſtam exæquationem tribuat Juſtinianus. Ait

Vendita vero res & tradita.] Recte ait. *& tradita*, nam antequam res tradita eſt, certo jure venditoris manet, ſiquidem conventio ſola dominium transferre regulariter non poteſt † ſed licet res & 3
vendita, (quod dicitur fieri ſolo conſenſu de quo infra libr. 3.) & tradita ſit, tamen negat Juſtinian. tranſire dominium in accipientem, niſi pretium ſolutum, vel eo nomine cautum & ſatisfactum ſit ab emptore venditori; vel ut eſt in h. §. venditor emptoris fidem ſecutus ſit, & ei fidem de pretio habuerit. At quæ tandem † 4
ratio eſt, quominus traditio facta à domino ex juſta cauſa non transferat dominium, Hotomannus reddit hanc, quod naturæ & ſocietatis humanæ ratio poſtulet, ut ne quid alterius in alterum ſine compoſitione transferatur. At imo hæc ratio nulla eſt. Neque enim bona conſequentia hæc eſt, Res vendita citra pretium ſolutum, vel habitam de eo fidem tranſit in emptorem, ergo tranſit ſine compenſatione juſta, nec hoc etiam modo. Res debet ita tranſire, ut alter compenſationem juſtam conſequatur; ergo non tranſit dominium, niſi pretium fuerit ſolutum &c. nec enim neceſſum eam compenſationem ſtatim repræſentari & protinus pretium numerari, ſed ſatis eſt ſi poſtea ſoluatur; in quam rem ex vendito actio parata eſt contra emptorem, ut pretium ſoluat, atquin effectus iſtius ſententiæ h. §. eſt, ut ſi fides de pretio habita non ſit, venditori integrum ſit rem vendicare, utpote qui adhuc rei ſit dominus. Ego hanc arbitror iſtius rei eſſe rationem, quod venditor hac lege & conditione cenſeatur tradere, ſi ſoluta ſibi ſit pecunia, quam ſpectat omnimodo habere velle videtur protinus, qui rem vendit; atqui in ſub conditione ſi res tradita ſit, dominii translatio impeditur. *l. proinde* 8 *de reb. cred.*

Quam ſi is emptori primum.] Traditum hoc etiam eſt *in l. quod vendidi* 19. *l. ut res* 53. *de contr. empt. l. procuratoris.* 5. §. *ſed ſi* 18. *de tribut. act.* Tractant Dd. ſi res ſimpliciter ſit tradita, an fides habita cenſeatur

ſeatur de pretio; quod communius affirmatur: ſed merito à Weſemb. in dubium vocatur: ſi quidem hanc rem & deciſionem hujus §. à tacita conditione & quaſi conventione arceſſimus: quæ non videtur excludi per ſimplicem traditionem: & cenſetur tradidiſſe rem, ut impleret contractum, non autem quod haberet fidem de pretio, ut Fab. hic; ſed tamen ſi non habet fidem, & retinet dominium, non implevit contractum: omnino fidem habere, videtur hic accipiendum poſitive: & verba *non aliter* ſunt repetenda in fin. Non aliter tranſit dominium, quam ſi pretium ſolutum vel ſatisfactum, vel fides habita ſit; citra hæc traditio facta non transfert dominium. Et ſimplex traditio non inducit, ut fides ſit habita de pretio.

Vel alio modo ſatisfecerit.] Satisfacere latius patet, quam ſolvere. Quicunque ſolvit quod debet, ſatisfacit, ſed quidam ſatisfacit, qui non ſolvit; ſcil. ita acquieſcente creditore, (neque enim cogitur) & accipiente pignora, vel fidejuſſores *fac. bene l. item 6. in pr. & §. 1. Quib. mod. pign. ſolu.* Sicut etiam volenti creditori aliud pro alio ſolvi poteſt *l. cum 16. cum l. ſeq. C. de ſolut. l. 9. C. de reſ. vend.*

Expromiſſore.] Expromiſſor proprie & in ſpecie dicitur, qui non alienæ obligationi accedit, ſed per novationem liberato debitore principali, in ejus locum ſuccedit, & quod ille debebat ſe ſoluturum promittit, ut in *l. qui libertinus 37. §. nihil. 3. de oper. lib. l. & eleganter 7. §. ſervus 8. de dolo malo l. aliquando 13. ad Velleian.* qui in ſpecie dicitur reus *d. §. 8. & l. ſi vero 64. §. ſed. & ſol. mat.* Hic autem videtur ſignificari fidejuſſor, *arg. d. l. 53. de cont. empt. d. l. 5. §. 18. de tribut. act.* ubi fit mentio fidejuſſoris, & in *l. ſi ſe 4. § ait. 3. de re iudic.* (qui alias adpromiſſor dicitur *d. l. 64. §. 4. ſol. mat.* quia accedit obligationi alienæ integræ manenti *l. 5. § ſatis 2. de Verb. obl.*) & quia hic conjungitur cum pignore, quod etiam acceſſio eſt obligationis: quamvis dubium non ſit dominium tranſire in emptorem, ſi expromiſſorem in ſpecie acceptum dederit. Notat *Ich. de Plat.* poſt alios, quod hic de emptione traditur, etiam habere locum in aliis contractibus, veluti locatione, permutatione; & tamen allegat gl. diſp. quam ego pene magis probo; & utique in locatione diverſa ratio eſt, quoniam merces non ſtatim initio contractus eſt ſolvenda. Nec talia ſunt temere ſine textu ad conſequentias trahenda.

Quod quamquam cavetur L. XII. Tabb.] Hottomannus ait ridiculum eſſe hanc clauſulam; quoniã perſpicuum ſit, non quidquid eſt ex L. XII. Tabular. continuo non eſſe juris gentium, ſed iſta cavillatio & calumniandi libido eſt. Et ſi quis perluſtret LL. XII. Tabularum, deprehendit pene omnia poſitivi juris eſſe, aut ad formulas & ſolemnia pertinere; ut non fruſtranea ſit iſta admonitio. Et ſane juri gentium convenire videbatur, ut traditio ex juſta cauſa protinus transferret dominium; niſi eũ colorem quem dixi ſumamus, quod ſub conditione res tradita videatur.

Iure gentium, id eſt, iure naturali.] Ita quoque explicavit jus gentiũ *ſup. h. t. §. ſingulorum*, ubi diximus.

TEXTUS.

31. Nihil autem intereſt, utrum ipſe dominus tradat alicui rem ſuam, an voluntate ejus alius, cui ejus rei poſſeſſio permiſſa eſt. Qua ratione ſi cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio fuerit permiſſa à domino, iſque ex his negotiis rem vendiderit, & tradiderit, facit eam accipientis.

COMMENTARIUS.

TRia requiſita colliguntur ex text. præc. ut dominium transferatur per traditionem, 1. ut res ſit habilis, 2. ut tradatur ex juſta cauſa præcedenti, 3. ut tradatur à domino; Ceteroquin ſi adſit bona fides in accipiente, conditio uſucapiendi tranſit. Hoc requiſitum hic declaratur, ut ſufficiat alium tradere modo domini voluntate; & rurſus ſive ſit voluntas, aut mandatum ſpeciale, ſive generale, *verſ. qua ratione ex l. 9. §. nihil 4. h. t.* ubi objici ſolet *l. procurator 63 de procuratorib.* ubi negatur procuratori totorum bonorum, jus alienandi res ſive mobiles ſive immobiles. Doctores vulgo mandatum generale procuratorium de adminiſtrando diſtinguunt: quod aliud ſit ſimplex aliud, ut loquuntur, *cum libera*, ſi videlicet libera adminiſtratio bonorum permiſſa ſit. Et ſane quidquid etiam multi contradicant, jus procuratoris, & quantum poſſit, ex formula mandati recte ſumi, evidenter probant *l. creditor. 60. § Lucius 4. Mand.* ubi libera hujuſmodi adminiſtratio permittitur, *permitto tibi quodcunque operari ut domino bonorum meorum*, & adjicit Juriſconſultus, plane ita mandatum eſſe, ſed tamen ut res ex fide agatur, quomodo & quacunque

læſione

læſione conceſſa adminiſtrandi facultate, jus utique donandi conceſſum non intelligitur, *argument. l. non omni 16. Codic. de adminiſtr. tut. l. 12. §. ultim. de cur. fur.* quibus locis docetur, extra terminos adminiſtrationis eſſe donationem. Itaque hæc diſtinctio contemnenda non eſt; proponit autem ICtus in *l. 9. §. 4.* & ex eo Juſtinian. in *h. §.* liberam adminiſtrationem bonorum permiſſam eſſe. Et tamen forte hæc diſtinctio non ſufficit. Etenim in *l. reſcriptum 10. §. ult. cum ll. ſeq. de pact.* procuratori qui ſimpliciter dicitur totorum bonorum, datur jus paciſcendi, ut etiam domino noceat; & eidem jus deferendi juramentum *l. jusjurandum 17. §. ultim. de jurejuran.* in quo eſt remiſſio quædam & alienatio. Adeo ſi procurator quivis totorum bonorum poteſt paciſci de non petendo, deferre juramentum, ita ut exceptio domino noceat, quid ni poterit & alienare? paulo durius eſt, ut eum Dd. iſta quoque loca de procuratore cũ libera accipiamus, cum tantum ſimplicis procuratoris totorum bonorum mentio fiat. Itaque ego ad explicanda dd. loca hoc addere ſoleo; illis hoc non effici, quod procurator libere ut ipſe dominus, paciſci, de non petendo, aut deferre juramentum poſſit, quod ſane abſurdum eſſet; ſed ſaltem hoc, quod poſſit aliquando, ex cauſis, & veluti ut deferat juramentum, ubi aliæ probationes deficiunt; quod etiam tutorem poſſe reſponſum eſt, in *leg. tutor. 35. de jurejur.* ut paciſcatur non donandi cauſa, ſed dum negotium domini ita gerit, ut viciſſim dominus aliquid conſequatur. Eoque pertinet, quod quidam explicationem hujus rei petunt ex verbis hujus §. *ex his negotiis.* ut tum demum alienatio valeat, ſi conditio & ratio adminiſtrationis eam exegerit. facit *lex ab agnat. 12. D. de curat. fur.* ibi, *quatenus negotiorum exegit adminiſtratio.* junct. l. ultim.

Cui ejus rei poſſeſſio permiſſa ſit.] Hottoman. fatetur ita in omnibus veteribus Codicibus legi; ſed ipſe pro *poſſeſſio* vult legi *poteſtas.* Fateor ita commodius dici; ſed non iſtud ſufficit, ut textus emendemus, ubi modo lectio vulgata commodum ſenſum habet, utique cum hic de traditione agitur, non poterit procurator alienare & tradere rem, niſi prius poſſeſſionem ejus indeptus ſit. Hæc tamen verba penitus abſunt à *l. 9. §. 4. h. t.* & à Theophilo, ut ſuſpicari liceat ex gl. interpretis forte in textum irrepſiſſe. Tanto ſane facilius tolerantur quod in pr. proponuntur, ubi agit de mandato ſpeciali; caſu oportet poſſeſſionem rei permiſſam eſſe procuratori, ſi eam tradere debeat.

TEXTUS.

32. Interdum etiam ſine traditione nuda voluntas domini ſufficit ad rem transferendam: veluti ſi rem quam aliquis tibi commodaverit, aut, locaverit, aut apud te depoſuerit, poſtea aut vendiderit tibi aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea cauſa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipſo quod patitur tuam eſſe, ſtatim tibi adquiritur proprietas, perinde ac ſi eo nomine tibi tradita fuiſſet. Item ſi quis merces depoſitas in horreo vendiderit, ſimul atq; claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

COMMENTARIUS.

1 *Traditio ficta.*
2 *Horrei varia ſignificatio.*

AMbiguum eſt, quod Juſtin. hic ait, ſine traditione, nuda voluntate transferri dominium. Dicitur enim ita dum confertur hæc res cum vera traditione. ubi res quæ naturaliter penes aliquem erat, in alium transfertur; Ceteroquin non abeſt in hoc caſu, qui & proponitur in *leg. 3. §. ſed ſi 20. de adquirend. poſſeſſ. l. ſi ſervus 21. §. 1. de adquir. rerum domin.* omnis traditio & nuda voluntas non poteſt transferre dominium. Et nimirum traditio, alia eſt vera, alia ficta, ſub quam ſpeciem iſta quoque pertinet, quæ † dicitur fieri per fictio- 1
nem brevis manus; quæ fictio vel in tribus perſonis contingit, ut ſi eum qui mihi dare volebat vel debeat juſſero tertio dare perinde enim eſt ac ſi res primo mihi data, & à me ad tertium profecta eſſet, ut in ſpecie *l. 3. §. pen. & ult. d. donat. int. vir. & ux.* vel in duabus, ut in hoc §. Etenim creditur res apud me depoſita vel mihi commodata, reſtituta domi, & mox mihi ex cauſa donationis vel venditionis tradita; quod ita finxerunt ICti ne ambagibus & pluribus actibus eſſet opus. Quam fictionem intervenire illud argumento eſt, quod res jam ex alia cauſa penes me eſſe incipit, & ego jam veram habeo poſſeſſionem, quæ antea magis apud commodantem & deponentem erat, ſiquidem vera poſſeſſio ex his cauſis non transfertur *l. licet 17.*

§.1. *depoſiti junct. d. l. 3. § 20. de adq. poſſ.* & probatur per *l. ſi rem 62. in pr. de evict.* ubi in his iiſdem terminis dicitur res pro tradita haberi; & quatenus non intervenit realis tranſlatio, dicitur hoc §. nuda voluntate transferri dominium. Citra hanc fictionem brevis manus, aliæ non paucæ ſunt ſpecies vel modi fictæ traditionis; quin imo ſi præciſe verbum traditionis ſumimus, ei in ſolis mobilibus proprie locus eſt, ſed & immobilia ſane non improprie omnino tradi dicuntur, cum prior dominus alium in fundum vel ædes inducit, & tradere profitetur. Sed aliis modis & immobiles & mobiles res per fictam traditionem transferuntur, quæ veræ traditionis effectum habet, ut tanto expeditior eſſet commerciorum ratio. Et ſingularem ſpeciem refert Juſtin. hoc loco, traditionis fictæ mercium venditarum, & nec viſarum quidem tempore traditionis, ſed in horreo depoſitarum, ſi claves horrei traditæ fuerint; vel cellæ vinariæ *l. 1. §. ſi juſſerim. 21. de adq. poſſ.* & quidem, quod huic loco addēdum eſt, apud horreum, *l. clavib. 74. de contr. empt.* quod recte expreſſit Theoph. ἐὰν παρεςὼς τῷ ὡρείῳ. Interpres ſtolide vertit, cum ab eo non longe abeſſem. Ita inſtrumenti traditione ipſa res tradita cenſetur *l. 1. Cod. de donat.* obſignatione in ſpecie *l. quod ſi 14. de peric. & comm. rei vend.* item appoſitione cuſtodis *l. quarundam 5. de adq. poſſ.* ubi eo ſenſu quo hoc textum da voluntate res transferri, dicitur poſſeſſio adprehendi animo ſc. oppoſitive ad actualem ac naturalem apprehenſionem; Ceteroquin & ibi eſt miniſterium aliquod corporis, ſine quo nulla poſſeſſio adquiri poteſt, ut apparet, ex aliis variis ſpecieb. & modis fictæ traditionis & apprehenſionis, qui proponuntur in *l. 1 §. ſi juſſerim 21. l. quod meo 18. § 2. de adq. poſſeſſ. l. quadam 77. de rei vind.* Et iſtud de clavibus traditis ita procedit, ſi præceſſerit habilis cauſa transferendi dominii; Ceteroquin clavium traditio tantum cuſtodiam commiſſam arguit, *arg. l. cum pater 77. §. pater 21. de leg. 2.*

In horreo.] Horreum † dictum videtur ab hor-
2 deo, ſicut farreum à farre, ut eſt apud Feſtum; alii quaſi horridum ariſtis. Latius tamē illa vox uſurpata fuit, etiam pro cella vinaria Hor. 3. od. 28. Parcis diripere horreo.

Ceſſantem bibuli conſulis amphoram. Seneca Epiſt. 115. plena multorum ſeculorum vindemiis horrea hoc ſenſu in *l. tabernam 7. de inſtruct. leg. l. 2. C. de peric. rei vend.* Notius eſt, quā ut pluribus moneri debeat, ICtis noſtris uſurpari pro locis quibus in urbe res precioſe aſſervari ſolebant. Nec tamen ICtis tantum. Apud. *Apul. 3. metam.* horreum gazis Milonis refertum; & lib. 4. horreum, ubi argentum copioſum recondi viderat, & *libr.* 5. ædium horrea magnis congeſta gazis. In libris noſtris loca ſunt obvia *h. §. & l. clavibus 74. & l. dolia 76. de contrah empt. l. dominus. 55 locati l. 1. Cod. eod. l. 3. §. 2. de offic. præfect. vig. l. Seia 20. §. pen. de inſtr. leg. l. ſi quis 6. de edend. l. pediculus 33. §. Idem 4. de aur. & arg. l. in ratione 30 §. certis ad l. Falcid. l. pignus 9. C. de pignor. act.* Unde horrearius *l. ſi vero 5. §. 3 de his qui deiec. l. Celſus 5. in pr. ad exhib.*

TEXTUS.

Hoc amplius, interdum & in incertam perſonam collata voluntas domini, transfert rei proprietatem: ut ecce prætores & conſules, cum miſſilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quiſque ſit excepturus: & tamen quia volunt, quod quiſque acceperit, eius eſſe, ſtatim eum dominum efficiunt.

COMMENTARIUS.

CAjus in *l. 9. §. pen. h. t.* tantum facit mentionem miſſilium jactatorum in vulgus, & in *l. 5. § 1. pro derel.* cum quis æs ſparſerit. Juſtinianus hic facit mentionem conſulum & prætorum qui miſſilia ſpargant. Impp. aliquando miſſilia ſparſiſſe legimus, ut Caligulam *Sueton. cap.* 18. Sparſit miſſilia variarum, & Neronem, *Suet. cap.* 11. Sparſa populo miſſilia omnium rerum; nec diſſimile quid in Auguſto ſcribit *cap.* 98. Magiſtratus autem Romani prætores & conſules, ludos ſub initium magiſtratus edidiſſe legimus; ſparſiſſe & jactaſſe pecuniam in vulgus vix legimus: & videtur id factitatum demum à Græculis, Imperio Conſtantinopolin tranſlato; & quia illi ſc. aut nimis abuſi ea re ad aucupandam populi gratiam; aut quia res in neceſſitatem tranſierat, & omnes forte illis ſumptibus pares non eſſent, vetitum id conſtitutione *l. 2. C. de conſul.* Sed rurſus, cum temperamento permiſſum à Juſtin. *N. 105. cap. 2. §. 1.* poteſt autem iſta ſparſio ſive jactatio dici traditio indefinita, in eum qui ſparſum ſit apprehenſurus: poteſt etiam quod ita ſparſum eſt videri pro derelicto habitum, ut conſequenter merito ejus eſſe debeat, quiſquis id apprehenderit & occupaverit, juxta ea quæ mox dicemus ad *§. ſeq.* Eſt autem iſtud diſcrimen,

quod

quod qui ſpargit pecuniam; ei fini habet pro dereli-
cto, ut alterius fiat, quod etiam ſcit futurum; ideo qui occupat, habet voluntatem domini: quod ſecus eſt in §. ſeq. ubi hoc ſaltem agitur, ut pro derelicto res ſit.

TEXTUS.

Qua ratione verius eſſe videtur: ſi rem pro derelicto à domino habitã quis occupaverit, ſtatim eum dominum effici. Pro delicto autẽ habetur, quod dominus ea mẽte abjecerit, ut id in numero rerum ſuarũ eſſe nolit: ideoq; ſtatim dominus ejus deſinit eſſe. Alia ſane cauſa eſt earum rerum, quæ in tempeſtate levandæ navis cauſa ejiciuntur: hæ enim dominorum permanent: quia palam eſt, eas non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit, ſed quo magis cum ipſa navi maris periculum effugiat. Qua de cauſa, ſi quis eas fluctibus expulſas, vel etiam nactus in ipſo mari, lucrandi animo abſtulerit, furtum committit. Nec longe videntur diſcedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.

COMMENTARIUS.

HOc eſt tertium objectum inventionis, res pro derelicto habita: fit enim occupantis, quod nullius eſt. *l. quod ſervum 36. de ſtipul ſeru.* & quod ſcil. ut hic tradit Juſtin. domini prioris eſſe deſiit. Ait Juſtin. *abiecerit*, quod ſignificat poſſeſſionem omiſſam: Ait, *ea mente*, &c. quod ſignificant amiſſum eſſe dominium; quo pertinet quod ait ICtus in *l. 1. pro derel,* iis modis nos amittere dominia, quibus adquirimus, & recte in *l. 2. pro derel.* improbatur Proculi ſententia; qui putabat non amiſſum dominium niſi alius rem apprehendiſſet. Ait Juſtin. *Abiecerit.* An igitur res immobilis non poteſt haberi pro derelicto? In rebus mobilibus res iſta eſt apertior; utiq; autem poteſt quis animo & poſſeſſionem & dominium rei immobilis amittere: Et igitur fiet talis res occupantis: aut ſi quis ex juſta cauſa crediderit pro derelicto habitam occupet, adquiret per uſucapionem, *tit. pro derelicto.* Ex hac deſcriptione rerum pro derelicto habitarum apparet, non eſſe objectum inventionis, nec pro derelicto habitum, 1. quod fortuito amiſſum eſt, veluti quod de rheda currente lapſum eſt, quo exẽplo utitur Juſtin. in extremo tit. 2. quod neceſſitate urgente projectum eſt, veluti (quo exemplo itidem utitur Juſtin. hic) navis levandæ & evitandi naufragii cauſa; neque enim ſponte id factum, nec eo animo, quod quis id in numero rerum ſuarum habere nollet, *h. §.* Ita Paulus *l. 2. in f. de L. Rhod.* res jacta, inquit, domini manet, nec fit apprehendentis, quia pro derelicto non habetur: Quod ratione & exemplo confirmat Julianus in *l. qui levandæ 8. eod. tit.* facit *l. quacunque 58. de adq. rer. dom. l. Interdum 21. §. 1. de adq. poſſeſſ.* objicitur tamen reſponſum Ulpiani in *l. falſus 43. §. ſi iactum 11. de furt.* ubi ait, plerumque credendum eſſe derelinquentis animo jactatum, quia ſciat quis (utique putat) periturum eſſe quod jactatur. Hottomannus omnino Ulpian. cum ceteris pugnare putat; ſed non exiſtimandum eſt eum tam obeſæ naris fuiſſe, ut ſtatueret, revera animo derelinquendi res jactari in mare. Ego ita hæc componere ſoleo. Ariſtot. 3. *Ethic.* 1. actiones quaſdam ſtatuit mixtas eſſe ex invito & voluntario, inter quas hanc ipſam actionem, de qua tractamus, refert. Eſt enim minime voluntaria, ratione principii externi cogentis, & facientis, ut quis malit amittere bona, quam vitam, & extra periculum conſtitutus, nemo merces jactaret, & tamen eſt voluntaria actio ratione principii proximi interni, quo quiſque vult perire merces, ut vita maneat ſalva, quod ſe conſecuturum ſperat levata nave; Etenim ut Ethici tractant, omne malum minus, reſpectu majoris (ubi alterutrum eligendum eſt) habet rationem boni; & ita fit objectum voluntatis; qua de cauſa Ariſtot. d. loco iſtas actiones quas initio mixtas appellat, poſt eodem capite aliquot rationib. magis voluntarias eſſe comprobat. Quatenus autem actio iſta habetur pro voluntaria, poſſunt quadantenus res jactatæ videri pro derelictis habitæ. Sed quia accedit illud principium externum, non poteſt hactenus cenſeri habita pro derelicto ut poſſit adquiri inventori. Etenim a procul dubio hæc fuit mens projicientis, ut in eventum, quæ ſalvæ manerent, ſibi integra rerum perſecutio, imo integrum dominium maneret; quãvis ſane falſus, ſi opinionẽ projicientis eo ipſo tempore quo projecit eas in profũdum mare conſideremus, vix de eo cogitaſſe videri poſſit, aut ſperaſſe eas ſibi ſalvas futuras; quam opinionem conſideraſſe Ulpianum in *d. l. 43. §. 11.*

de furt. patet ex verbis, *cum ſciat periturum.* Accedit ad conciliationem & explicationem hujus rei, 3. argumentum à rubrica *de furtis.* quod res projectas pro derelictis habet ad hunc effectum, ut qui eas invenit & aſportat, non incidat in crimen furti, modo non ſciens projectas non derelinquendi animo, & ſciens cujus eæ ſint lucrandi animo, eas retineat & occultet; tunc enim furtum eum committere reſpondet Juſtinianus *h. §. verſ. qua de cauſa.* ceteroquin opinio non omnino inepta putantis pro derelicto habitas, à crimine furti excuſat. Atque ita iſta inter ſe componi non incommode videntur. Doctores etiam rationem petunt à qualitate rei projectæ: veluti ſi quis librum apertũ projiciat: ſed reſponſum Ulpiani inepte ad hujuſmodi caſus ſingulares reſtringeretur; Qui Ulp. in *l.* 43. explicant de rebus ſponte, nulla urgente neceſſitate in mare projectis, (ut Weſemb.) nimis ineptum eum faciunt; cum nulla niſi ſtolida hic poſſit eſſe ratio dubitandi: & inepta hujuſmodi caſus tractatio. Et tantum ad iſtum titulum *de adq. rer. dom.* prolixitatem qua uſi ſumus, difficultas & dignitas materiæ excuſabit.

AD TITULUM II.

LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE REBUS CORPORALIbus & incorporalibus.

TEXTUS.

Quædam præterea res corporales ſunt, quædam incorporales. Corporales hæ ſunt, quæ ſui natura poſſunt tangi: veluti fundus, homo, veſtis, aurum, argentum, & deniq; aliæ res innumerabiles. Incorporales autem ſunt, quæ tangi non poſſunt: qualia ſunt ea quæ in jure conſiſtunt: ſicut hæreditas, uſusfructus, uſus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales ſunt, & id quod nobis debetur aliqua obligatione, plerunque corporale eſt, veluti fundus, homo, pecunia. Nã ipſum jus hæreditatis, & ipſũ utendi fruendi jus, & ipſũ jus obligationis incorporale eſt. Eodẽ numero ſunt, jura prædiorum urbanorum & ruſticorum, quæ etiã ſervitutes vocantur.

COMMENTARIUS.

1 *Pecunia an res incorporalis.*
2 *Conſiſtere in iure, quid ſit.*

NOtat Faber in quibuſdam exemplaribus hunc tit. inſcriptum eſſe tantum *de rebus incorporalibus.* quod & Pacius adſcripſit; ſed & Theoph. habet utrumq;, & utiq; corporalium quoq; rerum deſcriptio hic proponitur. Porro quod ipſam rem attinet, non animadverto, quare Hotom. reprehendat quaſi diviſionem iſtam. Licet enim non habeat illum uſum, quem ipſe attingit, circa modos veteres adquirendi: de quibus *Ulp. tit.* 19. utique tamen uſum habet: & notavimus ad *§. per traditionem tit. praced.* alio & aliquo tamen modo res incorporales apprehendi & adquiri: & omnino falſum eſt, quod Hot. ait incorporalium rerum nec uſucapionem nec traditionem eſſe.

Quæ tangi poſſunt.] Quæ ſunt tangibiles, ut loquuntur, multa enim corporalia actu non poſſunt tangi, quarum tamen natura talis eſt, ut ſi præſentia nobis eſſe poſſint, tangi quoque poſſint.

Fundus homo.] Apparet intelligi ſubſtantias primas, & individua, ſubſtantiæ enim ſecundæ & ſcilicet univerſalia, u. homo equus, tangi non poſſunt. An autem univerſalia tantum ſint in intellectu, an etiam extra eum Philoſophis diſputandum relinquimus.

Aurum argentum] Vulgatum eſt pecuniam magis † æſtimari ex quantitate, quam ex ſubſtantia *l.* 1. *de contrah. empt.* quatenus valorem publicum conſideramus; ceteroquin fundamentum ipſum valoris eſt in ſubſtantia & materia: itaque inepte Hotomannus, hinc excipit argentum ſignatum. Ridicule; cum ſit contradictio in adjecto, argentum eſſe rem incorporalem, & aliud eſt valor argenti, aliud ipſum argentum. Et nimis putidum eſt captare *l. qui heredis* 46. *de condict. ind.* in qua ſane reſpectu valoris ita nummos ICtus ſeparare videtur

à rebus

à rebus corporalibus: & ſcilicet illis, in quibus nihil niſi corpus conſideratur. Valorem in nummis eſſe rem incorporalem dicimus; ſed nimis nugantur, qui dicunt, nummos eſſe nihil niſi valorem. Ecce in *l ſi is cui* 94. §. 1. *de ſolut. ſi in pecunia non corpora cogitet, ſed quantitatem*. Ergo etiam, corpus ibi eſt: quamvis & aliud poſſit dici eſſe pecunia; aliud nummus, vel aurum & argentum & tamen hoc ipſo tit. pecunia inter res corporales refertur. Et vitioſe adducitur *l. ſi pœna* 19. §. 2. *de cond. ind.* ubi nūmos ſolvi meos & alienos; & ait JCtus non me condicere dimidiam corporū, ſed dimidium ſummæ: ſcilicet quia confuſim corpora mea & aliena ſolvi, & non tamquam ſpecies, ſed quod debitorem certæ ſummæ me eſſe putabam. Ita ſi frumenta duorum mixta fuerint, in rem actio non datur ſingulorum corporum, ſed pro modo frumenti §. *quod ſi* 29. *tit. prac.* nec tamen propterea frumentū erit res incorporalis, & dum JCtus negat ſingula ad dimidiam partem corporum condici, utiq; corpora eſſe affirmat. Ineptius adducitur *l. Lucius Titius* 24 depoſiti: hoc enim confeſſiſſimum eſt, nūmos eſſe rem fungibilem, quæ in mutuum ita deducantur, ut non eadem corpora, ſed alia ejuſdem valoris reddantur, & hoc ſenſu in *l.* 5. *de impenſ. in res dot.* corpora opponuntur pecuniæ: quoniam illa in ſpecie reſtituenda, non vero hæc: & alias etiam corpora æſtimata non futura eſſent corpora, nam de iis idem quod de pecunia ibi affirmatur. Eadem reſponſio eſt ad *l. ult. de adim. legat.* & ibi corporales res ſunt κατ' ἐξοχὴν quæ in ipſa ſpecie & individuo præſtandæ ſunt, quod ſecus eſt in pecuniæ numeratæ legato: idq; apparet ex *l. ſi heres* 68. *in pr. ad Trebell. ibi ſumma, aut* CERTUM *corpus*. Sicut & in *l. ſed & ſi* 10 *de acceptilat.* Ex quo eſt, quod eadem quantitas, verbi cauſa, centum floreni ſæpius legari, ſæpius debentur, ſed non, certum corpus: quoniam ſumma ſolet conſiderari quodammodo ut genus, de quo tractat *Cujac.* 14. *obſerv.* 18 & dicemus *infr. tit.* 20. Hæc dicenda fuerunt, contra Hottom. qui etiam ſerio & pluribus 15. *illuſt. quaſt.* nummos refert inter res incorporales,

Quæ in jure conſiſtunt.] Hoc loco exempli dicitur. & ad ſubjectam materiam juridicam: cæteroquin quæcunque ſunt extra prædicamentum ſubſtantiæ, & quædam etiam in ea, ut ſpiritus, ſunt in-
2 corporalia, ſed quid eſt, conſiſtere in † jure? Weſembec. ait, Jus, eſt intellectus, ratio, ratiocinatio: quæ in jure conſiſtunt, ut alia omnia, quæ ſunt rationis, intelliguntur tantum non ſunt. Hæc ille, ubi non capio, quomodo jus dicatur intellectus & ratiocinatio: nec verum eſſe puto, quod omnia quæ in jure conſiſtere dicantur, ſint tantum rationis, & intelligantur tantum, non ſint, utiq; enim non ſunt pura entia rationis, & notiones ſecundæ, ut loquuntur: ſed ſunt entia vera & exſiſtunt, ſicut & alia accidentia. Quamvis fortaſſis ita hic intelligat Juſtin. ea in re conſiſtere, quę à jure quodammodo ſuam exſiſtentiam habeant: non tamen propterea ita, ut ipſa per ſe nihil ſint, & intelligantur tantum: & ita Ang. & Joh. Fab. hic, iſta dici in jure conſiſtere, quæ à jure ſubſtantiantur, creãtur & nominantur. Et tamen utique habent etiam veram eſſentiam ſuam. Plane in jure conſiſtentia & jura corporibus opponi ſolent *l.* 2. §. *ult. l. & habet* 15. §. 2 *de precar. l. ult. in f. Cod. de long. temp. praſcr. l. Mævius* 66. §. *pen. de legat.* 2.

Hereditas, uſusfructus, obligationes.] Non videntur mihi recte hæc conjungi: utique longe diſpar eorum ratio eſt; dum hereditas rebus hereditariis, uſusfructus fructibus, & obligatio rei debitæ opponitur. Obligatio ambigue dicitur: & proprie nihil aliud eſt, quam adſtrictio debitoris ad aliquid præſtandum, unde *infr.* definitur *vinculum*, & hactenus jus non eſt; ſed quatenus creditor ex contractu adquirit ſibi obligationem, jus dici poteſt: ſed tale quod nimis perſpicuum eſt, differre à rebus quæ ſunt deductæ in conventionem; ut hoc ſatis craſſe moveatur, quis enim ita imperitus ſit, ut rem v. c. venditam, putet eſſe obligationem: & ex obligatione actio demum naſcitur, qua rem petimus; plus eſt in uſufructu, dum ut conſtituens conſideratur; quem etiam ab ipſis fructibus differre nimium quam perſpicuum eſt. Quo ſenſu Juſtinianus dicat Jus hereditaris, non ſatis intelligo. An ſignificat Jus ſuccedendi? Id quidem ex lege vel inſtitutione quæritur, & non niſi penitus abſurde dicitur hereditas: ſed tribuit inſtitutio jus ad hereditatem. JCti hereditatem definiunt ſucceſſionem; atqui ſucceſſio non poteſt eſſe jus, nec hereditas revera ſucceſſio dici poteſt. Improprii iſti ſunt modi loquendi: & mihi nihil aliud videtur hereditas, quā collectio univerſorum eorum, quæ defuncti fuerunt, in quæ ſuccedit heres, ita ut propter repræſentatum defunctum onera quoq; agnoſcere cogatur. Et hoc ſenſu hereditas jus quodammodo dici poterit quatenus conſideratur ut abſtractum quoddam, quod appellatione ſua omnia bona, & jura, active & paſſive comprehendit. Et ridicula eſt argumentatio, qua poſt alios movetur Mynſ. ut res

ipſas ſeparet ab hereditate, quod qui hereditatem vendidit; rebus quibuſdam evictis nihil præſter, *argum.l.2.in princ.hered.vendit.* hoc enim non ideo fit, quod non vendiderit res ipſas, quod ridiculiſſime negaretur, & repugnat ipſi rationi & d.titulo, ſed quia non vendidit certas res, nec ut ſe dominum profiteretur, ſed vendidit eo jure quo penes defunctum fuerunt, & ad ipſum pervenerunt. Et recte ſane *Cic. in Topic.* hereditatem definit pecuniam, quæ alterius morte ad aliquem pervenit. Neque intelligo, quomodo hereditas ſit jus, quod aliquem alterius patrimonii faciat dominum, ut Theoph hic definit: neque quomodo ſit jus ſucceſſionis ut Cujac. hic. Nam jus ſucceſſionis competit ex teſtamento aut lege, & qui hoc jus habet; nec dum heres eſt; & quomodo igitur hereditas jus ſucceſſionis eſt.

Eodem numero ſunt] De his jam dicemus: & videtur Juſtinianus, ut occaſionem haberet tractandi de ſervitutibus, iſtam diviſionem rerum corporalium & incorporalium propoſuiſſe ſimul & ea gratia, ut oſtenderet, non tantum adquiri res corporales, de quibus tit. præc. ſed etiam incorporales.

Ad Titulum III.

LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE SERVITVTIBVS RVSTICORVM & urbanorum prædiorum.

1 *Diviſio ſervitutum.*
2 *Prædium unde dictum.*

1 GLoſſ. & Interpretes vulgo diſtinguunt ſervitutem in genere, quod alia debeatur † à perſona perſonæ, de quo lib. 1. alia à re rei, de qua h.t. alia à re perſonæ, de qua tit. ſeq. Sed iſta diviſio vitioſa eſt, quoniam oportet genus accipi non ambigue. Illa vero ſervitus de qua libr. 1. ab hac omnino diverſa eſt. Perſonæ liberæ ſunt quæ nulli ſerviunt: atqui alia ratione prædia libera ſunt, in quibus alius jus non habet: & prædium negatur ſervire domino *l uti 5. in pr. ſi uſusfr. pet. l. in re 26. de ſerv. urb. prædic.* quæ autem perſona in dominio cujuſcunque eſt, libera eſſe non poteſt. Homines natura omnes liberi ſunt, res autem reliquæ ei fini productæ ſunt, ut ſint in hominum dominio. Itaque ſervitus prædiorum plane aliter dicitur quam ſervitus perſonarum. Prædia ſervire dicuntur vel prædiis vel perſonis; (de quarum natura ſeorſim exponitur) *l.1 de ſervit* adeo hæc diſtinctio ſumitur à dominante: & ſervitutes iſtæ in eo conſiſtunt, ut alteri in prædio alterius ſit jus conſtitutum: ita ut hoc jus quidem utilitatem perſonæ finaliter reſpiciat; ſed illud faciat ſervitutem realem ſive prædialem, quod mediante prędio domino utilitatem tribuit, & primo utilitatem prædii reſpicit, & prædium dominans utilius & ſimul pretioſius facit.

Prædiorum] *Iſidor.lib. 15. cap. 13.* prædium inquit, vel quaſi † prævidium, vel quod antiqui agros bello captos, prædæ nomine habebant. Puto magis inde eſſe, quod qui ſpondebant pro Reo in cauſis civilibus, dicebantur prædes. *Aſcon. in 3. orat. cont. Verr.* Auſon.

Quis, cum lis fuerit nummaria, quis dabitur? præs.

Poſt eum qui fidejuſſores non reperirent, agris & fundis caverent, receptum puto, ut prædia dicerentur: quia loco prædum erant; apud Aſcen. *d. loco cum ſim obnoxius prædibus & prædiis &c. fac l ſecundum in qui ſatiſd. cog.* De præd. ſignificatione adde *l. q. 115. in f. de verb ſignif.*

TEXTUS.

Ruſticorum prædiorum jura ſunt hæc iter, actus, via, aquæductus. Iter eſt jus eundi ambulandi hominis: non etiam agendi jumentum vel vehiculum. Actus eſt jus agendi jumentū vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: ſed qui actum habet, & iter habet, eoque uti poteſt etiam ſine jumento. Via eſt jus eūdi & agendi & ambulandi hominis: nam iter & actum via in ſe continet. Aquæductus eſt jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

Commentarius.

1 *Itineris definitio defenſa.*
2 *Item definitio actus.*
3 *Defenſus textus contra Fabrum.*

SErvitutes iſtæ inhærent prædiis; & debentur prædiis. Ex quo etiam dicuntur prædiales. Itaque hoc primum eſt requiſitum, ut duo ſint prædia, alterum ſerviens, alterum dominans, *§ penult. h. tit.*

h. tit. ubi dicemus. Prædia ſunt vel urbana, vel ruſtica: unde diſtinctio ſervitutum in urbanas & ruſticas, vel, quod aliæ ſint prædiorum ruſticorum, vel urbanorum *tt. de ſerv. ruſt. præd. & de ſerv. urban. præd.* Quænam autem hic dicantur prædia urbana, quæ ruſtica, dicemus ad *§. ſeq.* Ruſticarum ſervitutum ſpecies quatuor hic recenſet Juſtinian. quarum tres priores habent ſcrupulos. Iter dici-
1 tur eſſe jus † eundi ambulandi hominis non etiam jumentum agendi. Objicit Hottoman. cum utique jumenti appellatione veniat equus, & qui iter habet, etiam poſſit equo vehi *l. inter 12. de ſerv. ruſt. præd.* abſurdum & imo ſtultum ſit, negare quod poſſit equum manu ducere, vel præ ſe agere: itaque ipſe cenſet legendum, *armentum.* Sed enim ita quoque mutanda erit lectio *l. 1. in pr. l. qui ſella 7 in pr. de ſerv. ruſt. præd.* quibus locis iisdem negatur ei jus jumentum agendi vel ducendi jumenti. Quo quid impudentius? Et nimirum non intelligendum hic eſt jus agendi præ ſe equum, quo quis etiam vehitur: ſed jus agendi jumentum quod oneribus portandis deſervit: ita enim eſſet ſervitus gravior: præſertim quod qui jus iſtud habet, non tantum unicum, ſed & plura agere jumenta poterit. Sed cur ait, eundi & *ambulandi.* An quia forte etiã jus habet deambulandi, animi & ſanitatis cauſa? Gloſſ. explicat *ambulandi* ſcilicet cum alio: quod recte videtur improbare Porcius hic, conceſſum enim uni non porrigitur ad plures, ne ſervitus fiat gravior; fac, quod ſi ſervus ſtipulatus ſit ire agere, nec dominus quidem ire poſſit § *2. infr. de ſtip. ſerv.*
2 Actus † dicitur jus agendi jumentum vel vehiculum. Hic rurſus contradicit Hotto. & ait hoc falſum eſſe, nec protinus ei qui jus habet agendi jumentum, etiam jus eſſe agere vehiculum; per *l. ſi tam 13. de ſervit.* ex qua probari ait, quod actus non habeat ſpatium vehiculi ducendi, idque etiam contendit *2. obſ. 21.* (de qua re & quæ latitudo viæ eſſe debuerit *v. l. via 8. l. certo 13. §. latitudo de ſerv. ruſt. præd.*) & facit etiam hæc ratio, quod alias nulla videatur eſſe differentia inter actum & viam: ut ex hujus mox ſeq. deſcriptione apparet. Sed enim cum Juſtin. hoc loco conſentiunt JCti *d. l. 1. & d. l. 7. de ſerv. ruſt. præd. & in l. inter 12. eod. tit. l. ſi cui 11. quê ad ſerv. am. l. & per 13. § 1. de accept.* ubi JCtus ait, tolli viam ſi iter & actus fuerint accepto lati; quod utiq; abſurdum eſſet, ſi via hoc proprium haberet & præter actum, ut vehiculum ducere liceret. Iterum dico, quid impudentius, quam tot textibus obloqui? Et puerile argumentum eſt quod petitur ex *l 13. de ſervitut.* Et enim licet actus natura ſua contineat jus agendi vehiculum, poteſt tamen aliquando non continere: quid enim ſi conventum ſit, ut tantum jumentum agere liceat? Idem re ipſa & tacite actum intelligitur, ex anguſtia loci qui demonſtratus & definitus eſt, ſi jumentum tantum agi, non etiam vehiculum duci poſſit. Eademq; reſponſio eſt ad *l. via 23. in pr. de ſerv. ruſt. præd.* etiamſi ibi legas cum Hottoman. *alioquin iter erit aut actus, non via.* ceteroquin receptiſſima lectio, *alioquin iter erit non via.* Confirmatur, quod in actu regulariter inſit jus ducendi plauſtrum aut vehiculum. Atq; ita actus alius plenus, alius minus plenus erit. Et hoc ipſo diſtat via ab actu, quod hic, ut diximus, poteſt eſſe, jure agendi vehiculum, illa autem id neceſſario ſemper continet *d. l. 23. in pr.* & inſuper alia quædam habet via, ut docet *l. qui ſella in f. pr. de ſerv. ruſtic. præd.* & ſervitutes iſtæ tres non ſpecie ſed gradu, & ſecundum plus minuſque differunt: Et hæc eſt ſententia Juſtiniani, dum viam hic definit, jus eundi agendi; quoniam in agendo, etiam jus vehiculum agendi continetur. Itaq; rurſus improbe. Hott. carpit, quod vehiculi mentio omiſſa ſit, & pro *ambulandi* putat legẽdum *avehundi.* Egregium ſcilicet Interpretem. Et ob id nec pro *eundi* legendum eſt *vehundi*, quod vult Weſembec. Hoc non eſt tractare, ſed revocare jura: vide quæ de hac re tract. *Cuj. 22. obſ. 35. Donell. 11. comm. 6. Duar. 1. diſp. 31.*

Sequitur porro in textu, eum qui actum habet, iter quoq; habere eoq; uti poſſe etiam ſine jumẽto. Hic contradicit *Ant. Faber 1. conject. 20.* conten-
dens † actum non continere in ſe jus eundi ſeorſim ſine jumento; per *l. 1. de adim. legat.* ubi ait JCtus, ſi teſtator qui legavit actum, adimat iter, nihil ademptũ videri: quod utique foret (ut Faber putat) falſum, ſi actus in ſe haberet jus ſeorſim eundi; id enim ſeparari poteſt ab actu per conventionem *l. 4 §. 1. ſi ſerv. vind.* ſed cum Juſtin. hic quoque conſentiunt JCti in *l. 1. de ſerv. ruſt. præd. l. 2. quemad. ſerv. am.* & probat idem *l. qui uſumfr. 58. de verb. obl.* ubi ait JCtus, eum qui actum ſtipulatus eſt, ſi poſtea iter ſtipuletur, nihil agere; quod utique falſum eſſet, ſi actus non contineret jus eundi ſeorſim & ipſam itineris ſervitutem. Idem traditur *in l. ſi pupillus 9 §. 2. de novat.* Inſignis impudentia eſt tot textibus contradicere: impudentius adhuc, quod & hoc loco & *d. l. 1. de ſerv. ruſt. præd.* verba, *eoque uti poteſt etiam ſine jumento,* ab imperito interprete eſſe contendit; & *in d. l. 2. quemadm. ſerv. amitt.* expreſſe conven-

conventum fuiſſe ut ſine jumento agere liceret, comminiſcitur. Sed ſententia contraria adſtruitur & ex iſtis verbis *l. 1. de ſerv. præd. ruſtic.* & hujus textus: *Qui actum habet, iter habet:* ſiquidem iter ſignificat ſervitutem, non ſimplicem itionem cum jumento. Ad *l. 1. de adim. leg.* reſponderi poteſt, cum verbo *itineris* jus eundi ſeparatum & ſervitus, tum etiam jus eundi cū jumento intelligi poſſit, JCtum ademtum iter in poſteriori ſignificatu intellexiſſe, atque ob id inutiliter ademtum reſpondiſſe, uti legatum plenius eſſet, & actus talis, qualis natura ſua eſt. Obiter hic addendum, quid ſit jumentum, cujus ſæpe hoc §. fit mentio. Et non contineri jumenti appellatione boves, ſcribit *l. ædiles 38 § 4. 5. 6. de ædil. ed.* Paul. *3. ſent. 6.* jumentis legatis boves nō continentur. Et igitur tantum equi: quod & ſcriptum eſt *in l. legatis. 61. § jumentis 5. de leg. 3.* Contra Nonius *cap. 1.* jumentum deducit à jungendo utiq; autem junguntur & boves: Et Iſidorus *lib. 17. cap. 17.* deducit à juvando; & *lib. 12. cap. 1.* diſerte equos & boves refert inter jumenta: & iſtam ſignificationem latiorem magis huic loco convenire crediderim: ut etiam boves agere poſſit, qui habet actum. Huic loco adjungendus eſt §. *inter* 2. in quo referuntur aliæ ſpecies ruſticarum ſervitutum.

TEXTUS.

2. Inter ruſticorum prædiorum ſervitutes, quidam computari recte putant, aquæ hauſtum, pecoris ad aquam appulſum, jus paſcendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

COMMENTARIUS.

1 *Servitutum transmutatio.*
2 *Ad l. 14. de alim. legat.*

DEbebat, ut dixi, hic §. conjungi cum *pr. tit.* quo agitur de ſervitutibus ruſticis: ſed ordinem hactenus ſæpe inſuper habuit Tribon. Nimis proterve Hotoman. ſcriptorem Triboniani temulentum hunc § incongruo loco poſuiſſe: Ait.

Aquæ hauſtum.] Hæc igitur ſervitus ruſtica; & conſequenter realis eſt, fac. *l. 2. §. ult. l. 3. § 3. de ſerv. ruſtic. præd.* Objici ſolet *l. Mela 14. de alim. leg.* ubi dicitur hoc eſſe jus perſonæ. In genere hic monendum eſt, ex ſervitute quæ ſui † natura eſt realis, eſt, 1
poſſe quodammodo fieri perſonalem, aut mixtam, per conventionem, aut diſpoſitionem teſtatoris. Perſonalem dico fieri, ſi tantum ad utilitatem perſonæ aliquid conſtituatur citra conſiderationem prædii: ut ſi cui uſus & jus utendi & hauriendi aquam ad potum familiæ concedatur: mixtam dico, ubi ita diſpoſitum eſt, ut perſona certa tantum utatur, ſed ad utilitatem prædii; quo tamen caſu defendi poſſit, ſervitutem ipſo jure eſſe perpetuam, ſed actionem ab herede motam repelli per exceptionem, quomodo de ſervitute ad tempus conſtituta reſponſum eſt *in l. ſervitutes 4. de ſervit.* Probatur id ex *l. pecoris 4 de ſervitut. ruſtic præd.* ubi ſi in conſtituenda ſervitute perſona demonſtrata ſit, negatur idem præſtandum ſucceſſori ſive univerſali, ut heredi, ſive ſingulari, ut emptori, cum alias hæ ſervitutes prædium comitentur, ad quemcunque etiam dominum pervenerit. Idque maxime obtinet in his iuribus, quæ & ad utilitatem prædii, ſed & ei conſtitui poſſunt, qui prædium non habet; & tum ſapiunt naturam uſus, & ſervitutis perſonalis, cuiuſmodi ſunt iura *h. §. & in l. 4. de ſerv. ruſt. præd.* relata & dicemus aliqua ad §. *Ideo h. t.* Et igitur ut redeamus iam † ad *d. l. 14. de alim. legat.* poteſt ib. 2
intelligi aquæhauſtus conſtitutus perſonæ, & ob id appellari ſervitus perſonalis, quo etiam referri poteſt, quod eſt in *l. uſus 21. de uſu & habit.* uſum aquæ eſſe perſonalem, nec tranſire in heredem. In dubio autem, ubi inter duos qui prædia habent, res acta eſt, & ius conſtitutum ad utilitatem prædii ſpectat, intelligemus conſtitutam ſervitutem realem, quæ ſequitur prædium, & ſingularem quoq; ſucceſſorem; & optime probat *l. cum fundo 36. de ſerv. ruſt. præd.* ubi hoc ita ſtatuitur, licet ſtipulatio pœnalis ad perſonam emptoris relata fuerit. Itaq; fruſtra diſputant Dd. inprimis *Ang ad §. ult. h. t.* an damnato herede, ne v. c. altius tollat, ſervitus realis prædio impoſita cenſeatur: quod omnino affirmandum eſt: ceteroquin etiam dubitandum eſſet, & id omnino abſurde) ubi per pactiones eſt ius impoſitum & conſtitutum. Et inepte obiicitur *l. ult. §. ult. de cont. empt.* ubi non eſt actum de iure reali. Inepte etiam & male diſtinguitur, an perſonaliter an impersonaliter ſervitus fuerit conſtituta. Obiter addo lectionem in omnibus codicibus in d. l. 14. eſſe corruptam. Ita habet, *nam & hauſtus aquæ eſt ſervitus perſonæ, tamen ei qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur.* Primum laborat locus à diſtinctione, & commate ſaltem mutato, objectio ſuperior tollitur: & ſcilicet comma, non eſt ponendum, poſt *perſonæ,* ſed poſt, *ſervitus, Aquæhauſtus eſt ſervitus, perſonæ tamen ei &c.* Deinde manifeſto falſum & dire-

directo contra mentem eſt JCti, quod inutiliter relinquitur aquæhauſtus ei qui vicinus non eſt. Id ex principali quæſtione ibi tractata apparet. Proponit JCtus, in ea regione ubi aqua venalis eſt, aquam libertis relictã. Movet objectionem quod videatur inutile legatum, quaſi ſervitute prædii nõ poſſeſſioni vicinæ poſſeſſoris relicta. Jura enim prædiorum & ſervitutes nõ poſſunt relinqui & cõſtitui niſi iis qui vicinum prædium habent. Atqui iſte libertus non habuit vicinum prędium. Ergo illi aqua relinqui jure non potuit. Juris conſultus vero negat ob id inutile eſſe legatum, & reſpondet per inſtantiam, etiam hauſtum aquæ eſſe ſervitutem (ſcilicet prædii) regulariter & ſua natura. Quod ſi hæc reſponſio ullius eſſe momenti debet, oportet ſtatui à JCto, quod tamen poſſit conſtitui ei qui vicinum prædium non habet: juxta ſuperius explicata, itaq; omnino ibi legendum eſt, addita negatione, vel detracta particula privativa In *perſona ejus qui vicinus non eſt NON inutiliter*, vel, *utiliter*. Jam regrediamur ad §.1.

TEXTUS.

3. Prædiorum urbanorũ ſervitutes ſunt hæ quæ ædificiis inhærent: ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia, urbana prædia appellamus, etſi in villa ædificata ſint. Item urbanorum prædiorum ſervitutes ſunt hæ: ut vicinus onera vicini ſuſtineat: ut in parietem ejus liceat vicino immittere tignum: ut ſtillicidium vel flumen recipiat quis in ædes ſuas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat: & ne altius quis tollat ædes ſuas, ne luminibus vicini officiat.

COMMENTARIUS.

1 *Prædia urbana quæ ſint.*
2 *Ad l.2. de ſerv ruſt. præd.*
3 *De ſententia l.58. de verb ſignif.*
4 *Diſtinctio ſervitutum.*
5 *Servitus altius tollendi.*
6 *Non recipiendi ſtillicidium.*

SEquitur altera ſpecies, ſervitutum urbanarum, quæ ædificiis inhærent: & nec cui hoc in congruum videatur, quoniam etiam in villa & ruri ſunt
1 ædificia, ſubjicit, omnia ædificia dici urbana † prædia, licet extra urbem in villa ædificata ſint cũ Ulp. *in l.1. comm. præd.* Idque eſt quod communiſſime traditur, diſtinctionem hanc prædiorum, non eſſe ſumtam à loco, ſed à materia, ut ait Ulpian. in *l. urbana 198. de verb. ſignif.* vel à genere ut *Pomp. in l. urbana 166. eod. tit facit l. ſervus 99. de leg 3.* aliqui à fine ſumtam dicunt, & prædia urbana dici, quæ habitandi cauſa extructa ſunt. Sed enim ego plus dico, omnia ædificia hic haberi pro urbanis prædiis, etiam horrea, quæ ruri pro reponendis fructibus ædificata ſunt, quo ad hanc quæſtionem de ſervitutum denominatione. Finge duorum dominorum horrea prope ſe poſita, & conſtitutum eſſe ne vicinus altius tollat horreum ſuum, ne impediatur ventus horreo vicino utilis, *argu. l. ult. §.1. C. de ſervitut.* aut conſtitutum, ut horreum unũ alterius onus ſuſtineat, utique ſervitus hæc dicenda erit urbana: ceteroquin fieret ut una eademque ſpecie ſervitus & ejuſdem plane eſſentiæ, modo eſſet ruſtica, modo urbana: quod ratio non patitur. Eſt autem eadem plane eſſentia ſervitutis altius nõ tollendi, ſive quis ædes, ſive horreum non poſſit altius extollere: & ſive de conſtitutione ſive adquiſitione aut amiſſione quæratur, eadem obtinent in ſervitutibus his, quæ ædificiis inhærent quibuſcunq; tandem. Illuſtratur hoc ſimili. In materia pignoris ſive hypothecæ, vulgatum eſt, quæ inferuntur in prædia urbana locata, tacite domino prædii locatori pro mercede aut damno dato hypothecæ teneri: in ruſticis vero prædiis obligatos eſſe tacite fructus *l ſi ſervus 61. §. locavi 8. de furt. l 4. & 7. In quib. cauſ pig. tac.* Itaq; quo ad hanc quæſtionem, omnia prædia & ſcil ædificia quæ fructus non ferũt, pro urbanis prædiis habentur, licet alia conſideratione ruſtica dici poſſint. Idq; eſt quod in *d. l. 4. §. 1.* reſponſum eſt, ſtabula quidem nõ eſſe urbana prędia verũ quo ad cauſam taciti pignoris non multũ differre ab urbanis prædiis. Atque hinc facile reſpondetur ad † *l. 2 de ſerv. ruſt. præd.* quod ibi Neratius prædia conſideravit extra iſtam tractationem, 2
& ruſtica prædia appellaverit à loco. Et igitur errat Weſembec. qui ruſtica prædia definit, ædificia non habitandi, ſed fructuum cauſa extructa: quem errorem errat etiam Mynſing. ad *rubr. inf.* Sed quo ſenſu Ulpianus in *d. l. urbana 98.* horros in urbe refert inter prædia urbana? cum utique nec ædificia ſint, nec ad habitandum deſtinata. Sentio cum illis, qui iſtum locum † omnino removendum 3
putant ab hac tractatione, & pertinere ad quæſtio-

nem de alienatione prædiorum pupillarium. Conſtat (de quo alibi tractatur) orationem Severi & SCtum quæ proponuntur ſub *tit. de Reb. eorum &c.* pertinere ad prædia ruſtica, non urbana, & hæc poſſe alienari ſine decreto: quo ad hanc rem hortus in urbe, qui voluptatis magis quam utilitatis gratia ſolet inſtitui, habetur pro prædio urbano, itaque mox *in d. l. 98.* excipit Ulpian. hortos vineatios & olitorios, quos inter ruſtica prædia recenſet. Cum igitur omnes ſervitutes dicamus urbanas, quæ ædificiis debentur & inhærent, quia ubique eadem earum ſit eſſentia: quid è contrario ſi v. c. iter debeatur, per ædes, an nihilominus erit iſta ſervitus ruſtica? Itineris per ædes conſtituti mentio eſt in *l. in trad. 7. §. 1. comm. præd. l. ſervitutes 20 §. 1. de ſervit. urb. præd.* & dicitur id deberi per prædium urbanum in *l. iter 24. comm. præd.* & ut ædes prædium ruſticum dicamus, fieri non poteſt: Sed nimirum ſervitutes quædam & quæ in ſolo ſunt, ejus ſunt naturæ, ut per fundos, & per ædes, & plerumque aream deberi poſſint. Itaque v. c. iter non poteſt facere, ut ab eo ædes denominentur prædium ruſticum; ſed tamen hoc admittam, ut iter etiam quod per ædes debetur, dicatur ſervitus ruſtica: nam & ut dixi debetur fere per aream, quæ hactenus quaſi fundi inſtar habet; nec ad iter etiam quà debetur per ædes, quidquam ipſa ſtructura ædificii facit, imo magis itineri eſt impedimento.

Sequuntur in textu exempla ſervitutum urbanarum.
4 Servitutes † reales ſolent à quibuſdam diſtingui, à forma verborum in affirmativas & negativas. Illæ diſtingui rurſus poſſunt, quod vel dicantur ab eo tantum qui habet prædium dominans, qua conſideratione dicuntur jura, veluti jus eundi, agendi, vel, utiliter ire, agere, vel dicuntur ab utroque veluti jus tigni immittendi, oneris imponendi, ſtillicidii habendi, & eodem ſenſu, ut quis cogatur ferre vicini oneta, recipere ſtillicidium; & conſiſtunt in eo ut vicinus patiatur vicinum aliquid facere, & uno verbo hæ ſunt in patiendo; extra unam ſpeciem oneris ferendi, quam qui debet, etiam parietem reficere cogitur: ceteroquin ſervitutum natura in eo non eſt, ut quis aliquid faciat *l. quotiens decimo quinto §. primo de ſervit. l. etſi 6. ſi ſervit. vindicat. locum 33. de ſervitut urb prædio.* Negativæ quæ dicuntur, non ſunt in patiendo, ut vicinus aliquid faciat, jure ſervitutis, ſed in non faciendo, *dict. loc decimo quinto §. primo.* veluti ne quis altius tollat, ne luminibus vicini officiat.

Ubi ille non levis occurrit ſcrupulus, quod aliquando una ſpecies ſervitutis affirmativis & negativis verbis proponitur veluti in *l. ſecundo de ſervit. urb prædior.* altius tollendi, & non extollendi, ſtillicidium avertendi & non avertendi; & in *l. ſecundo de ſervitut ruſt. prædior* inter ſervitutes refertur, licere altius tollere, & officere prætorio vicini, & in h. §. ut flumen recipiat, vel non recipiat: quod & ad cetera repetendum cenſet Accurſ.

Et conſtat quod hæc ſit ſervitus, † ut non 5 poſſim altius tollere ædes meas nec officere luminibus vicini, at qualis ſit ſervitus altius tollendi ambigitur. Contra jus avertendi ſtillicidii, & ut quis hoc cogatur recipere in ædes & aream ſuam; utique ſervitus eſt; ſed non videtur eſſe ſervitutis, ut quis non avertat, & alter non recipiat: hoc enim modo liberum eſt prædium, ſicut & liberæ ſunt ædes, quas quis jure ſuo extollere poteſt *l. altius Codic. de ſervitut.* Interpretes communiter ponunt jus altius tollendi, ſtatuto vel pacto ademtum aut limitatum, poſtiterum pacto permiſſum; & tum enim tolli ædes altius non libertatis jure, ſed ſervitutis. Ego vero hoc perſpicue falſum eſſe dico. Scilicet ſi pacto conventum fuerit, ne ego ædes meas altius tollerem, jam ædes meæ debent ſervitutem; quod ſi contrario pacto mihi permittatur jus tollendi, jam pacto iſto ſublata ſervitus, & libertas priſtina ædibus meis reſtituta eſt. Itaque evidenter falſum eſt, quod tollam tum ædes jure ſervitutis. Nec aliud eſt etiamſi ponas ſtatuto, limitatam altitudinem ædificiorum, quam excedere vicino invito non liceat. Tale enim pactum quodammodo omnibus ædificiis imponit ſervitutem, qua tamen volente & permittente vicino poſſint liberari; at perridiculum eſt exiſtimare, quod Juriſconſulti in citatis textibus, de ſtatuto ejuſmodi cogitaverint. Fingunt quidam & ponunt interveniſſe ceſſionem inſuper, ut tanto magis efficiant jure ſervitutis altius tolli; ſed fruſtra: quoniam illa ceſſio juris, quod ante vicinus habebat & jam remittit, ut mihi liceat ædes tollere, reſtituit prædio meo libertatem: & ridiculum eſt putare, quod tali ceſſione & eo ventione poſſit induci ſervitus. Amplius omnis ſervitus eſt onus

eſt onus alterius prædii, & facit prædium ſervum: atqui jus altius tollendi non eſt onus. Denique omnium ſervitutum hæc natura eſt, ut vel quis in ſuo aliquid non faciat, vel alium facere patiatur: neutique (quod accidit in ſervitute oneris ferendi) pro utilitate alterius aliquid faciat; ex quibus nihil huc accommodari poteſt. Itaque falſum eſt, quod ait *Weſemb. in §. aquæ 2. inſ. de action.* tolli altius ædes jure ſervitutis, cum antea conceſſa vel præſcripta ſervitute altius non tollendi, rurſum poteſtas tollendi conceditur. Et falſum quod iſto caſu pro hoc & ut liceat altius tollere competat actio confeſſoria, qua intendatur, id competere jure ſervitutis, de quo plenius agemus ad *d. §. aquæ de act.*

Quidam hic fingunt caſus ſingulares, quibus utile ſit vicino ut ædes altius vicinus tollat: veluti ſi illius intereſſit ædes habere opacas, & umbroſas, ut notat ex Fulgoſ. *Gothofred. ad l. 2. de ſerv. urb. præd. in dict. §. aquæ:* Sed improbat, per illum ipſum §. ubi ponitur hæc formula agendi. Jus eſſe ædes *SVAS* altius tollendi: Ceteroquin intendendum eſſet, jus hoc ſibi competere, ut vicinus altius ædes tollat, & ut hoc jure impoſitæ ſervitutis facere cogatur. quod amplius confutatur tum ex *l. 2. de ſerv. ruſt. præd.* ibi *LICERE altius tollere*: tum quod diximus, excepta una ſervitute oneris ferendi, eum qui ſervitutem debet, nihil cogi facere, ſed non facere, aut pati. Ineptior explicatio eſt, quam poſt Dynum magis probat *Iaſon in §. aquæ inſr. de actionib. numer. 43.* de ſpeciali jure, cum vicinus tenetur ferre onera mea, ita tamen ut ego cogar reficere illius ædes; quod putidum eſt commentum & turpis ita ſolœciſmus, ut *ædes ſuas* explicemus *ædes ejus* ſcilicet vicini.

Simplicius quis dixerit Juriſconſultos aliquando minus accurate & in deſignandis iiſdem ſervitutibus, affirmative & negative locutos eſſe. Et nimirum ſervitutes conſiderantur, aut ratione dominantis prædii, aut ratione ſervientis. Illo reſpectu ſervitus eſt jus, hoc reſpectu eſt privatio. Dum dico ſervitutem altius non tollendi, deſigno jus quod altius in meis ædibus habeo: dum altius tollendi, deſignatur privatio juris illius. Et ego tamen iſtud ita quoque explicare ſolitus ſum: Altius tollere & officere luminibus vicini ædificando vel alias ei uſque licet, ſed licet rurſus vicino eodem jure libertatis contra ædificare, & ita quod ego molior, quodammodo inutile reddere, ubi autem hoc conſecutus ſum, ut vicinus contra nihil moliri poſſit, & ne ipſi liceat altius ædes tollere, tum demum ita impoſita ſervitute vicino, videor pleno jure & effectu jus altius tollendi eſſe conſecutus. Et ita altius tollere improprie refertur inter ſervitutes, quatenus ad vicinum fit relatio, qui propter ſervitutem conſtitutam contra altius tollere non poteſt. qua ſervitute conſtituta in ædibus vicini, ego demum plene & perfecte jus altius tollendi videor conſecutus. Atq; ita de jure altius tollendi & non tollendi.

Videndum eſt, an & quænam ſervitus ſit, † 6
ut quis *NON* recipiat flumen, vel ſtillicidium in aream ſuam: ut hic refert. Juſtinian. Nam alias, ſiquidem prædicta accommodari non poſſe videntur. Weſembeecius & Cujacius id ita explicant, ſicut illud prius de jure altius tollendi, ubi videlicet jam antea ceſſeram vicino jus ſtillicidii immittendi vel derivandi in ædes meas, à quo jure & ſervitute liberatus ſi ſim, jam cenſeri illi, non recipere me flumen vel ſtillicidium jure ſervitutis; quomodo jure ſervitutis in ejuſmodi terminis ædes altius tolli ſcribit Cujacius hoc loco: Sed iſtam ſententiam perſpicue falſam & abſurdam eſſe paulo ante demonſtravimus. Pacius hic in notis fingit caſum, quo ego non poſſim, ut maxime velim, ſtillicidium in meas ædes recipere, ſed cogar illud permittere ut fluat in ciſternam vicini, cui expediat habere pluviam aquam, ſed mihi probabile non fit, ad hunc caſum ſingularem reſpexiſſe Juſtinianum & jure noſtro paſſim pro onere habetur, ſi pro commodo, ut quis recipiat ſtillicidium vicini; tum etiam obſtat, quod ita qui ſervitutem debet, teneretur aliquid facere, quo aqua in vicini aream derivetur; quod eſt præter naturam ſervitutum. Accurſius ad hunc locum in princ. annotat. Non recipere eſſe non ſervitutis, & imo libertatis. Nimirum libertas & ſervitus relata ſunt, & unius cognitio ducit ad cognitionem alterius: itaque citra abſurditatem, ubi de ſervitutibus agitur, jura ſimul libertatis conjunguntur, ſed de his plus ſatis: & forte poteſt videri ſuperſtitioſum, tam accurate ſingula velle explicare.

Vbi vicinus onera. &c.] Proponuntur ut diverſæ ſervitutes, ut vicinus onera ſuſtineat, & ut liceat vicino tignum immittere. Et fere ſervitutes quæ ut diverſæ referuntur, differunt tantum plus & minus. Tignum plerumque ita immittitur, ut vicinus parietem ferre cogatur: ſed poteſt et-

 iam

iam ita immitti tignum in vicini prædium, ut non requieſcat in pariete, vel utiq; ut nõ teneatur vicinus reficere parietem, ſed tãtum ut tigna ſuſcipiat: quæ differentia traditur in *l. ſicut* 8. §. 1. *ſi ſerv. vind.* at qui debet ſervitutem oneris ferendi : is impenſis propriis parietem reficere tenetur *l. cum* 33. *de ſerv. urb. prædior. l. ſi forte* 6. §. 2. *ſi ſerv. vind.*

Stillicidium vel flumen.] Stillicidiũ dicitur, quod guttatim labitur ex tecto: Flumen, cum aqua pluvia canalib. collecta, aut alias cum quodam impetu, & copioſe defertur in areã vicini. Hinc in *l. ſervitutes* 20. §. *Stillic. de ſerv. urb. præd.* negatur poſſe produci ſtillicidium, ne fiat pro ſtillicidio flumen; ex quo loco explicandum eſt ſtillicidium & flumen, cujus mentio *h. §. & in l. cum in* 33. *de contr. empt.* Varro 4. *de ling. Lat.* Stillicidia, fluminaq; ut ita fluant cadantq;: inter quę hoc intereſt, quod ſtillicidium ſtillatim cadit, flumen continue fluit, non ſcilicet perpetuo; ſed ubi cepit, non per guttas, ſed continenter labitur.

Ne altius quis tollat ædes.] Vitioſe *Don.* 11. *comm.* 5. contendit nõ differre has ſervitutes, Ne altius tollat quis ædes ſuas, ne luminibus vicini officiat. Etenim non tantum tollendo ædes, ſed & alia ratione offici luminibus poteſt, etiam poſitione arboris, ut docet *l. ædificia* 12. *& l. inter* 15. *l. ſi arborem* 17. *in pr. de ſerv. urb. præd.* ubi in §. 2. docet JCtus, aliquando fieri poſſe ut deprimendo ædes quis luminibus vicini officiat. Et *l.* 4. *eod tit.* qua utitur Donellus, hoc tantum probat, quod præcipue ſublatis altius ædibus, officiatur luminibus non autem, quod tantum.

T E X T U S.

§. *Inter.* 2. *explicavimus cum pr. tit. ſequitur* §. *pen.*

4\. Ideo autem hæ ſervitutes prædiorum appellantur, quoniam ſine prædiis conſtitui non poſſunt: nemo enim poteſt ſervitutem adquirere urbani vel ruſtici prædii, niſi qui habet prædium : nec quiſquam debere, niſi qui prædium habet.

C o m m e n t a r i u s.

1\. 3. *Servitus requirit utrimq; prædium.*
2\. *Debet eſſe utilis prædio.*

1 VEl præcipuum iſtud requiſitũ † eſt, ut utrimq; ſint prædia; quod docet hic §. nõ poteſt deberi hæc ſervitus, niſi ei qui prædium habet; nec poteſt eam debere niſi qui prædium habet. Ipſa quidem prædia debere & prædiis debere dicitur ſervitus; ſed quia commodum & damnum eſt dominorum, mentionem quoq; eorum, qui prædium, habent, facere voluit Juſtinian. & demiror, qui libuerit Pacio, verba poſtrema hujus §. *nec quiſquam debere niſi qui prædium habet*, quæ etiam agnoſcit Theoph. tamquam ſuſpecta virgulis includere: cum ea etiam ſi deeſſent omnino fuerint ſubintelligenda & præſupponenda. Hic n. agitur de ſervitutib. quos debẽt prædia, & quidem vel prædio vel perſonæ. Et fieri poteſt, ut ſervitus realis fiat perſonalis, id eſt, ut prædium ſerviat non prædio, ſed perſonæ: ut explicavimus ad §. *inter h. t.* atqui fieri non poteſt ut deſit prædium ſerviens, quod etiam dicitur debere ſervitutẽ *l. unus* 34. *de ſerv. ruſt. præd.* Et inepta ratio eſt, quod in *l.* 1 §. 1. *comm. præd.* ea verba non habeantur; quaſi vero, aut conſtet ex eo loco eſſe hoc deſcriptum, aut ut maxime ita ſit, quaſi non licuerit Juſtinian. hoc addere, quod omnino ad explicandam naturam horum ſervitutum neceſſarium erat. † Intelligimus autem hinc, 2
jus quod in prædio alius habet, (ſiquidem ſervitus talis eſſe debet de qua hoc tit. tractatur) directũ eſſe debere ad utilitatem prædii. Idque docetur diſerte ex *l. pecoris* 4. *& ll. ſeq.* 5. *&* 6 *de ſerv. ruſt præd.* Et in d. l. 4. pecoris paſcendi (ſcil. in alieno) & appellendi ad aquam ſervitutes, tum demum eſſe ſervitutes reales, ſi prædii fructus, in quo prædio ſunt pecora, maxime in pecoribus conſiſtat, ut ita tendant iſta jura ad utilitatẽ prædii. Et ita in *ll. ſeq.* 5. *&* 6. de aliis jurib. reſpondetur ea non poſſe cõſtitui ei (ſcil. ut ſint reales ſervitutes) niſi qui vicinum prædium habent; & mox; non poſſe iſta jura, v. c. calcis coquendæ, arenę fodiendæ, ultra conſtitui, quam ad fundum & prædium opus ſit. Ceteroquin (quod ſubintelligendum eſt) erunt ſervitutes non reales, ſed perſonales. Et hoc eſt quod alibi ſcribitur, oportere ut ſervitus ſit utilis prædio dominandi *l. quoties* 15 *in pr de ſervitut.* Cui non obſtat *l. pen eod. tit.* Loquitur enim de aquæ ductu, qui utiq; natura ſua utilis eſt prædio, licet forte hoc tempore non ſit futurus utilis. Atquin in l. 15. agitur de jure, quod natura ſua nullam utilitatem affert prædio, ut exempla ibi propoſita oſtendunt. Tum etiam poteſt promitti, & quaſi ſub conditione conſtitui ſervitus, quæ tum actu imponatur, ubi hoc utilitas prædii expoſcit, quemodo in ſimili ſervitus conſtitui poteſt, ut aqua quæratur & inventa ducatur *l. Labeo* 10. *de ſerv. ruſt præd.* cui rurſus

non

non obſtat *l. ult. ſi ſeru. vind.* quæ loquitur de itinere per quod aqua ducatur, quod aqua nondum inventa non recte conſtituitur & deſignatur: quoniam per quam partem fundi aqua ducenda ſit, necdum inventa aqua, conſtare non poteſt; de qua tractant *Hottom. 8. obſ. 11. Govean. 1. var. 15. & 18.* Utilitas autem prædii æſtimatur ex eo quod prædium ſit utilius & pretioſius; itaque ſub utilitate comprehenditur etiam quod pertinet ad prædii amœnitatem, quam multi magni faciunt; idque eſt quod ait ICtus in *l. 3. in pr. de aq. quot. & æſt.* quod aqua etiam amœnitatis cauſa duci poteſt. Et hinc eſt, quod reſpondet ICtus in *l. ut pomum 8. de ſeru.* non poſſe imponi ſervitutem, ut pomum decerpere, cœnare aut ſpaciari in alieno liceat; quoniam iſta ad utilitatem prædii non pertinent, & nimis errasse Baro eum locum ita explicat, quaſi ſenſus ſit, non poſſe me alicui in alieno prędio tale jus cōſtituere, de quo nec anus dubitaret, quin nec perſonalem ſervitutem ita conſtitui putant. *gl. Br. & Caſtr. in d. l. 8.* quamvis contra ſententia *Cyni in rubr. C. de uſufr.* verior videatur, cujus hic effectus erit, ut cui tale conſtitutum eſt jus actione in rem, contra quemcunque turbantem uti poſſit. Porro ei quod hoc §. dicitur, oportere ut utrimque ſint prædia objici ſolent *d. l. Labeo 10. de ſervit. ruſtic. præd. & l. ſi ſervitus 23. §. 1. de ſeru. urb. præd.* ubi dicitur, quod necdum ædificato, ſed futuro ædificio ſervitus adquiri & imponi poſſit, ut ita fungatur locum prædii, ſive ſervientis ſive dominantis. Sed reſponſio facilis eſt, vel quod ibi tantum intelligitur ſervitus promiſſa non actu conſtituta: quomodo verbum *imponi* in dd. textibus accipiendum eſt; vel potius quod ſervitus ibi intelligatur conſtituta & ſuſpenſa ſub conditione tacita, ubi fuerit extructum ædificium; quemadmodum fideiuſſio, quæ alienæ obligationis acceſſio eſt § *fideiuſſores infra de fideiuſſ.* dicitur præcedere quoque poſſe obligationem §. 3. *d. t.* hoc ſenſu, ut interim ſit in ſuſpenſo, dum obligatio principalis contrahatur *l. non quemadm. 35 de ju dic. junct. l. fideiuſſor 57. de fideiuſſ.* Etiam ſtipulari poſſum viam ad fundum, qui necdum eſt meus *l. exiſtimo 89. de verb. obligat.*

TEXTUS.

5. Si quis velit vicino jus aliquid conſtituere, pactionibus atque ſtipulationib. id debet efficere. Poteſt etiam teſtamento quis heredē ſuū damnare ne altius tollat ædes ſuas, ne luminib. ædium vicini officiat: vel ut patiatur eum immittere tignum in parietem ſuum, ſtillicidiumve adverſus eum habere: vel ut patiatur eum per fundum ire agere: aquamve ex eo ducere.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa efficiens ſervitutum.*
2 *An ſervitutes conſtituantur conventione.*
3 *De vicinitate prædii.*

ADnotant Pacius & Myns. hic tradi materiam ex qua ſervitutes reales conſtituantur. Quod perſpicue falſum eſt: † qui n. pactiones poſſint 1
eſſe materia: ſed cauſa efficiens hoc §. proponitur conventio & diſpoſitio ultima per legatum damnationis. Quæ ſolet perhiberi cauſa remota, ex qua naſcitur actio perſonalis ex ſtipulatione, aut teſtamento, ad hoc, ut actu cōſtituatur ſervitus per quaſi traditionem patientiam ſcilic. vicini, & alterius uſum: quo facto jam competat actio realis & vindicatio ſervitutes, ſecundum quod fatendum erit paulo improprie hic locutum Juſtinian. dum conventionibus conſtitui ait ſervitutem; aliud enim eſt permitti, aliud conſtitui & imponi ſervitutem. Sed iſtud non tranſibo abſq; ſcrupulo, quem nectit *l. ſervitutes 4. de ſervitutib.* Ait ICtus ſervitutes ipſo jure neque ex tempore neque ſub conditione conſtitui poſſe. Si intelligas, promiſſionem ibi & pactionem tantum interveniſſe & ex hac pactione tantum adquiri ſolam actionem perſonalem, ut promiſſa præſtentur, & ſervitus imponatur, abſurdum ſane ſit ita non poſſe promitti ſervitutem. Quod ſi per conſtitutionem ibi intelligis traditionem & actualem impoſitionem ſervitutis, videatur inepta dubitatio an poſſit fieri hoc ex tempore vel ad tempus, quin eſſet contradictio, imponi ſervitutem actualiter & tamen differri ſub conditione; quia conſtitutio hæc ſervitutis, conſiſtit in patientia vicini & alterius uſu. Itaque ego pene eo delabor ut exiſtimem ſpecialem eſſe rationem ſervitutum realium. In perſonali, verbi cauſa uſufructu, ſane permiſſio differt ab ipſa conſtitutione, & etiam promiſſo uſufructu, opus eſt actione perſonali ut præſtetur per deductionem in fundum *l. 3. in princip. de uſufruct.* quod propria autoritate alter ſibi ſumere non debet nec poteſt. Atquin nulla talis ſervitutum traditio eſt, nec quidquam tradi poteſt, veluti ſi promiſero tibi licere ire agere per fundum

dum meum: & magis ſi promiſero me non ſublaturum altius ædes, non offecturum luminibus ſuis, item ut projectum habeas, ut ſtillicidium in aream meam immittas; nihil hic poſſidet qui promittit, quod tradere poſſit. Et proinde arbitror per ipſam ſolam promiſſionem cenſeri conſtitutam ſervitutem; & ſi contra placita faciat promiſſor, nulla opus eſſe actione perſonali, ſed recta competere vindicationem; idque apparet ex *d. l.* 4. ubi Juriſconſultus ait, ex æquitate competere exceptionem, ſi alter contra placita, (adjecto videlicet die vel conditione) *VINDICET* ſervitutem; ut ſcil. oſtendit, protinus promiſſa ſervitute jus mihi eſſe ea uti, & ſtatim locum eſſe actioni in rem.
2 Recte itaque ait hic Juſtin. pactionibus † & ſtipulationibus conſtitui ſervitutem. Neque obſtat quod in *l. exiſtimo.* 98. *in pr. de V. O.* dicitur, poſſe promitti ſervitutem et qui needum prædium habet; (ubi utique ſtatim exſtere ſervitus non poteſt) & tacitam conditionem ſubintelligi neceſſe eſt, ſicut & in *l.* 10. *de ſeru. ruſt. præd.* & in *l.* 23. *de ſeru. urb. præd.* Etenim ſatis eſt ipſa exiſtentia conditionis quaſi in actum deduci ſervitutem; quibus terminis alias demum naſcitur actio perſonalis; tum etiam licet ipſo jure non valeat talis conſtitutio ſub conditione, tamen per opem exceptionis habet effectum; & frequens eſt ut expreſſa noceant, quæ non nocent non expreſſa *l. actus* 77 *de Regulis iuris.* Porro de actione in rem quæ competit pro ſervitute ſimul & pro libertate prædii, dicemus plura eum Juſtiniano in *§. æque* 2. *infr. de actionibus.* Ait Juſtinianus:

3 *Si quis velit VICINO.*] Vicini prædii † perpetuo in hac tractatione mentio eſt. Et id nimirum eſt unum ex requiſitis in conſtitutione ſervitutum realium, ut vicinum ſit prædium. Vicinitas autem æſtimatur diverſimode, & omnino ex uſu; & tum inter ipſas ſervitutes, tum inter loca diſtinguendum eſt, quæ intercedunt inter duo prædia, quæ debent ſervitutem & quibus ſervitus debetur. Et 1. aut quæritur de ſervitute interim ſuſpenſa quaſi ſub conditione, aut ſtatim actu exercenda. Illam non impedit prædium intermedium, quod docet *l. in tradendis* 7. *§.* 1. *comm. præd.* Si iter debeatur, ut ita convaleſcat, ſi medius prædiis ſervitus poſtea impoſita fuerit. Circa hanc rurſus diſtinguendum eſt, quod aut quæritur de ſervitute tigni immittendi, oneris ferendi, &c. & omnino neceſſarium eſt prædia etiam contigua eſſe, aut quæritur de aliis ſervitutibus, quæ talem contiguitatem non requirunt & ſubdiſtinguitur amplius; quod aut prædium intermedium etiam ſervit, & potest imponi ſervitus remotiori etiam prædio, veluti, ut quis per plurium prædia jus eundi vel agendi ad ſuum prædium habeat *d. l.* 7. *§.* 1. aut prædium ſe' ſolum intermedium eſt liberum: & hic porro vel ſolum & prædium iſtud eſt publicum aut privatum. Solum publicum non impedit ſervitutem, v. e. itineris actus viæ, quia hactenus uſus iſtius ſoli omnibus communis eſt, ut per illud ire agere liceat *l.* 1. *de ſervit. urb. præd.* idemque eſt ſi intercedat flumen publicum *l. ſi prius* 17. *§. via* 2. *de aqua pluv. arc.* Sed impedit ſervitutem aquæductus, quia ad hoc ſolo publico uti non licet *l. ſervitutes* 14. *§ publico* 2 *de ſervit.* Privatum prædium item impedit conſtitui ſervitutem, *l.* 7. *in f. de ſeru. ruſt. præd.* niſi quæ talis ſit ut etiam v. e. à remotioribus ædibus deberi poſſit, v. e. proſpiciendi & aliquando altius non tollendi, ſi intermediæ ædes depreſſæ ſint, ita tamen ut ſervitus non habeat perpetuam utilitatem, quippe quæ efficiatur inutilis, ſi intermediarum & liberarum ædium dominus eas extollat; quæ ſententia eſt *l. ſi quis* 6. *in pr. comm. præd.* ut docet *l.* 4. *§ ult. cum ll. ſeq.* 5 & 6. *in pr. ſi ſeru. vindic.* Ex quibus patet plane errare *Vulteium* 1. *Iur. pr.* 63. ubi diſtinguit inter ſervitutes ruſticas & urbanas, & in his vicinitatem requiri negat. Habemus jam requiſita ſervitutis realis: ut ſit ſervitus utilis prædio, ut ſit vicinum prædium, & ut utrumque ſint prædia; ex quibus talem conſtat definitione, ſervitus eſt Jus (ita dicitur ratione dominationis) domino prædii propter prædium in vicino prædio conſtitutum. Dum enim dico *propter prædium*, in te l go, debere ad utilitatem prædii ſervitutem conſtitutam eſſe. Ait Juſtinianus pactionibus & ſtipulationibus conſtitui ſervitutes. Quod vel accipitur conjunctim, ſi pactis ſubjecta ſit ſtipulatio; vel disjunctim, ut non intelligatur pactio nuda, ſed ex qua alias dominium transferre ſolet, veluti emptio, permutatio, donatio *l.* 3. *§.* 2. *de act. empt.* ubi dicitur vacuæ poſſeſſionis traditionem nullam eſſe, ſed cavendum eſſe emptori, non futurum per venditorem quo minus utatur illo jure: & eleganter ICtus in *l. ult. de ſeru.* quaſi imitãdo *d. l.* 3. ait uſum ejus juris pro traditione poſſeſſionis eſſe; ut exiſtimare videatur, non eſſe neceſſariam cautionem; quæ etiam ſententia eſt *l.* 1 *§. ult. de ſeru. ruſt. præd.*

Poteſt quis heredem ſuum damnare] Præcipui modi legandi ſunt per damnationem & vindicationem,

nem, de quibus *infra tit.* 20. Neque vero quod hic da[t] nationis tantum fa[c]i mentionem Juſtinianus, exiſtimandum eſt, non poſſe etiam ſervitutes legari per vindicationem, ſed ideo; quia modus hic omnibus ſervitutibus eſt communis, etiam iis quæ in nõ faciendo poſitæ ſunt; veluti ne hæres altius tollat, ne luminibus officiat; quæ ſane per vindicationem non videntur poſſe legari: ceteroqui n[on] recte ita legabit teſtator, Lego vel concedo tibi jus eundi agendi per fundum, &c. & hoc quoque addendum eſt ad *l. poteſt 16. comm. præ.* Cum hic § agat de conſtitutione ſervitutum Juſtinianus, quæri poſſit, an non etiam uſucapione aut præſcriptione adquirantur ſervitutes, ſed de hac quæſtione commodius agetur infra tit. 6.

AD TITULUM IV. LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE USUFRUCTU.

TEXTUS.

1 Uſusfructus eſt jus alienis rebus utendi fruendi, ſalva rerum ſubſtantia. Eſt autem jus in corpore, quo ſublato & ipſum tolli 1 neceſſe eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Uſusfructus cauſalis.*
2 *Cautionis utilitas*
3 *Uſus rerum incorporalium*
4 *Explicatio* l 1. de uſufr. leg.

HActenus de ſervitute reali; ſequitur videre de perſonalibus, quarum princeps ſpecies eſt uſusfructus. In genere autem uſusfructus poteſt definiri jus utendi fruendi. Ere vel propria vel aliena. Ex quo illa diſtinctio Dd. uſusfructus in 1 cauſalem † & fructualem: vel ſi quem verba ſ. rec minus concinna offendant, in nudum, & plenum qui cum proprietate conjunctus eſt, quem Dd. vocant cauſalem, quo quis re propria utitur. Nec video quid cauſæ ſit, ob quam hæc diſtinctio ferri non poſſit; contra quam ſubtiliter objicitur *l. uti 5. in pr. ſi uſusfr. pet.* ubi negatur rem ſervire domino ſuo. Neque enim Dd. uſumfructum in genere ſumptum definiunt ſervitutem, ſed ſpeciem ejus quam formalem vocant, ſervitutem ſtatuunt, de qua hic agitur. Et ſcil. ſtatuunt, quod quis utatur aut re propria jure dominii, aut re aliena jure conſtitutæ ſervitutis, (ſicut quidem & aliæ cauſæ utendi re aliena, veluti ex locatu, ſed illæ huc non pertinent.) Neque diſtinctionem illam Dd. ita ad hanc materiam aptant, quaſi putent hic tractari de uſufructu in genere; ſed docendi cauſa hanc ſpeciem quæ dicitur cauſalis, ſimul explicant. Neque rurſus, quod etiam extra hanc materiam, uſusfructus verbum de formali uſurpari ſolet, facit, ut nulla alia ſpecies uſusfructus conſtitui poſſit; cum liceat nobis docendi & explicandi gratia uti etiam terminis & verbis, quæ jus civile ignorat, modo res ipſa ſubjecta demonſtretur. Et tamen ſunt textus, in quibus uſusfructus non videtur niſi de jure fruendi, quod conjunctum eſt proprietati, accipi poſſe. Vix enim aliter explicari poteſt *l qui uſumfr. 58. de verb. oblig.* & apertius *in l ſi ita 126. §. 1. in pr de verb oblig.* uſusfructus qui comitatur proprietatem nullus alius eſt, quam qui dicitur cauſalis aut plenus: qua in re arguatur ICtus *in l. quod noſtrum 63. de uſufr.* dum ait non poſſe transferre ad alium uſumfructum quem non habemus: ſcilicet uſumfructum conſideratum pro ſervitute, & qua ſeparatus conſiderat[ur] à proprietate; ceterum qui conſtituit alii uſumfructum in re ſua, utique jus utendi ante habuit: ſed jus jam ſeparatũ aliud à priori ſecundum quid cenſetur, quæ ejuſdem Pauli diſputatio eſt *in l. Sempronius 26. de uſufr. legato.* ex cujus tamen ver. *ſed hic* probatur eadem illa acceptio uſusfructus; ibi, *uſusfr. ictus cum heredis perſona conjunctus.* Et iſta diſtinctio Dd. continuatur ex § 1. *h. t.* Quod ſi enim uſusfructus recipit ſeparationem à proprietate, oportet, ut ante cum proprietate fuerit conjunctus. Accedit, quod hactenus ſimilis videtur ratio proprietatis & uſusfructus. At notiſſimo jure proprietas diſtinguitur in plenam & nudam: *l. 2 quib. mod. uſusfr. am. & ibi.* & quidni ita quoque diſtinguatur uſusfructus? Nec male Dd. poſſeſſionem aliam conſtituerunt cauſalem ſive plenam, quam dominus habet; & formalem, quæ ſir[e] [illegible]a, veluti aliquid detentorem, aut alios; quamvis hic illud movere videatur, quod poſſeſſio nihil dicitur habere commune cum proprietate. Nec obſtat, quod *in l, recte 25. de verb. ſign.* dicitur fundus

totus

totus noſter eſſe, licet uſusfructus ſit alterius, quoniam fructuarius ſane partem dominii non habet; & totus quidem eſt proprietarii nudi fundus talis, non tamen plane ejus eſt. Hæc dicere libuit contra delicatulos illos, qui hujuſmodi diſtinctionibus Dd. ſuperſtitioſe offenduntur, ex quorum numero ſunt *Duar. in d. l. 126. §. 1. de verb. oblig. Connan. 4. com. 3. n. 6. Coraſ. 5 miſc. 3.*

Vſusfructus eſt Ius utend.] Inſubtiles ſunt, qui pro genere iſto, ſubſtituunt, *ſervitutem* retenta differentia, *utendi fruendi.* Inepte enim dicimus, ſervitutem utendi fruendi. Servitus enim eſt in fundo ſerviente; ſed jus habet perſona utendi fruendi. Et ſolent ſervitutes definiri jura, reſpectu ejus qui eas adquiſivit. Et relati natura ex correlato intelligitur: Ceteroquin ſubintelligi oporteret jus hoc ex conſtituta ſervitute competere; alias hæc definitio non erit convertibilis cum definito; nam & tale jus habet colonus & alii; ſed ICti de definitionibus non valde fuerunt ſolliciti.

Rebus alienis.] Nam ut diximus, hic agitur tantum de uſufructu nudo ſive formali.

Salva ſubſtantia.] Oſtendunt hæc verba hic definiri tantum verum uſumfructum, non eum qui *QVASI* dicitur; de quo *in §. 2.* in cujus initio ipſe Juſtin. ſcribit, illarum rerum, quæ uſu conſumuntur, non eſſe uſumfructum. Et hinc cavere tenetur fructuarius ſe uſurum boni viri arbitratu, & finito uſufructu, rem reſtituturum *l. 1. cot. 1. uſufr. quemadm. cau. l. ſi cuius 13. h. t.* Tum etiam & hæc verba eo referri poſſunt, quod fructuarius non habeat poteſtatem mutandi qualitatem rei, cujus uſumfructum habet, ſed ita uti iſta, uti teneatur. *l. uſufructu 7. §. ult. in fin. l. uſufruct. 44. h. t.* De cautione infra aliquid dicemus in 2. §. 2. addo videri veram rationem, cur teſtator eam non poſſit remittere, eo quod invitetur ita ad delinquendum, fructuarius; ſiquidem contra eum re abutentem, eſt actio ex L. Aquil. *d. l. 13. §. 2. h. t.* Porcius hic reſpondet actionem Aquil. competere demum finito uſufructu, ſed ex ſtipulatu ſtatim agi *l. 1. §. utilius 5. uſufr. quemadm. cau.* ſed illud falſum puto, nec video quid impedire poſſit, quo minus dominus ſtatim agere poſſit. An fortaſſis in actione ex ſtipulatu ſimul hoc venit, ut diſpiciatur de privando fructuario? Rectius dicitur, non tantum peccare fructuarium corrumpendo rem & committendo, ſed etiam negligendo & omittendo culturam neceſſariam, quo caſu recte agitur ex ſtipulatione illa, ceſſante L. Aquil. actione *d. l. 13. §. denique.*

Eſt ius in corpore.] Rerum incorporalium non eſt uſusfructus: † Verus ſcil. de quo hic tractatur: Ceteroquin etiam jurium quidam uſus cum haud dubie ſit, etiam alteri concedi poterit. Ita hodie juriſdictionis quæ patrimonialis appellari ſolet, fructus in mulctis & pœnis conſiſtere intelligitur, qui quo minus alteri poſſit conſtitui nihil prohibet. Ita dominus directus qui alteri fundum in emphyteuſin conceſſit, retinet jus percipiendi laudemii & exercendi caducitatem; quod jus locatione aut alio modo alteri concedi poſſe nō dubitatur. An etiam poterit quis alteri conſtituere uſum ſervitutis quam habet? Equidem ICtus *in l. 1 de uſufr. legato*, id negare videtur, ſervitutem ſervitutis eſſe poſſe. Sed videtur iſta eſſe ſubtilitas quædam. Nam ſervitutis jam conſtitutæ & mihi adquiſitæ uſum precario concedere poſſum *l. quaſitum 8. §. ſi ſervit. 5. de precar.* poterd igitur concedere & commodato ad certum tempus; quid ni igitur & ad dies vitæ; ſed & uſusfructus ad certum tempus conſtitui poſſunt. Et quid igitur intererit, an commodato conceſſerim, vel precario utendam ſervitutem, an uſum ejus conceſſerim, quod tamen negat recte fieri ICtus *in d. l. 1. de uſu & uſufr. leg.* Et eſſe eam nudam ſubtilitatem ille ipſe locus oſtendit, qui in effectu legatū tale vel conſtitutionem hujuſmodi uſus admittit beneficio cautionis, ne ultra vitam legatarii porrigatur; ex quo apparet ICtū tractare caſum non quo ſervitutis mihi quæſitæ uſum concedo alteri de quo *in d. l. 8. §. 5. de precar.* ſed quo uſum fructum vel uſum v. c. eundi agendi ab initio per meū fundum conſtituo: ubi ratio vera dubitandi eſt, quod ſervitutes iſtæ ſunt perpetuæ, & comitantur prædium, & non finiuntur cum perſona, quæ in uſu & uſufructu ſecus ſe habent. Itaque in fi. l. hoc adjicitur, quod tantum jus ſit agendi cum hærede, ut quamdiu vivit legatarius, patiatur eum ire agere, aut ut ſervitus conſtituatur ſub cautione reſtituendi eam (id eſt ut tum non amplius agat eat) ſi modus talis aut ta'e quid interveniat, ex quo alias uſusfructus perire ſolet. Ex quo apparet ut dixi ibi legaſſe teſtatorem non uſum ſervitutis ſibi quæſitæ in alieno fundo, ſed uſum ſervitutis per fundum ſuum denuo alteri conſtituiſſe. Ex quo præter ſententiam Interpp. explico quod ait ICtus ibid. id neque ex bonis nec extra bona eſſe. Ex quo omnes colligunt, ſervitutes nec in bonis nec extra bona eſſe. Sed male ut opinor.

Etenim

Etenim ſervitutes quas nobis quæſivimus, quæ jura ſunt, & quas jure vindicamus, omnino in bonis noſtris eſſe dicendæ ſunt, aut eadem ratione nulla incorporalia in bonis eſſe dixerim. Sed in *d. l.* 1. non agit ICtus de ſervitute quæſita, ſed de novo conſtituenda. Nimirum SCto de quo mox dicemus, permiſſum erat, ut omnium in bonis noſtris, quæ eſſent poſſet, per legatum conſtitui uſusfructus. Legavit quis uſum itineris per fundum ſuum, id eſt, ut liceat alicui ad tempus vitæ ire per fundum ſuum; ſane non poteſt dici legaſſe uſum alicujus rei quæ in bonis ipſius ſit, cum jus iſtud nudum ſit, ſed demum per patientiam heredis & uſum alterius deducatur in eſſe: itaque iſtud jus plane adhuc nihil eſt, quod obiter data occaſione ad iſtam *l.* 1. *de uſu & uſufr. leg.* annotare placuit.

Quo ſublato.] Pertinet ad modos finiendi uſumfructum, *de quo in* §. 3.

TEXTUS.

1. Uſusfructus à proprietate ſeparationem recipit, idque pluribus modis accidit: ut ecce, ſi quis uſumfructum alicui legaverit: nam hæres nudam proprietatẽ habet, legatarius vero uſumfructum. Et contra ſi fundum legaverit deducto uſufructu, legatarius nudam proprietatem habet, hæres vero uſumfructum. Item alii uſumfructum, alii deducto eo fundum poteſt legare. Sine teſtamento vero ſi quis velit alii uſumfructum conſtituere, ſtipulationibus & pactionibus id efficere debet.

COMMENTARIUS.

Cum uſusfructus ſit jus alienis rebus utendi fruendi, oportet eum ſeparatum eſſe à proprietate; quod quomodo fiat, ut uſusfructus ſeparetur, & ſimul cauſam efficientem uſusfructus conſtitutionis oſtendit hoc loco Juſtinianus, quomodo id tradidit de ſervitutibus realibus in §. ult. tit. præced. Et eaſdem hic cauſas refert, diſpoſitionem teſtatoris, & conventionem. Tres modos legandi, quibus ſeparetur uſusfructus à proprietate, ſatis perſpicue exponit Juſtinianus, & facit mentionem teſtamenti tamquam modi principalis, & quæ tractant de legato; quod olim non niſi teſtamento relinqui poterat; ceteroquin & codicillis hodie utique poterit relinqui uſusfructus. Recte autem ait, *Fundum detracto uſufructu*, ut intelligatur relictam nuda proprietas fundi alteri relicta, quoniam fundi appellatio continet plenam proprietatem, itaque ſi teſtator alteri ſimpliciter fundum, alteri uſumfructum legaverit, uterq; in uſufructu concurret: *l. ſi Titio* 10. *l. ſi alii* 19. *de uſu & uſufr. leg. l. ſi tibi* 6. *d. uſufr. ear. rer. &c.* Procul dubio autem & recte legabit teſtator, ſi alteri uſumfructum, alteri proprietatem nudam legaverit. Meminit hic uſusfructus legari ſimpliciter: ut tanto minus dubitandum ſit, quin & per damnationem & per vindicationem legari poſſit. Legati per damnationem mentio eſt in *l.* 3. *in pr. de uſufr. junct. d. l.* 19. *de uſufr. leg.* ſed & quid ni ita legari poſſit, uſumfructum do lego; quo caſu poteſtate juris protinus conſtitutus cenſebitur uſusfructus, & ſtatim erit actio confeſſoria in rem. *arg. l. un. in fi. quan. dies uſufr. leg. vid.* quomodo & legatus uſusfructus dicitur vindicari *in l. ſi Titio* 10. *de uſufr. leg.* & hoc ſenſu ipſo jure adquiſitus *in l. ſi quis* 29. *eod. tit.* Docet diſerte *Paulus* 3. *ſent.* 6. uſusfructus, inquit, aut ipſo jure conſtituetur, aut per heredem præſtabitur. Ex cauſa quidem damnationis per heredem preſtabitur, ipſo jure autem per vindicationem. Hoc caſu igitur recta erit actio in rem, ſicut omnibus caſibus, quibus per vindicationem quid relictum eſt, at ubi uſusfructus legatus eſt per damnationem, tantum competet actio perſonalis ex teſtamento *l.* 1. §. 2 *ſi uſusfr. pet.* ut heres inducat legatarium in fundum utendi cauſa *l.* 3. *in pr. h. t.* Idemq; juris erit, ut tantum actioni perſonali ſit locus, ubi per conventionem conſtitutus & uſusfructus juxta hunc §. *in fi.* Etenim ut notavimus ad §. *ult. tit. præc.* alia ratio uſusfructus hic eſt, alia ſervitutum realium: In his nihil eſt quod tradi poſſit: itaque ubi etiam per damnationem talis ſervitus legata aut in conventionem deducta eſt, recta actio in rem competit, per ibi tradita. Adeo Juſtin. hoc loco, dum agit de pactionibus & ſtipulationibus, paulum videtur abuti verbo, *conſtitui*: promiſſus enim uſusfructus, necdum conſtitutus proprie videri poteſt, pro quo conſtituendo eſt actio perſonalis. Pactionem autem qua uſusfructus conſtitui dicitur, oportet eſſe, ut Dd. loquuntur, veſtitã aut utique pactionem legitimam: alias ex eo actio competere non poteſt: ceteroqui ſi qui etiam juxta nudum pactum tradiderit uſumfructum, utique

erit actio in rem, quoniam traditio recte fit & ſolutio ex nuda etiam conventione.

TEXTUS.

3. Ne tamen in univerſum inutiles eſſent proprietates, ſemper abſcedente uſufructu, placuit certis modis extingui uſumfructum, & ad proprietatem reverti.

COMMENTARIUS.

Hottoman. ad §. *Inter tit. praeced.* invehitur quaſi in temulentum ſcriptorem Triboniani, qui eum §. avulſerit à pr. ejus tit. Qualis illa ſit reprehenſio, & quod non ita accurate methodi LL. obſervaverit Tribonianus, vel hinc patet, quod & in pr. h. t. adſperſum eſt; de finiendo uſufructu per interitum ſubjecti, & quod hic rurſus intempeſtive ſane inſeritur de eadem re, quod omnino pertinet ad §. 3. Annotant tamen quidam hoc quaſi per occupationem adjectum, & ideo monitum, ne quis putaret ita ſeparatione facta, inutilem fore proprietatem; cum dominia rerum adeo habeamus, ut inde utilitatem aliquam conſequamur.

TEXTUS.

4. Conſtituitur autem uſusfructus non tantum in fundo & ædibus: verum etiam in ſervis & jumentis & ceteris rebus, exceptis iis quæ ipſo uſu conſumuntur. Nam res hæ neque naturali ratione neque civili recipiunt uſumfructum: quo in numero ſunt, vinum oleum, frumentum, veſtimenta: quibus proxima eſt pecunia numerata: namque ipſo uſu aſſidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis cauſa ſenatus cenſuit, poſſe etiam uſumfructum earum rerum conſtitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque ſi pecuniæ uſusfructus legatus ſit, ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius ſatisdet heredi de tanta pecunia reſtituenda ſi moriatur aut capite minuatur. Ceteræ quoque res ita traduntur legatario ut fiant ejus, ſed æſtimatis his ſatisdatur, ut ſi moriatur aut capite minuatur, tanta pecunia reſtituatur, quanti hæ fuerint æſtimatæ. Ergo ſenatus non fecit quidem earum rerum uſumfructum, (nec enim poterat,) ſed per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit.

COMMENTARIUS.

1 *Res fungibiles.*
2 *Quaſi uſusfructus an per contractum.*
3 *Cautionis ratio in quaſi uſufructu.*
4 *De remiſſione cautionis.*
5 *Veſtimentorum an quaſi uſusfructus.*

Servitutes reales ſunt tantum prædiorum: uſus & uſusfructus etiam in rebus mobilibus conſiſtunt: quarum ſcilicet eſt uſus ſalva earum ſubſtantia, à quibus diſtinguuntur hactenus ea, quæ utendo conſumuntur, res fungibiles, quæ in genere ſuo functionem recipiunt, & pondere, numero & menſura conſiſtere dicuntur; de quibus agemus *infr. de obligat. quæ re contrah. lib. 3.* Harum rerum uſumfructum negat eſſe Juſtin. & civili & naturali ratione. Fructum enim verum ita dicimus percipere ex re aliqua, ut illa rei ſeparata ſalva & integra maneat: ita ut uſus penes unum, proprietas & dominium penes alium eſſe poſſit: & ille re utatur boni viri arbitratu, & ſe ita uſurũ & finito uſu reſtituturum rem caveat: quæ, & ejus generis alia in rebus fungibilibus locum non habent, quibus citra conſumptionem & corruptionem ipſarum uti non poſſumus; veluti vino, oleo frumento, & pecunia numerata, quam hic Juſtin. uſu & adſidua permutatione quaſi extingui ait; non ita ſicut oleum, vinum & frumentum, (neque enim ipſa nummorum corpora pereunt) ſed quia oportet nobis perire, id eſt, à nobis abſcedere & ejus dominium in alium transferri, ſiquidem ad finem deſtinatum ea uti velimus; quem recte & vere hic deſignat Juſtin. *permutationem* (latius ſumptam, non ut alias permutationem rerum in ſpecie dicimus) prorſus ut *Ariſt. 1. Polit 6.* nummum inventum eſſe dicit πρὸς τὴν ἀλλαγήν. Et propterea hoc adjecit Juſtin. quaſi extingui nummum, ut eo oſtenderet, quandam convenientiam nummi & aliarum rerum fungibilium. Et huc referunt, quod dicitur pecuniam ſervari non poſſe *in l. Julianus 30. de petit. her. dis.* Recte autem ait Juſtin. pecuniæ numeratæ, cæteroquin argenti & auri (v. c. poculorum) quin & numiſma-

a numiſmatum vetus poteſt eſſe uſusfructus *l. numiſmatum 28. h. t.* Harum igitur rerum non eſt uſusfructus, ſed eſt tamen quaſi uſusfructus, de quo videamus quid tractet Juſtin. Et inprimis obſervandum ſi uſumfructum tamquam genus, diſtinguere velimus in uſumfructum verum & quaſi, iſtud genus futurum ἀμφίβιον, & quod de altera ſpecie tantum revera, de altera καταχρηστικῶς prædicetur, ut apparet ex modo dictis. Ait Juſtin.

Senatus cenſuit.] Senatum jus facere poſſe diximus ſupra ad §. *SCta. de iur. nat.* Et fuit igitur opus quaſi Lege lata, ut harum rerum quaſi uſusfructus eſſet. Et ICti forte tenaces ſubtilitatum hoc diſputando introducere noluerunt; & pro uſufructu habitum fuit: cum non videretur ſatis convenire mutuo, jus utendi ad tempus vitæ, ut heres repetere ante non poſſet.

Utilitatis cauſa.] Ut ſcilicet, qui in nollet ejuſmodi res perpetuo jure legare alteri, poſſet id ita facere, ut tantundem vel æſtimatio poſtmodũ reſtitueretur heredi. Reipſa autem iſtud mutuum eſt, ſi quis uſum habeat v. c. mille florenorum ad aliquod tempus, aut etiam quamdiu vivit. Sed ſcil. morituri non dicuntur dare mutuum, nec qui aliquid legat, dicitur contrahere. Et proinde verior videtur eorum ſententia; qui SCtum tantum ad legatum talem uſumfructum putant pertinere; quod oſtendit tum *totus tit. de uſufr. ear. rer.* tum quod hoc §. quoque Legatarii tantum & heredis fit mentio. Si quid tamen tale conſtituatur inter vivos, dixerim defendi hoc quaſi uſusfructus jure. Licet enim Senatus ita ſtatuerit propter ultimas voluntates, tamen poſtquam ita ſtatutum, & harum rerum uſusfructus admiſſus eſt; nihil vetat hoc & ad conventiones perduci. Sed tamen & *Ulp. tit. 24. de Legat. §. Senatus 25.* tantum facit mentionem Legati & ICtus in *l. uſufructu 69 ad L. Falc.* & ita cenſent *Hottom. & VVeſemb. hic.*

Ut tamen eo nomine caveatur] Mox ait, *æſtimationis ſatisdatur.*] Eſt enim ſicut & in vero uſufructu, non ſimplex promiſſio, ſed fidejuſſoria cautio *l. 1. & t. t. uſufr. qu. mad. cau.*) & in ſi §. quod Senatus per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit. Ratio eſt, quare quaſi uſusfructus per cautionem quodãmodo conſtitutus videatur, quod, ut ſtatim ſubjicitur, res quarum uſusfructus quaſi eſt, fiunt uſufructuarii; & earum dominium transfertur; adeo cum uſusfructus præſupponat in alio proprietatem, cautio quæ præſtatur hæredi, quaſi proprietatis loco penes ipſum eſt. Ex quo intelligitur, quam parum ſubtiles ſint, qui in quaſi uſufructu dicunt cautionẽ eſſe de ſubſtantia uſufructus, cum nihil minus quã proprietas de ſubſtantia illius eſſe poſſit; niſi forte aliud dixerunt, aliud intellexerunt, & ſcil. quod citra cautionis remedium non potuerit introduci & admitti hic uſusfructus; cetere quin, poteſt fieri ut cautio remittatur & omittatur ab herede, ſalvo nihilominus jure repetendi pecuniam finito uſufructu, aut etiam conſtante uſufructu cautionem per incerti actionem petendi *l. hoc SC. 5. §. 1 de uſufr. ear. rer.* Quamvis ſane ſatisdatio non videatur, præciſe neceſſaria fuiſſe pro inductione hujus uſusfructus, præſuppoſito eo quod admiſſum eſt juxta *d. l. 5. §. 1.* omiſſa cautione nihilominus pecuniam vel æſtimationem aliarum rerum condici. Et imo contra quam vulgo putatur, facilius exiſtimo remitti poſſe hic cautionem, quam in uſufructu verum *l. pen. C. ut in poſſ. leg.* Ejus enim conſtitutionis rationem, quod teſtator non poſſit remittere cautionem de utendo boni viri arbitratu, hanc reddere ſolent Dd. quod invitaretur hæres ad delinquendum, & abutendum re fructuaria quæ manet in dominio heredis & ipſi reſtituenda eſt. Atquin res quarum eſt quaſi uſusfructus, dominii jure tranſeunt in fructuarium, qui liberum arbitrium habet iis pro libero utendi, dummodo poſt tantundem vel æſtimationem † reſtituat, & tamen nec hanc remitti poſſe ſatis docet *l. 1. C. de uſufructu.* Ab herede ipſo poſſe remitti cautionem etiam de utendo boni viri arbitratu, communiter putant Dd. quod ita accipio & limito, ut ſi male uti incipiat fructuarius, poſſit nihilominus peti cautio, ceteroquin eadem militaret hic ratio, ne invitaretur fructuarius ad delinquendum. Quod autem diſponit & tacuit teſtator, omnimodo valere aut non valere debet. Satisdatio autem omnino præſtanda eſt, et amſi ſimpliciter res fuerit tradita fructuario; & ſi non præſtatur, ipſam rem poteſt heres vindicare *l. etſi 7. in pr. uſufr. qu. mad. cau.* & fructuarium non facere fructus ſuos, ſi non caverit, notant cõmuniter poſt. *gl. Interpp. hic. & Latinis præ ceteris Angel.* Sed quid ſi ob paupertatem non poſſit ſatisdare fructuarius? Cõmunius admittunt eum Interpp. ad juratoriam cautionem, niſi perſona ſit ſuſpecta, & periculum devaſtationis; quo caſu ſequeſtrari volunt uſumfructum, quod maxime in rebus mobilibus obtinebit; idque in terminis notat. *Ioh. Fab. hic.*

Ratio porro ob quam dominium rei hic tranſit in legatarium, perſpicua eſt, quoniam, ut monuimus ſup. ad tit. 1. hujus libri in §. *ſi quis à non.* nemo habet

jus conſumendi ſit niſi qui ejus eſt dominus, & proinde quoniam uſus harum rerum non eſt citra conſumptionem, ut quis uſum habere poſſit, ante omnia dominum eum eſſe oportet. Illud obiter monendum, quod Juſtin ait, ſatisdari ceteris rebus æſtimatis, & de reſtituenda æſtimatione, veluti, vini, frumenti, olei, &c. non eſſe perpetuum nec neceſſarium, ſed poſſe caveri, ut v. c. tot modii, vel tot amphoræ aut pondo reſtituantur, *l. ſi vini 7. de uſufr. ear. rer.* ubi tamen ICtus ait illud eſſe commodius.

Si moriatur, aut capite minuatur.] Hi duo tantum ſunt modi quibus finitur hic quaſi uſusfructus *l. in ſtipulatione 9. de uſufr. ear.* Nam cum fructuarius ſit dominus & reſtituat non eandem ſpeciem, ſed tantundem, ceteri modi, non uſus, conſolidatio, interitus rei, hic non habent locū. Sed an capitis diminutione minima quoq; hic uſusfr. finietur? utique jure veteri, per hos ipſos text⁹, & ſcribit diſerte *Paul. 3. ſent. 6 §. capitis*, & probatur ex *l. in ann. 8. de an. leg. l. 1. & repeti. 5. Quib. mod. uſufr. am.* & quod repeti poteſt in caſum capitis minutionis: quod fieri non poteſt, ubi quis civitatem amiſit.

Dubitari poſſit, quod hic mutavit Juſtinianus, ut tantum media & maxima capitis diminutione pereat uſusfructus *in l. pen. §. ult. C h. t.* ad hunc quoque quaſi uſumfructum pertineat? etenim ſatis perſpicue ibi agit de vero uſufructu, de quo alias etiā n dubie verbum *uſusfructus* accipiendum eſt. Ego tamen malim idem adfirmare in hoc quaſi uſufructu; cum non poſſit dari ratio diverſitatis; tum moveor per *l. 1. in fin. de uſuf. legat.* ubi ICtus quaſi ex SCto, quod quarumcunque rerum uſumfructum legari permiſit, defendit legatum uſumfructum itineris, ut ita conſtituatur ſervitus, ut legatarius caveat de reſtituendo, ſi deceſſerit legatarius, vel ex magna cauſa capite diminutus fuerit. Ubi (quod miror ab aliis non obſervari,) non dubito, quin verba illa *ex magna cauſa* ſint à Triboniano adjecta, propter conſtit. *d. l. pen. de uſufr.* Neq; enim dubium eſt quin veteri jure quivis uſusfructus capitis diminutione quavis fuerit amiſſus. Et tamen ineleganter dixit Tribonianus, *diminutū ex magna cauſa*. pro, *paſſum capitis diminutionem*; nam ut diſtinguamus ex qua cauſa fuerit quis emancipatus aut adrogatus, ineptum nimis foret.

Unicum ſupereſt hoc §. quod Juſtin. inter res
5 quarum eſt † quaſi uſusfructus refert etiam veſtimenta; Id quod ex præmiſſis falſū eſſe conſequitur; quandoquidem veſtes non ſunt res fungibiles, & quæ ipſa uſu conſumantur. Neq; enim ſufficit quod uſu atterantur & deteriores fiant, quoniam imo harum rerum tantum eſt quaſi uſusfructus, quarū datione in creditum itur; & quas conſumimus penitus dum iis utimur, vel revera & naturaliter, veluti vinum, oleum &c. vel quodammodo, ut pecuniam numeratam, dum eam expendimus; ceteroquin ſi ex hoc quaſi uſumfructum metiamur, quod uſu res fiāt deteriores ſaltem omnium pene rerum mobilium quaſi uſusfructus erit. Et, enim harum quoque rerum quæ utendo fiunt deteriora & pro parte corrumpūtur, eſſe verum uſumfructum, inde apparet: Quod cum cautio de reſtituenda ipſa ſpecie & corpore cujus eſt uſusfructus, non niſi in vero uſufructu habeat locum, cavetur tamen de reſtituendo eo quod ſupereſt *l. 1. in pr. & §. ult. uſufr quemad. cav.* ſatis enim eſt dolum malum abeſſe, & quem uſum eſſe re ſecundum ejus naturam; idq; ita in terminis traditum eſt de veſtimentis *in l. ſi uſusfr. 9. §. pen d. t. d.* Adeo ſuper qua re cavetur eam ipſam reſtituram iri, ejus eſt verus uſusfructus. Atqui ſuper veſtibus ita cavetur *d. § pen* ubi ſtipulatur heres veſtem reddi, & liberatur fructuarius ſi finito uſufructu, eam ſine dolo malo attritā reddi ſerit: Ex quo apertiſſimum eſt, dominium veſtium in uſufructuarium non transferri, quod in quaſi uſufructu neceſſarium eſt. Et videtur itaque incuria hic lapſus Tribonianus. Color enim tantum eſt, quod Donellus 10. *comm.* 4. hunc textum explicat de uſufructu rudis lanæ; itemque quod Accurſius id reſtringit ad caſum, quo veſtium æſtimatarum uſusfructus legatus eſt: quomodo legari poſſe veſtium uſumfructum colligitur ex *l. ſed ſi 15. §. etſi 4. h. t.* quamvis ſane illa verba, *d. §. non ſicut quantitatis uſusfructus legetur*: videantur ab interprete aliquo inſerta, qui ita voluit juvare Tribonianum h. §. ſed utut ſit, apparet ex illo ipſo loco veſtium uſufructu ſimpliciter legato eſſe verum uſumfructum; quia ait, fructuarium ita uſurum, ne abutatur, atquin qui quaſi uſumfructum habet, cum dominus ſit, pro libitu re utitur, & quidem re cujus uſus eſt quaſi in abuſu & conſumptione. Neque obſtat, quod *in l. 1. de uſufr. ear. rer.* earum rerum dicitur eſſe quaſi uſusfructus, quæ uſu tolluntur, vel minuuntur; neque enim ICtus ibi intelligit deteriorationem, ſed conſumptionem per partes, veluti ſi cui uſusfructus aliquot amphorarum vini vel modiorum frumenti fuerit legatus. Ex dictis hactenus apparet, in quibus differat verus uſusfructus & quaſi, & in quibus conveniant. In his Mynſing. poſt Bald. refert, quod etiam

iam fructuarius pecuniæ vel vini nõ præſtet caſum fortuitum, ſed ea pereant heredi. Quod apud me dubium habet; cum dominium hic tranſeat, & domino res pereat, & de his rebus agatur, quarum datione in creditum itur, & mutuum contrahitur, & cum non ad idem ſed ad tantundem vel ad æſtimationem fructuarius ſit obligatus.

TEXTUS.

5. Finitur autem uſusfructus morte uſufructuarii, & duabus capitis diminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus: quæ omnia noſtra ſtatuit conſtitutio. Item finitur uſusfructus, ſi domino proprietatis ab uſufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agitur) vel ex cõtrario, ſi uſufructuarius proprietatem rei adquiſierit, quæ res conſolidatio appellatur. Et amplius conſtat, ſi ædes incendio conſumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio ſuo corruerint, extingui uſumfructum, & ne areæ quidem uſumfructum deberi. Cum autem finitus fuerit totus uſusfructus, revertitur ſcilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit habere plenam in re poteſtatem.

COMMENTARIUS.

1 *Modi finiendi uſusfructus.*
2 *De* l.14. C. de uſufructu.
3 *Cur minima cap. diminutione pereat uſusfructus.*
4 *Uſusfructus an amittatur non utendo per modum.*
5 *Quomodo non utendo per tempus.*
6 *An finiatur ceſſione.*
7. *Modus finiendi per interitum rei.*

DOminia rerum habemus, ut inde fructum capiamus; itaq; cum in uſufructu ſit omne emolumentum *l. Mævius 66. § pen. de legat. 2.* inutile eſſet dominiũ & proprietas, ſi perpetuo nuda maneret. Et ideo ſupr. *h. t. § 1 in f.* ait Juſtin. ne inutilis eſſet omnino proprietas, placuiſſe, ut certis modis finiretur uſusfructus, & ad proprietatem rediret. Et hinc eſt, quod licet repeti poſſit uſusfructus, in caſum, quo aliquo modo finitur, tamen non poteſt repeti, in caſum mortis fructuarii *l. repeti 5. quib. mod. uſusfruct. amitt.* Recte itaque hic tractatur, de modis quibus uſusfructus finitur. Sex proponuntur modi, 1. Mors fructuarii, 2. ejuſdem capitis diminutio, 3. Negligentia & non uſus, 4. Ceſſio, 5. Conſolidatio cujus tamen ſive ſpecies, ſive cauſa quoque eſt, ceſſio: & 6. Interitus Rei; & quinque poſteriores, (de primo enim res magis liquida fuit) conjunctim proponit *Paulus 3. ſent. 6. §. uſusfructus.* Amittitur, inquit, quinque modis, Capitis minutione, Rei mutatione (hoc latius patet quam rei interitus & rectius dicitur, ut mox oſtendemus,) Non utendo, in jure ceſſione, dominii comparatione, quæ nimirum eſt conſolidatio. Videamus de ſingulis cum Juſtin. Ait

Finitur morte fructuarii.] Ita quidem, ut in hunc caſum nec repeti poſſit, ut paulo ante diximus ex *l. 5. quib. mod. uſusfr. amitt.* Et longe fallitur, ſi quis putet uſumfructum tranſire in heredem fructuarii in ſpecie l. antiquitas 14. *C. h. t.* † ſignificatur enim ibi heres teſtatoris, & tamen ita falluntur *Mynſing. & Iohan. de Plat. Angel.* qui ait ita omnes ſentire quod ſi legetur uſusfructus ut tranſeat ad heredem fructuarii, intelligi primum ejus heredem, per *d. l. 14. C. hoc. tit.* quem craſſum errorem ſatis equidem mirari non poſſum, cum apertiſſimum ſit in *d. l. 14.* intelligi heredem † teſtatoris. Et eſt ipſiſſimus ille caſus, quem attingit Juſtinianus in *§. 1. h. t.* quo quis alteri legat fundum detracto uſufructu, qui maneat penes heredem; quo caſu ait Juſtin. quoſdam exiſtimaſſe inutile eſſe legatum, quia appellatione heredis omnes ſucceſſores contineantur. Sed nimis craſſa dubitatio eſt, & haud dubie conſtans veterum ſententia fuit, (quod & ibi reſpondet Juſtin.) finiri morte inſtituti heredis; quippe cum liquidiſſimum ſit teſtatorem intellexiſſe eum, qui ſibi ſucceſſurus eſt, non eum, qui porro heredi ſuo; ſed illa non inſubtilis veterum diſputatio & dubitatio fuit, ſi ex tempore fundus legatus ſit deducto fructu, & ante tempus heres mortuus fuerit, an protinus adveniente die plena proprietas debeatur legatario; an vero, quoniã necdum deductus fuit uſusfructus, & nec deduci potuit, novus uſusfructus in perſona ſecundi heredis incipiat; quippe cum necdum vere extiterit uſusfructus; cum utiq; teſtator ſenſerit de uſufructu qui tamquam ſervitus perſonalis ſeparatus à proprietate apud heredem maneret, quæ

eſt diſputatio Pauli in *l. Sempronius 26. de uſufruct. legat.* contra quam viſum eſt Africano in *l. qui uſumfr. 36. §. 1. verſ. hoc ita h. t.* nec enim dubito, quin clauſula & *verſ. ſed his de uſufruct. leg.* ſit adſcripta à Triboniano; qua admiſſa nulla inter hæc loca eſt contradictio. Porro non obſtat *l. 4. de novat.* ibi *in fin. ſi poſt mortem meam manet ejus uſusfructus:* quoniam ibi uſusfructus ſaltem mihi debitus, & necdum in perſona mea conſtitutus erat; itaque ille cui debitor meus plenus proprietarius ex delegatione mea (utcunque hæc novationem veram non inducat) ultro uſumfructum ſolvit, loco meo verus fructuarius eſt, ita ut non mea ſed illius perſona ſpectetur, ubi de finiendo uſufructu tractatur. Illud ſingulare eſt ex *leg. ult. C. de uſufruct.* ſi filiusfam. uſumfructum, & ita patri adquiſierit, utriuſq; mortem expectandam eſſe; Ceterum ex ratione juris veteris procul dubio morte patris finitus fuit.

Capitis diminutione.] De hoc diximus ad *§. præc.* Ratio tamen in obſcuro eſt, quare minima capitis diminutione uſusfructus fuerit amiſſus & finitus. Ait Hottom. rationem eſſe, quod quæ ſint juris civilis, etiam civilibus inſtitutis tollantur. Inepte; tum quod uſusfructus non recte dicitur eſſe inventum juris civilis; tum præcipue quod quæ invicem ſe tollunt, ita comparata eſſe oportere ut alterum quod tollit & perimit, ad alterius deſtructionem & corruptionem ſit deſtinatum, & cum eo conſiſtere non poſſit. Hoc ipſum autem quærimus quomodo & propter quam cauſam v. c. adrogatio, aut emancipatio vel in adoptionem datio perimat uſumfructum. Quod addit, etiam minimam capitis diminutionem morti comparari, magis eſt ut falſum putem, neque ſcriptum eſt apud *Paulum 3. ſentent. 6.* Ineptius eſt, quod ait, ſi filius, cujus ſolius vitæ conſultum volebam, eique propterea prædium utendum fruendum dederam, à me poſtea in adoptionem emancipetur, quia aliunde nactus eſt unde alatur, nihil attinet, eum uſumfructum retinere. Hæc Hottomann. Itidem inepte, tum quia hinc rationem juris iſtius petere, puerile eſt; tum quia fingit ab ipſo patre filio in poteſtate conceſſum eſſe uſumfructum, qui tamen omnino manet patris, & de ejus finitione fruſtra quæritur; tum quia iſta ratio nihil ad caſum adrogationis. Ratio petenda videtur, à perſonalitate iſtius juris, argument. ejus quod ſcribit *Juſtinian. inſ. de adquiſit. per adrogat.*: Ubi Juſtinian. ait, per adrogationem perire v. c. operarum obligationes, &c. Ego animadverto, quod hic & alibi traditur, ex ratione juris veteris tantum pertinere ad arrogationem, (quæ eadem generali nomine eſt adoptio) de qua etiam tantum agit Paulus dicto loco. Filiusfam. de quo emancipando vel in adoptionem dando quæritur, cum nihil proprium ex ratione dicti juris habere poſſit, nec poteſt habere uſumfructum, quem amittat. Homo ſui juris ſi adrogatur merito perit uſusfructus, qui alias tranſiret in adrogantem, quod ratio juris non patitur, ut de perſona in perſonam tranſeat. Cum adeo omnia quæ ſunt adrogati adquirantur patri adrogatori, & ab illo in hunc tranſeunt, & uſusfructus nec in perſona ejus tanquam filiifam, amplius manere, nec ex ratione juris in alium tranſire poſſit, fiebat neceſſario, ut recurreret ad proprietatem; quomodo mox dicemus de ceſſione. Quod ſi ponas caſum ex jure veteri, irregularem, quo in filiifamil. perſona ſubſiſtere poſſit uſusfructus, dixerim, ſubtilitate quidem juris per emancipationem perire uſumfructum propter imaginarias venditiones *l. 3. §. 1. de cap. min.* ex quo fit ut omnes fere obligationes ipſo jure extinguantur, *t. t. de cap. min.* Verum ſicut hæ ex edicto reſtituuntur, ne jejuna ſubtilitas juris tantum habeat effectum; ita etiam crediderim reſtituendum uſumfructum. Cum igitur ex conſtitutionibus Juſtinian. filiusfam. non uno caſu plenam quoque proprietatem habere poſſit, & ex ejuſdem ſanctione in *l. ult. C. de uſufruct.* uſusfructus filio ſimpliciter relictus, non patri omnimodo adquiratur, ſed filio demum poſt patrem mortuo totus exſpiret, atque adeo vivente patre jus in eo habeat filius, ceſſante veteris juris ratione, merito etiam jus vetus hactenus mutavit Juſtinianus. Hæc nemo explicat. Finitur ita uſusfructus ſemel actu conſtitutus; ſecus ſi ante diem cedentem capite quis diminutus fuerit, *l. 1. §. ſed ita 2. quibus modis uſusf. am.* Itemque ſi unus in univerſum ſit uſusfructus, ſecus ſi plures, veluti in ſingulos annos conſtituti, tunc enim tantum is perit, qui jam cepit, reliquis ſalvis, *dict. leg. 1. §. ult.* cujus rei jure veteri, ubi etiam capitis diminutione minima perit uſusfructus, evidentior fuit effectus; & imo quæ de hoc finiendi modo ſcribuntur in Pand. & in *d. l. 1.* præcipue in *leg. 3. eod. tit.* ut in caſum ſecutæ capitis diminutionis repetitus ſit uſusfructus ad mediam & maximam diminutionem non niſi vitioſe referuntur, imo referri non poſſunt: ut vel hinc appareat ſocordia compilatorum.

Non

Non utendo per modum & tempus.] Servitus amittitur non utendo, per tempus & modum, nec enim ſatis eſt, uſum non eſſe, niſi & uſus ſit ad modum conſtitutum, quod de ſervitutibus realibus tradit JCtus in *l. ſi communem* 10. §. 1. *quemadmodum ſervit. amitt.* Sed enim in his licet convenire, quibus horis, locis, diebus, quis eat, aut agat per fundum alterius. At enim cum fructus natura producat, & prout fructus producti & maturi & apti ſunt ad colligendum etiam quiſque frui debeat, non ſatis animadverto, quomodo uſufructui ejuſmedi modus præſcribi poſſit: nec quiſquam ullo loco juris puro hoc traditum; ſed hoc tãtum, quod uſusfructus amittatur non utendo, ut apud *Paulum* 3. *ſent.* 6. *l. pen. in pr. C. h. t. l. placet* 25. & *l. ſi uſusf.* 28 *quib. mod. uſusf. am. l.* 3. *in pr. ſi uſusfr. pet. l. Mævius* 66. § *ult. de leg.* 2 pro parte non utendo amitti eum legimus *l.* 14. & *d. l.* 25. Sed totum amitti non utẽdo per modum non legimus; cum & inſuper ſi quis utatur tãtum, uſumfructum tamen retineat *l. is qui* 20. *quib. mod. uſusfruct. am.* niſi putet ſolam ſervitutem uſus ſibi conſtitutam *d. l.* 20. Nec placet quod Pacius poſt gloſſ. iſtud eo refert, quod debeat uti viri boni arbitratu; alia enim hæc eſt ratio, propter quam non ipſo jure, ſed cognita cauſa; propter corruptum fundum privatur uſufructu; neque hoc eſt, non uti per modum; uti hæc phraſis in hac materia uſurpari ſolet, per *d. l.* 10. *quemadmodum ſerv. amitt.* & ubi male utitur fructuarius ex L. Aquilia, aut ſtipulatione agitur, *t. t. uſufr. quemadm. cau. l.* 13. *in pr.* & §. 1. *h. t.* & ſi finiretur ex hac cauſa nihil impediret cautionem remitti à teſtatore. Ineptum eſt, quod gl. per modum & tempus explicat, per moderatum tempus.

Itaque cogitandum, an non hoc ſit referendum inter lapſus Triboniani. Videamus de non utendo. Scribit Paulus *d. lib.* 3. *ſentent. tit.* 6. amitti uſumfructum non utendo, per annum vel biennium; illud, ſi res ſit mobilis; hoc, ſi ut uſusfructus fundi; nam & ita per uſum & ſcil. uſucapionem adquirebantur olim dominia; anno, ſi res eſſet mobilis; biennio in Italico ſolo, ſi res eſſet immobilis, ut ipſe teſtatur Juſtin. *in pr. inf. de uſucap.* Sed Juſtinian. dupliciter hoc jus mutavit, 1. Quod tempora longiora & præfinivit uſucapioni & eadem præſcripſit amiſſioni per non uſum, in uſufructu, *l. penult. C. h. tit.* & id convenienter jure veteri. Sed non item alterum, quod eodem tempore voluit per non uſum amitti uſumfructum rei mobilis & immobilis in *l. pen. Codic. de ſervit.* ita ut hic pene ſibi ipſi contradicat in *l. penult. C. h. t.* §. 1. ubi conſtituit uſumfructum non perire non utendo (ſcilicet quomodo olim) niſi talis exceptio fructuario obſtaret, quæ etiam ſi dominium vendicaret, poſſet eum excludere: Atquin vindicans dominium rei mobilis, excluditur hodie triennio *d. prin. infr. de uſucap.* Ergo &c. Meminit quidem Juſtinian. in *d.* §. 1. exceptionis quæ excludat dominum, qui vel præſens, vel abſens fuerit, cui diſtinctionem tantum eſt locus in immobilibus; ſed tamen quæ ratio ſuaſit diſtingui tempora uſucapiendi res mobiles & immobiles, & ita amittendi earum dominia, eadem ſuadere debebat, ut diſtinguerentur tempora amittendi uſumfructum, quia hæc ratio ſuaſit, ut olim ita diſtinguerent prudentes, longe meliores juris autores, quam Tribonianus. Nec mihi adeo ſatisfacit ratio Accurſii, quod uſusfructus utpote jus comparetur rei immobili. Hæc enim alias moviſſet & veteres JCtos, & effectus conſiſtit in amiſſione ipſius rei; Ceteroquin & dominium cujuſcunque rei jus eſt incorporale, & ita hac ratione nec dominium quis mobilis rei triennio amitteret. Et dum uſufructuarius non utitur, intelligimus proprietarium tanto tempore uſum eſſe, qui marito poſt triennium in re mobili contra fructuarium defendi debebat, quanto tempore poſſeſſor bonæ fidei, contra priſtinum dominum rem vindicantem defenditur. Alius hic ſcrupulus eſt, ex *l. pen. C. h. t.* Ait ibi Juſtinian. in princ. quæſitum fuiſſe, an actio perſonalis pro uſufructu finiatur non utendo. Et ipſe mox ſubjicit & uſumfructum & actionem de uſufructu perire, ſpatio & negligentia 10. vel 20. annorum. Quod niſi accipiatur de actione perſonali, ineptiſſima erit reſponſio ad quæſtionem de perſonali actione propoſitam, uſufructu debito vel ex teſtamento vel ex ſtipulatione. Atquin abſurdum eſt, & contra regulas juris, ut actio perſonalis, ad inſtar realis finiatur longo tempore 10. vel 20. ann. Sed imo perpetua & hodie utique 30. annorum eſt, de quo *inf. de perp. & temp. act.* Reſpondet Porcius poſt alios, hoc fieri propter naturam rei; quoniam uſusfructus tollatur non utendo 10. aut 20. annis. Sed enim uſusfructus conſtitutus tollitur per non uſum tanti temporis: uſusfructus autem promiſſus necdum eſt conſtitutus: Sed conſtituitur, ubi patitur juxta contractum dominus uti fructuarium quem in fundũ induxit: Ceteroquin eadem ratione inferre, eum dominium amittatur, ſi alter rem 10. aut 20. annis poſſedit, et-

iam

iam actionem perſonalem v. c. ex empto longo tempore finiri. Et ob id ego exiſtimo hunc quoque eſſe lapſum Triboniani, qui confuderit actionem perſonalem pro uſufructu conſtituendo, cum reali confeſſoria, quæ competit jam conſtituto uſufructu: & dicitur actio de uſufructu, quomodo eam appellat ipſe Tribon. in *d.l.per.* §.1. Unde magis hæc mea conjectura firmatur. Et commentum eſt, quod de duratione actionis perſonalis altercati fuerint JCti: & quis enim dixiſſet actionem perſonalem finiri anno vel biennio, quo olim uſusfructus per non uſum amittebatur. Alio colore utuntur Dd. quod actio perſonalis nec traditione ſecuta & conſtitutione finiatur; quoniam teneatur promittens ad patiendum, poſſit autem non pati & turbare etiam poſt ſemel factam traditionem, ideo non mirum ſi & ipſa actio perſonalis tanto tempore finiatur, ſed ego falſum eſſe dico, quod ſemel traditione facta ſuperſit actio perſonalis, ſed tum contra turbantem eſt actio confeſſoria; & promiſſor ad hoc ſemel tenetur, ut alterum in fundum inducat, & uti patiatur; quomodo apprehenditur poſſeſſio, in qua qui poſt turbatur, actione in rem utitur.

6 *Si cedatur.*] Quatenus hic modus eſt quo † finitur uſusfructus. Ait Juſtinian. id fieri ſi cedatur domino proprietatis, cedendo extraneo, nihil agi. Cui objicitur, quod conſtat uſumfructum vendi, locari, donari, quoque extraneo à fructuario poſſe, de quo dicemus ad §.1. *tit. ſeq.* & in genere dicitur in *l. arboribus* 12 §.2. *h. t.* uſumfructuarium vel ipſum poſſe uti re, vel alteri fruendam concedere. Ut paucis agam, puto rectam eſſe diſtinctionem Accurſii, (licet ipſe forte non intellexerit) inter cedere & concedere; verbo ſcilicet *cedere* in ſpecie ſumto; prout in hac materia ſumitur a *Paulo* 3. *ſent.* 6. ubi inter modos finiendi uſumfructum, refert ceſſionem in jure; quam & inter modos transferendi dominii refert *Ulpian. tit.* 19. Hac id agebatur, ut omnino omne jus abiret à cedente in ceſſionarium: & plane totum jus à ſe abdicabat cedens; quod ubi in alterum cui cedebat tranſire non poterat, neceſſe erat, ut alio converteretur. Cedi hoc modo per fructuarium uſusfructus alteri non poteſt; quod ita cum injuria proprietarii novus & forte junior conſtitueretur fructuarius, quod facere fructuario permiſſum non eſt: atqui ubi vendit vel locat uſumfructum fructuarius, non omne & totum jus a ſe abdicare cenſetur, ſed tantum jus percipiendi fructus, & ut Dd. loquuntur, commoditatem utendi, ut dicemus ad *d.* §.1. *tit. ſeq.* Et cum itaque ceſſione in jure facta in extraneum, jus abiret totum à fructuario, nec poſſet transferri ad ceſſionarium, neceſſario expirabat, & recurrebat ad proprietatem, non per ceſſionem, ſed occaſione ceſſionis, præter intentionem agentis. Et quo reſpondetur ad hunc §. quod cedendo extraneo, nihil agatur, & quod hoc modo finiri ait uſumfructum Juſtinianus, cum ceditur domino proprietatis. Etenim, ut dixi, non finitur hic uſusfructus, quaſi per ceſſionem tranſeat, ſed per accidens contingit, ut recurrat ad proprietatem; quomodo expreſſe reſponſum eſt à JCto in *l. ſi uſuf.* 66 *de jur. dot.* Et nimis inſulſa eſt reſponſio Hottom. hoc loco, nihil tranſire ad extraneum, id eſt nihil novi juris, quod diutius avulſum teneat uſumfructum à proprietate; cum præſertim in *d. l.* 66. adjiciatur, reverſurum uſumfructum ad proprietatem. Quod iterũ inſulſe accipitur à Pinello in *l.* 1. *part.* 3. *C. de bon. mat. n* 39. *Weſ. in parat. quib. mod. uſuf. amitt. n.* 5. quod nõ ſtatim revertatur uſusfructus ad proprietatem, ſed mortuo demum cedẽte, vel aliis modis. Etenim JCtus ibi tractat, quid in illis terminis & protinus futurum ſit: & ſi tranſit jus utendi fruendi, utiq; falſo diceretur, *Nihil tranſire*, & tractat ibi JCtus de modo, quo uſusfructus à proprietario in dotem marito datus, poſſit reſtitui mulieri; quod negat fieri poſſe per ceſſionem, quæ ſit futura cum damno mulieris, in quam nihil ſit tranſiturum, ſed uſusfructus reverſurus ad proprietatem. Quæ ratio ſtolidiſſima & falſiſſima eſſet, ſi jus percipiendi fructus quod penes maritum fuit, poſſet ita transferri in uxorem; ut morte demum mariti finiretur: (neque enim plus poteſt deſiderare mulier) nec neceſſum eſſet confugere eo, ut per venditionem imaginariam dicis cauſa factam, & uno dato nummo, uſusfructus in uxorem transferretur. Itaque ubi uſusfructus ceditur in jure proprietario vere & directo per ceſſionem finitur uſusfructus, quippe qui hoc modo conjungitur cum proprietate; atque ita apparet, hanc eſſe ſpeciem conſolidationis; quam adeo parum ſubtiliter tamquam proprium & ſeparatum modum proponit Juſtinianus; licet eodem modo *Paulus* 3. *ſent.* 6. dominii comparationem ſeparaverit à ceſſione in jure: Recte autem dicimus, conſolidationis eſſe duas ſpecies, ſive modos; alterum, cum uſusfructus accedit proprietati, ſi vel cedat fructuarius, vel etiam proprietarius uſumfructum dato pretio redimat; alterum, ſi fructuarius ſibi

adqui-

Digitized by Google

adquirit proprietatem: & hos modos ita recte referri ſub unam ſpeciem arguit hic ipſe §. dum Juſtin. utitur verbis, *Et è contra*. Equidem & cum fructuarius moritur aut capite minuitur, conſolidatur uſusfructus cum proprietate: ſed ſub hunc modum referemus, ubi ex conventione & facto mutuo uſusfructus ad proprietatem redit: quæ exinde plena incipit eſſe & ſolida, ut loquitur JCtus in *l. Sempronius 26 in f. pr de uſuf. leg.* & eodem ſenſu pars ſolida, cum uſufructu *l. à liberto 35. de bon. lib.* Conjunctione autem tali facta, finitur uſusfructus. De quo hic agitur, qui eſt formalis & ſervitus perſonalis, juxta not. ad *pr tit.*

Si ædes incendio.] Poſtremus hic modus eſt, quo
7 † finitur uſusfructus. Interitus rei, vel, ut rectius, & paulo generalius loquitur Paulus, mutatio rei. Et ita quoque in *l. repeti. 5. § ult. quib. mod. uſusfr. am.* impoſitione ædium in aream, cujus uſusfructus legatus erat, uſumfructum extingui, tamquam mutata re, ait JCtus; nec enim revera hoc modo interiiſſe area dici poteſt, niſi quatenus propter ſuperficiem impoſitam ejus uſus ademptus eſt. Ratio finiendi uſusfructus hoc modo eſt in *pr. h. t.* quod uſusfructus ſit jus in corpore, quo ſublato & ipſum perire neceſſum ſit: quod commode accipitur de caſu deſtructarum ædium; quod ſi enim totum corpus omnimodo periret, nec dominium quidem aut proprietas ſupereſſet. Totum interiiſſe oportet; ceteroquin ſicut partis poteſt amitti uſusfructus non utendo *l. placet 25. quib. mod. uſusfr. amit.* ita quoque re pro parte extincta partis uſusfructus durabit: quid enim ſi pars fundi chaſmate perierit, ſi ex parte flumen alveum fecerit? & probat *l. ſi vis 53. h. t.* Nec eſt contrarium, quod *h. § inf.* dicitur, ædificio diruto nec areæ uſumfructum deberi: vel enim revera non eſt pars ædificii area, vel pars quidē eſt *l. dom. 21. de pign. actio.* ſed non eſt pars ὁμογενής, quæ idem nomen habeat cum toto. Rurſus non obſtat quod legatæ ædes ſi exuſtæ ſint, nihilominus area debetur *l. ſi grege 22. in f. de legat. 1.* alia enim legati uſusfructus, alia legatæ proprietatis ratio eſt, quod qui proprietatem legat rem totam, & totum quantum illud eſt in legatarium transfert, atqui uſum rei talem, qualem res patitur tempore legati dediſſe cenſetur teſtator, aliter autem longe utimur ædificio, & aliter area. Ex quo etiam ratio ſumi poteſt, cur ædibus pignori datis etiam area teneatur *l domo 21. de pign. act. junct. l. Paulus 29. §. 2. de pign.* Atque hi ſunt communes modi finiendi uſusfructus, ſimpliciter conſtitui poteſt autem uſusfructus conſtitui ad certum tempus, quo adveniente finitur. *Paul. 3. ſent. 6. §. finitur.*

Cum autem finitus.] In uſufructu conſiſtit omne emolumentum rei, & utilitas dominii: & proinde nudus proprietarius non videtur habere plenam in re poteſtatem, & omnino non habet; ſed eam recuperat rurſus, ubi uſusfructus finitus cum proprietate rurſus conjungitur; id eſt, qui ante erat formalis, jam incipit eſſe cauſalis, ut Dd. loquuntur. Ait *cum finitus fuerit totus.*] Totus, ſcilicet quia ſi duobus legatus ſit uſusfructus, uno deficiente alteri accreſcit, & quod in uſufructu ſingulare eſt, etiamſi jam alteri fuerit actu adquiſitus *l. 1. §. 3. verſ. ſed in l. 10. in f. de uſufr. adcr. l. 33. in f. h. t.* Et hæc de uſufructu, qui ab homine teſtamento vel conventione conſtitutus eſt, in rebus ſingulis. Eſt alius univerſalis, quem ex L. v. c pater in bonis adventitiis filii jure Juſtinianeo habet, de quo aliquid dicemus *infr. h lib. tit. 9.*

Ad Titulum V.
LIBRI SECUNDI INſtitutionum,
DE USU ET HABITATIONE.

TEXTUS.

Iiſdem illis modis, quibus uſusfructus conſtituitur, etiam nudus uſus conſtitui ſolet: iiſdemque illis modis finitur, quibus & uſusfructus deſinit. Minus autem juris eſt in uſu, quam in uſufructu: nam is qui fundi nudum habet uſum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis, ad uſum quotidianum utatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi moleſtus ſit, neq; iis per quos opera ruſtica fiunt, impedimēto: nec ulli alii jus quod habet, locare aut vendere, aut gratis concedere poteſt: cum is qui uſumfructum habet, poſſit hæc omnia facere.

Commentarius.

1 *Uſusfructus an & quomodo in alium transferri poſſit.*

2 *De uſu ſylvæ.*

ALtera ſervitus perſonalis eſt uſus, de qua 1. proponitur in quo conveniat uſus & uſusfructus: videlicet, in modis adquirendi, & finiendi. Nam & pariter uſus conſtituitur ultima diſpoſitione & conventionibus, & finitur modis illis, qui referuntur in §. finitur *tit. præced.* quamvis ſane non eadem omnino ſit ratio finiendi uſus, *argum.* §. 1. *inf. tit. præced.* quia cum in uſu minime tota utilitas rei conſiſtat, non propterea inutilis erit proprietas, licet diutius duret uſus. Sed enim eadem conditio utriuſque facit, ut iiſdem modis finiantur: nam alias per emphyteuſin perpetuus uſus recte transfertur; & penſio annua una cum aliis facit ne inutilis ſit proprietas. Deinde docetur in quo differant. Uſusfructus continet omne emolumentum rei, ſcilicet quod in fructu eſt: at minime uſus. Deinde uſufructuarius poteſtatē habet jus ſuum in alium transferendi, ſed non uſuarius nudus. De hoc prius videamus, nam prius illud quod hoc §. oſtenditur exemplo uſus fundi, cōmunem habet tractationem cum 3. §§ *ſeqq.* Ait Juſtinian. in *f.* §. uſuarium non poſſe jus ſuum locare, 2 vendere aut gratis concedere, fructuarium †autem hæc omnia poſſe. Cui ſententiæ non obſtare, quod in §. *pen. tit. præc.* dicitur, cedendo in extraneum nihil agere fructuarium, quæ ibidem diximus, oſtēdunt. Sed explicanda ratio eſt, cur nihil agat fructuarius ſi cedat, ſed agat aliquid ſi vendat aut donet. Duo ſunt quaſi jura in fructuario, alterum mere perſonale, quod uni & ſoli fructuario inhæret, nec in alium transferri poteſt: quæſitum ex legato aut ſtipulatione, & ſecuta traditione, ex quo nec novari quidem poſſe dicitur obligatio uſusfructus *l.* 4 *de novationib.* alterum jus reale, id eſt, ut fructus ex re percipiat; quod in illo quidem radicatur, & ab eo profluit, ſed ab eo tamen diſtingui poteſt: quod duplici exemplo declarare ſoleo 1. heres factus ſemel perpetuo hæres manet, & tamen vendere hereditatem in univerſum poteſt, ut nihilominus vendita quoq; ea heres manere dicatur, propter jus quod ex aditione juxta inſtitutionem vel legem adquiſivit, ita ut creditoribus ſuperſit cōtra eum actio *l.* 2. *Cod. de hered. ven.* nec minus tamen omne jus quod in rebus heres habuit, transierit ad emptorem *l.* 2. *in pr. & paſſ. t. t. D. eod.* ita ut obtineat vicem heredis *d. l.* 2 §. *cum quis* 18. Deinde creditori obligationes & actiones quæſitæ omnino, & ut loquuntur DD. oſſibus ejus inhærent: & tamen poteſt actiones ſuas mandare, donare, vendere, legare, ut jus ipſum nihilominus perſonale ex obligatione quæſitum apud ipſum maneat, quod & exercere poteſt *l.* 3. *C. de nov* ut tamen v. c. qui emit, utiles actiones movere in debitorem poſſit *l. ſi cum* 16. *de pactis.* Ad hunc modum fructuarius hoc agere nullo modo poteſt, aut efficere per quemcunq; titulum, ut totum jus à ſe abeat, & loco ejus novus fructuarius conſtituatur: & in dubio, nec hoc egiſſe cenſetur, verum ubi conditio tituli & cauſæ hoc patitur, tantum transferre voluiſſe jus utendi re, ſalvo manente penes ſe jure perſonali, ita ut ex perſona quoq; ejus, morte & capitis diminutione finiatur uſusfructus, non v. c. ejus qui emit uſumfructum jam conſtitutum. Doctores dicunt, nudam tantum fruendi commoditatē venditam: ſed nimis parum dicunt cum textus ita loquantur, ut uſumfructum & imo ipſum jus utendi fruendi vendi vel locari aut donari adfirment, ut hoc ipſo §. *& l. non utitur* 38. *de uſufr.* 18 § *ult de peric. & comm. rei vend.* 1 aq; ad hunc modū diſtinguere ego malo. Ceſſio autem in jure talis modus eſt, per quē neceſſario omne jus abit à redēte juxta dicta *ad* §. *pen. t. præc.* hoc ſaltem addo, non obſtare *l. quod noſtrum* 63. *de uſuf.* non tam quod verbum *cedere* latius quoque ſumi poteſt; quam potius quod ibi non agitur de transferendo uſufructu formali jam conſtituto, ſed de uſufructu per ſeparationem à proprietate primum conſtituendo. Atq; hoc primū eſt; quod plus habet fructuarius, quod jus ſuum in alium quoque transferre poteſt. Alterum eſt in ipſā re, quod uſuarius licet ipſe utatur, non tamen omne emolumentum rei percipit: & in primis tantum utitur ad uſum quotidianum, & ad neceſſitatem, non etiā ad compendium *l. plenum* 12 §. 1. *h t.* Qui tamē uſus facit, ut ei in fundo morari liceat *h.* §. *& l.* 11. *h. t.* adeo ut & dominum eo venire prohibere poſſit, præterquam ad fructus ſuo tempore percipiendos *l. ſi habitatio* 10. §. *ult. & l. plenum* 12. *in pr. h t.* ut appareat quodammodo poſſeſſionem rei penes uſuarium eſſe, licet non veram: propter quod tantum dicitur uſuarius *morari* poſſe in fundo *hoc* §. *& l. ing. eo D. eod.* Hæc differentię ita obtinent in vero uſufructu & uſu: nam in quaſi uſufructu non eſt differentia; & qui uſum pecuniæ vel vini legatum habet, tantum habet ac cui uſusfructus legatus eſt, *l. hoc SCtum* 5. §. *ult de uſufr. ear. rer. & c. l. quoniam* 10. §. 1. *eod.*

§.1.*eod.* Sed & alio caſu aliquando in uſu ineſt fru-
a ctus, propter qualitatem objecti, veluti † ſi ſylvæ uſus legatus ſit *l. pen. de uſu & habit.* forte quod ſylva habet tantum unius generis fructus, & eos omnes naturales; & proinde non eſt neceſſarium, ut cum gloſſ. & Dd. eum locum reſtringamus ad ſylvam remotam. Et hactenus ſcilicet cenſetur habere fructum, non autem ut etiam in ceteris omnino jure fructuarii utatur. Ea tamen dicitur ibi vendere etiam licere ligna uſuario: at utique poſſit uti lignis ad ſui & familiæ uſum & neceſſitatem. Hoc ſane movit ad jam d. interpretationem Doctores. An forte ſylvæ in hoc habentur ut ex lignis venditis utilitatem paſcemus; & in locis calidioribus leviculum fit, quod pro uſu familię ex lignis utilitatis capiatur.

TEXTUS.

Item is, qui ædium uſum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipſe tantum inhabitet: nec jus ad alium poteſt transferre: & vix receptum eſſe videtur, ut hoſpitem ei recipere liceat, & cum uxore liberiſque ſuis, item libertis, nec non perſonis aliis liberis, quibus non minus quam ſervis utitur, habitandi jus habeat. Et convenienter, ſi ad mulierem uſus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat. Item is, ad quem ſervi uſus pertinet, ipſe tantum opera atq; miniſterio ejus uti poteſt: ad aliũ vero nullo modo jus ſuum transferre ei conceſſum eſt. Idem ſcilicet & in jumento juris eſt. Sed & ſi pecorum uſus ſit legatus, vel ovium, neque lacte, neque agnis, neq; lana utetur uſurarius quia ea in fructu ſunt. Plane pecoribus ad ſtercorandum agrum ſuum uti poteſt.

COMMENTARIUS,

1 *Quid ſit in uſu fundi.*

1 EXemplis illuſtratur, quid in quaque re juris † uſuarius habeat. De uſu fundi tractatur in §. *prae.* quod cõnexionis gratia hic videamus. Et juxta *d.* §. qui uſum fundi habet, oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis ad uſum quotidianũ utetur: Frumentis quæ ex fundo naſcuntur non utetur, quoniam hæc fundos non producit ſua ſpõte, ſed proveniunt ea ſumptibus & opera proprietarii, neque æquum eſt aliquid uſuarium ex iis capere, in quæ ſumptum alius fecit. Fructuarius ſcilicet ipſe fundum omnino colit & conſerit opera & impenſis ſuis; ſed uſuarius jus colendi fundi nec habet: ut patet ex *d.* §.1. *h. t. & l. inque* 11. *D. eod.* quib. locis dicitur uſuariũ non poſſe impedimento eſſe iis, per quos ruſtica opera fiunt, & in *l.* 12. *in pr. eod. tit.* cogitur admittere, ut proprietarius veniat ad colligendos fructus, & per id tempus ibi habitet. Hæc eſt meri juris ratio: æquitatis & humanitatis eſt, quod frequentius admiſerunt JCti, juxta *d. l.* 12. §. 1. ut etiam ex frumentis ad neceſſarium uſum familię ſumere uſuarius poſſit. Ex quo liquet calumnia Hottomanni, qui accuſat ridiculam ſtultitiam (ita loquitur) Triboniani, quod hic improbatam Nervæ ſententiam retulerit. Etenim ut dixi, proponitur hic quid mera juris ratio tribuit uſuario, & quidem iiſdem verbis, quibus in *d. l.* 11. §. 1. proponitur ſentẽtia eorum, qui ex æquitate aliquid amplius tribuerunt uſuario: quæ adjectio ex eo. undem ſententia in *verſ. ſeq.* adjicitur: ex quo *verſ. hic* §. ſupplendus eſt: non autem calumniandus Tribonianus. Et ipſe Hottomann. amplius aliud addit ad *d.* §. 1. & putat uſuarium teneri ut præſtet proprietario partem impenſarum; quod ut humanitatis & æquitatis videtur, ita nuſquam ſcriptum eſt: Nec magis calumniandus hic eſt Trib. quam in §. 4. *h. t.* ubi negat lacte pecorum poſſe uti uſuarium; cum tamen in *d. l.* 12 §. 2. indulgeatur ei ut modico lacte utatur, quod itidem ad *d.* §. 4 addi oportet.

De uſu ædium agitur in §. 2. & tum quod non poſſit uſus ille ad alium transferri *l* 8. *h. t.* tum quid uſu illo contineatur, & quis præter ipſum uſurarium in ædibus habitari poſſit; ex *l.* 2. §. 1 *l* 3. 4. & 5. 6. 7 & 8. *h. t.* Hoſpes hic nõ ſignificat peregrinum, qui in caupona publica recipitur, ſed ad eos pertinet appellatio, quibus more veterum ex ſingulari amicitia, jus mutuum privat hoſpitii erat: Illud tamen notandum, non poſſe locari ædes ab uſuario, ita ut penitus totæ locentur; ceterum ſi & ipſe habitet, inquilinum recipere poteſt, ut docet *l.* 2. *inf.* & *l. ceterum* 4 *h. t.*

In §. 3. agitur de uſu ſervi; & rurſus, quod ad alium transferri uſus non poſſit; tum quid uſu ſervi contineatur; ſcilicet, ut utatur ejus opera & miniſterio: itaque ex re ejus uſuarius non adquiret,

hoc enim in fructu ſervi eſt §. *de iis 4. inf. tit. 9.* & proinde *in §. 2. inf. lib. 3. per quas perſ. obl. adq.* verba, *vel uſum*, ſunt expungenda, ut ibi dicemus.

Denique in §. 4. agitur, de uſu pecorum, quem locum paulo ante dixi ſupplendum ex *l. 12. §. 2. h. t.* ubi modico lacte, ut uſuarius utatur, permittitur.

Ait *pecorum vel ovium.*] Atquin oves haud dubie pecorum vel pecudum appellatione continentur. Adeo fatendum eſt hoc paulo negligentius dictum, aut cum Hott. & Cujac. legendum eſt, *velut ovium*, ut & in terminis in *l. 12. §. 2. h. t.* Et ita Theophilus, οἷον προβάτων. Facetus hic eſt Pacius, poſt Mynſ. qui defendit vulgatam lectionem his verbis; quamquam inquit, oves ſint ſpecies pecorum non propterea tamen legatum ovium eſt ſpecies legati pecorum; perinde ac ſi quis dicat: quamvis juſtitia ſit ſpecies virtutis, nō tamen propterea qui juſtitiam habet, ſpeciem virtutis habet; quo quid ſtultius & puerile magis? Imo vero ſi oves ſunt ſpecies pecoris, neceſſariū plane conſequens eſt; ut legatum ovium ſit ſpecies legati pecorum, & qui aliud ſentit, cum nec quid ſpecies nec quid genus ſit, ſcire & omnino ipſum pecudem eſſe oportet.

TEXTUS.

Sed ſi cui habitatio legata, ſive aliquo modo conſtituta ſit, neq; uſus videtur, neq; uſusfructus, ſed quaſi proprium aliquod jus: quamquam habitationem habentibus propter rerum utilitatem ſecundum Marcelli ſententiā noſtra deciſione promulgata permiſimus, non ſolum in ea degere, ſed etiam aliis locare.

COMMENTARIUS.

ULpianus in *l. ſi habitatio* 10. *h. t.* effectu idem ait eſſe legatum uſus ædium & habitationis; ſed addit particulam *pene*: ſed ea forte à Triboniano eſt, qui in *l. 13. C. de uſuf.* jus locādi cōceſſit, ut hic refertur; nam effectus eſt in modo utendi, non obſcure a. Ulp. negat jus concedendi alteri: Ad effectū autem non pertinet. quod ſubjicitur in *d. l. 10 in f. pr.* non amitti nō utendo, nec capitis diminutione; quod in uſu ſecus eſt. Quod, procul dubio ad minimam capitis diminutionē cum pertineat, rurſus arguit ſocordiam compilatorum qui hæc reliquerunt, cum tamen media tantum & maxima capitis diminutione perire hæc jura ſanciſſet *Juſtin. §. pen. tit. prac.* ubi dixi. Rationem autem cur habitatio nō pereat capitis diminutione, reddit JCtus in *l. pen. de cap. dimin.* quod habitatio non tam in jure quam in facto conſiſtat; forte quod ea quę in facto conſiſtunt, inhærent plane perſonis, nec tranſeunt omnino ad alios, nec eos in quorū poteſtate ſumus *arg. §. 2. in f. de ſtip ſerv.* & hinc enim ſupra deduximus rationem, quare olim per arrogationem uſusfructus interierit. Hinc & quia in pluribus factis conſiſtit habitatio, fit, ut non finiatur per non uſum, quomodo nec quod ſingulos annos eſt relictū *d. l. pen. de cap min.* Et tamen utique non ſignificat purum factum ſed jus habitandi, cujus nomine etiam actio competit *l. 1. §. 1. commod. l. ſi grat. 17. in pr. de praſcr. verb.* Itaque inepta eſt ratio Weſembec. cur locari poſſit habitatio, quia quod quis per aliū facit ipſe facere videatur: nam & olim facti dicebatur habitatio, nec locari poterat: & etiam quæ juris ſunt, per alium fieri poſſunt; quomodo fructuarius ex hac cauſa dicitur jus ſuum in alios trāſferre poſſe *l. non utitur 38. cum ſeqq. de uſufr.* Hodie cum locari poſſit habitatio, putarim etiam donari poſſe, quod olim non licebat *d. l. 10 h. t.* licet diſſentiat Weſembec. ex inepta ratione, quod non omnino poſſit alienari, quia ſit ſervitus perſonalis: ita enim nec uſusfructus donari poſſet; quod falſum eſt, & quomodo hæc dicantur tranſire in alios, explicavimus ad §. 1. *h. t.* Commodari tamen olim potuiſſe eſt in *l. 1 commod* quia hoc tantum fit ad tempus; & ego tamen, iſtum locum magis acceperim non de habitatione conſtituta alicui; ſed de habitatione per commodatum de novo conſtituenda, & ita ceſſabit dubitatio & admiratio Hott. cur habitatio commodari potuerit, non uſus ædium: Etenim negabo olim habitationem jam conſtitutam commodari potuiſſe.

Ait Juſtinianus:

Quamquam habitationem.] Mallē dixiſſet, *& ideo &c.* quoniam quod habitatio proprium jus eſt & ſeparatum ab uſu, ut in *pr.* §. requirebat, ut in ea aliquando plus eſſet quam in uſu, qui locari non poteſt, (cujus rei ineptam penitus rationem hic reddit Weſemb. quod ſit jus perſonale, & ideo nō ceſſibile: ita enim nec uſusfructus poſſet locari; quod perſpicue falſum eſt. Sed ut ad §. 1. *h. t.* explicavimus, non transfertur penitus totum jus, ſed tantum jure utendi, & quaſi ex perſona fructuarii: itaq; niſi aliud obſtaret, uſus quoque locari poſſet, & ſcilicet

licet uſus ad victus neceſſitatem tantum pertineat: alius autem alio pluribus eget, veluti ſi familiam habeat copioſiorem.) Aut an forte ideo hoc dixit, quod jus locandi videatur tantum competere fructuario ædium; & conceſſo jure locandi, parum differet ab uſuſructu ædiũ: niſi quod fructuarius procul dubio jus ſuum etiam vendere, donare, & in perpetuum, & quandiu ſcil. illud apud ſe duraturum eſſet, transferre in alium poteſt, videtur habitatio & differre hactenus ab uſu, q̃ hic latius patet, & etiã nõ habitando ſed aliqua ibi reſpondeo ædibus uti poſſumus: qua de cauſa forte *Vlp. in d. l. 10. h. t.* adjecit particulam *pene*.

Propter rerum utilitatem.] Nulla videtur hæc ratio; aut eadem debebat & poterat ſuadere, ut uſus ædium locari poſſet.

Secundum Marcelli ſententiam.] Ea non extat: ex quo Pacius notat, integra non eſſe veterum prudentum reſponſa. Utique nos tantum fragmenta habere conſtat. Non puto autem recte inde inferri, quod pandectæ uti ſunt compoſitæ, ſint mancæ: potuit enim Tribonianus allegare Marcelli ſententiam quam in Pandectas non retulerat.

TEXTUS.

Hæc de ſervitutibus, & uſuſructu & uſu, & habitatione dixiſſe ſufficiat. De hereditatib. autem & obligationibus, ſuis locis proponemus. Expoſuimus ſummatim, quibus modis jure gentium res adquirantur: modo videamus, quibus modis legitimo & civili jure adquiruntur.

COMMENTARIUS.

TRanſitio eſt ad tractatum ſeq. Ait: *Hæc de ſervitutibus.*] Reſpicit ad *t. 2. ſup. de rebus corporalib. & incorpor.* quo hæc incorporalia & jura propoſuerat, hereditatem, obligationem, uſumfructum, & ſervitutes reales. Cum de poſterioribus duobus tantum egiſſet, ne cui videtur quid omiſiſſe, monet ſe de prioribus duobus acturum ſuis locis.

Et uſuſructu.] Equidem & uſus fructus † ſervitus eſt; ſed quoniam *d. tit.* diſtinctionem nominaverat uſumfructum & ſervitutes prædiorum, ideo nomimine ſervitutum has tantum intelligit.

Expoſuimus ſummatim.] Puto hoc referendum eſſe ad *tit. 1. huius libr.* quo actum eſt de modis adquirendi juris gentium: de ſervitutibus, occaſione arrepta ex *tit. 2.* hactenus tractatum eſt. Et tamen cauſæ adquirendi, ex teſtamento & conventionibus ſunt Juris gentium: traditio ficta eſt civilis; & ipſa ſæpe ratio uſus & uſusfructus à proprietate, & prædiorum ſervitutes, forte aliquid ſapiunt poſitivi. Hic autem rurſus more ſuo injurius in Tribonianum eſt Hottom. Ait hæc per incuriam deſcripta ex eo, qui poſt hæc tractaturus erat de modis adquirendi ex jure Quiritum, mancipatione quoque & in jure ceſſione: quæ tamen antiquarit Juſtin. Vaniſſima conjectura: & ut maxime ita eſſet, ſatis eſt tamen aliqua, per hanc clauſulam conjungi ſeqq. cum præmiſſis; & continuatio propoſita in *§. ult. inſ. tit. 9.* docet non ab aliud cogitante, ſed ſciente prudenteque Triboniano, iſtud quoque hoc §. adjectum fuiſſe.

AD TITULUM VI. LIBRI SECUNDI INſtitutionum.

DE VSVCAPIONIBVS ET LONgi temporis præſcriptionibus.

1 *Deſenſa vulgata inſcriptio.*
2 *Quid præſcriptio.*
3 *Quid παραγραφὴ.*

1 LAbuntur qui mutant † inſcriptionem & pro *præſcriptionibus* malunt, *poſſeſſionibus*. Hottom. Pac. Conr. Welemb. Cujac. Confertur enim uſucapio recte cum præſcriptione, ut ex his apparebit, quæ mox dicemus: vitioſe autem confertur cũ poſſeſſione; & uſucapio ſcilicet adquiſitio eſt, poſſeſſio nullo modo adquiſitio eſt, ſed aliis concurrẽtibus, uſucapionis ſicut & præſcriptionis cauſa. Ita in *l. qui alienam 54. in pr. de evict. poſt longi temporis præſcriptionem vel uſucapionem*, & in *§. pen. inſ. infr. per quas perſ. adq. uſucapionem aut longi temporis præſcriptionem.* quæ loca apertiſſime confirmant receptiſſimam inſcriptionem. Faciemus autem in gratiam eorum, qui politioris Juriſprudentiæ & humanioris quoque literaturæ ſunt ſtudioſi, ut quid præſcriptio † ſit, & unde ita dicta, ex fontibus eruamus. 2

amus. Eſt titulus, *lib.* 44. *Digeſt. de exceptionibus, præſcriptionibus* &c. ut præſcriptionem, exceptionis ſpeciem eſſe, aut aliquid cum ea commune habere oporteat; & hoc apud omnes pene inconfeſſo eſt: Theophilus reddidit περὶ παραγραφῆς, quod eſt iñ Inſtit. *lib.* 4. *De exceptionibus*, & idem toto eo tit. & alibi paſſim, ubi exceptionis mentio fit παραγραφὴν tranſtulit. Hoc ſenſu dicitur præſcriptio in factum, *pen. de except.* quæ eadem in factum exceptio *l. Julianus* 14 *de except.* præſcriptio peremptoria, idem quod exceptio *l. præſumptionem* 8. *Cod. de except.* & præſcriptio fori *l. ult. Cod. eod.* ſed quæ appellationis ratio? Gothofr. ad *l.* 14. *de except.* putat, id nomen eſſe proprium exceptionum in factum, & inde ita has dictas, quod cum nomen certum non haberent, longa oratione præſcriptis verbis proponebantur. Sed utique generalius hoc verbum eſſe jure noſtro dd. textus oſtendunt; & illud de longa oratione præſcribenda exceptione in factum, divinatorium, imo commentum eſt; tam præcipue hanc ſententiam confutat, quod evidenter demonſtratur, præſcriptionis verbum Romanos accepiſſe à Græcis, non autem præſcriptionem Romanis dictam, Græcos primum & v. c.
3 Theophilum ita tranſtuliſſe ut † diceret παραγραφήν. Repetam hoc paulo altius & latius ex Græcis Grammaticis, & in primis ex principe Græcorum oratore Demoſthene. Sane verbum παραγραφῆς non unam habet ſignificationem, & etiam ſignificat adſcriptionem, & annotationem, unde paragraphi vel paragraphæ noſtræ: ſed inter alia etiam Græcis uſurpari pro exceptione & objectione qua utitur reus, hoc oſtendunt. Et hoc ſenſu Suidas παραγραφή, ὅταν λέγῃ τις τὸ πρᾶγμα περὶ οὗ τὸ ἔγκλημα ἐστι, ὅτι εἰσήχθη πρότερον εἰς δικαστήριον, καὶ γεγένηται, περὶ αὐτοῦ γνῶσις· καὶ διὰ τοῦτό φησι, μὴ δεῖν ἔτι περὶ αὐτοῦ συνίστασθαι κρίσιν· μάλιστα δὲ τοὺς νόμους ἀναγινώσκειν τοῖς δικασταῖς, οἳ πλεονάκις δικάζεσθαι περὶ τῶν αὐτῶν οὐ συγχωροῦσι. Paragraphe (dicitur) quando quis dicit, rem ſive negotium, ſuper quo poſtulatur; prius in judicium deductum fuiſſe, & de eo factam eſſe cognitionem: & propterea dicit, non oportere itẽ ũ de eo conſtitui judicium, ſed magis leges à judicibus legi, quæ ſæpius de iiſdem judicare non concedunt. Habemus exceptionem ſive præſcriptionem rei judicatæ: & ita prorſus ille apud Teren. in Phormione:

At tu qui ſapiens es, magiſtratus adi,
Judicium de eadem cauſa iterum ut reddant ſibi.
Quandoquidem ſolus regnas, & ſoli licet
Hic de eadem cauſa bis judicium adipiſcier:

Et nimirum exempli cauſa hanc præſcriptionem ſive exceptionem propoſuiſſe intelligendus eſt Suidas; omnino enim plures exceptiones comprehendit verbum παραγραφή. Elegans locus, qui hoc docet, apud Ulpianum in comment. in orat. Demoſth. contra Midiam. παραγραφή, (inquit) ἄλλη εἰσβολῆς πρόφασις, ἢ πρόσωπον παραγραφόμενον ἢ χρόνον, id eſt: παραγραφή alia cauſa, vel prætextus excludendi judicii: præſcribens (excipiens, ut Wolfius vertit,) vel perſonam vel tempus, id mox explicat: πολλάκις γὰρ οἱ ἀντίδικοι παρεγράφοντο· οὐ πρὸς διαιτητὴν κρίνεσθαι δεῖ, ἀλλὰ πρὸς ἄρχοντας, ἢ θεσμοθέτας· οὐ δεῖ σε κατηγορεῖν, ἀλλ' ἕτερον· οὐ νῦν ἀλλ' αὖθις, καὶ τὰ τοιαῦτα. Sæpe adverſarii præſcribebant, non apud arbitrum ſibi dicendam cauſam, ſed apud prætorem, aut Theſmothetas: (qui erant ſex viri) non decere te accuſare, ſed aliũ: non nunc, ſed alio tẽpore, & ſi qua ſunt hujus generis alia. Ex quibus παραγραφῆς verbo appatet Ulpianum intelligere exceptiones dilatorias, quæ ſumuntur vel à tempore, quod ante diem quis agit; vel à perſonis, & vel judice vel actore, quæ vocantur exceptiones declinatoriæ fori. Et ſi conjungamus locum ex Suida, præſcriptio erit ejuſmodi objectio, qua quis negat ſe teneri reſpondere actioni, & hoc duplici de cauſa, 1. quod licet ſit obligatus, tamen non teneatur jam vel huic vel apud hunc reſpondere 2. quod nullo modo teneatur reſpondere, veluti ſi objiciat exceptionem rei judicatæ: quam etiam noſtri ICti cum quibuſdam aliis veluti tranſactionis, præſcriptionis, appellant privilegiatam, quæ poſſit opponi quoque ante litem conteſtatam, & probatam ſtatim repellat actorem à limine judicii: Ita enim Pollux *libr.* 8. *cap.* περὶ δικαστικῶν ὀνομάτων παραγραφὴ ἦν, ὅταν τις μὴ εἰσαγώγιμον λέγῃ εἶναι τὴν δίκην, ἢ ὡς κεκριμένος, ἢ ὡς ἀφειμένος, ἢ ὡς τῶν χρόνων ἐξηκόντων: Et ibidem (eſt autem locus mutilus aut corruptus) παραγραφὴν habere locum ubi quis non commoda actione, vel apud non competentem judicem experitur. Atque ita in παραγραφῇ erit præſcriptio qua quis negat competere actionem, ut utique ſe non teneri reſpõdere dicit; eſt exceptio non competentis actionis, vel omnino, vel quod ea et quæ jam non ſit recipienda: cum reus contendit τὴν δίκην μὴ εἶναι εἰσαγώγιμον. Demoſt. in exceptione adverſus Zenonem: ſtatim in princip. παραγεγραμμένος μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι τὴν δίκην, actionem non poſſe deduci in judicium: & in ſeq. oratione (quæ etiam παραγραφὴ dicitur)

dicitur) adverſus Apaturium in pr. *παραγραψάμενον τὴν δίκην μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι.* Eſt autem ibi exceptio tranſactionis, quæ etiam à noſtris refertur inter privilegiatas. Interpres omnibus illis locis *παραγραφὴν* vertit exceptionem: & omnino per *παραγραφὴν* excluſam fuiſſe actionem, apertiſſimum eſt, & docet locus ſupra ex Ulpiano citatus, ubi *παραγραφὴν* appellat *ἀντίφασιν εἰσβολῆς*. Videndum ſaltem, quæ ratio appellationis, & cur exceptiones illæ & excluſiones actionis appellatæ fuerint *παραγραφαί*: Et ignoſcendum mihi fuerit, ſi ignorare me profitear, quod à nullo didici: quod præfert in antiquitatis Reipub. Athenienſium ego perſcrutatus numquam fuerim, & forte eas quoque pervestigare non in proclivi; nec Sigonius qui ex profeſſo de Repub. Athenienſ. ſcripſit, hic aliquid juvat. *γραφὴν* pro accuſatione aut actione uſurpari, in confeſſo eſt, & *γράφειν* ſimpliciter pro *accuſare* uſurpari, vel *pro agere* aliquando *γράφειν δίκην*, non eſt dubium; unde illud tritiſſimum dicam ſcribere vel impingere; quoniam in ſcriptura actiones in judicium deducebantur, unde *ἀντιγραφὴ* Polluci *d. loco.* pro contraria actione, quam nos reconventionem dicimus. An igitur *παραγραφὴ* dicta quaſi *παρὰ τὴν γραφὴν*, quod reus, qui utebatur *παραγραφῇ* non recta congrediebatur cum adverſario, ſed declinabat judicium, & actionem ei competere negabat, ut jam oſtendimus. Probatur hoc ex eodem Demoſthene, in orat. in Stephanum, ſtatim poſt princ. *διὰ τὸ παραγεγράφθαι εἰσαγώγιμον μὴ εὐθυδικίᾳ εἰσιέναι*, quia præſcriptio erat, & non recto judicio congrediebatur: & in orat. adverſus Phormionem, *εὐθυδικίαν εἰσιόντα*. Ita apparet *εὐθυδικίαν* fuiſſe rectam actionis depulſionem, cum reus pedem conferret cum actore, & juſtitiam cauſæ defenderet, non aliqua declinatoria exceptione utebatur: quod qui faciebat *παραγράφεσθαι* dicebatur. Et hinc ubi reus non certabat *εὐθυδικίᾳ* ſed actori negabat competere actionem (& hinc etiam forte appellatio hæc deduci poſſit) ipſe prior dicebat; ut docet Demoſthen. de orat. in Stephanum, *προλαβὼν δέ μου, ὥστε πρότερον λέγειν διὰ τὸ παραγεγράφθαι εἶναι*, &c. Secundum hæc verum non videtur, quod Cujacius ſcribit 18. *obſerv.* 34. inter translationem & præſcriptionem apud Rhetores idem diſcrimen eſſe, quod apud Juriſconſultos inter exceptionem dilatoriam & peremptoriam; & adducit locum Curii Fortunatiani: *quid intereſt inter præſcriptionem & translationem, quam quod præſcriptio excludit actionem, translatio autem differt.* Et quidem quandam *παραγραφὴν*, excludere actionem verum eſt, veluti rei judicatæ tranſactionis, quæ ſtatim repellit à limine judicii; ſed quod omnis exceptio excludens actionem fuerit dicta *παραγραφὴ* falſum eſt; & magis falſum, quod exceptiones dilatoriæ, non fuerint dictæ *παραγραφαί* cujus contrarium ſupra ex Ulpiano demonſtravimus; ut oporteat Latinos Rhetores aliter verbum præſcriptionis uſurpaſſe: nam ea ſententia Curii nec LL. noſtris convenit, quibus exceptio fori præſcriptio dicitur, *l. ultim. C de except.* Sed jam propius ad rem noſtram & ad jus Romanum redeamus, cum præſcriptio proprie eſſet exceptio dilatoria & declinatoria, vel etiam privilegiata, quæ protinus repelleret actorem, & impediebat litis conteſtationem, facile poſt fieri potuit, ut latius uſurparetur id verbum, & etiam pro quavis exceptione, cui etiam poſt litem conteſtatam demum locus eſſet, arg. *l* 8. *C. de except.* Exceptionem plane temporis recte relatum quoque fuit hoc verbum, quod ex ſupra citato loco Pollucis probatur: nam & illa privilegiata perhibetur, ubi ſcilicet objicitur, actionem tempore excluſam & ita effectu utique finitam eſſe: ſed quare jure noſtro vel maxime temporis exceptio dicatur præſcriptio, non ſatis facile dixero. Ita enim ſe rem habere argumento eſt, quod inde paulatim fieri cœptum eſt, ut ipſa adquiſitio rei præſcriptio appellaretur. An forte, quoniam in provinciis actiones reales pro rebus immobilibus, quarum uſucapio non erat, ſola temporis exceptione excludebantur. Et ipſam acquiſitionem appellatam præſcriptionem docent textus in *l. 5. C fin. regund. § pen. inſt. per quas perſ. adquirat l. ei à quo 21. h. t. l. quia tenatio 54. in princip. de evict. l. ſi duo 13. § 1. de jurejuran.* & rurſus poſt talem adquiſitionem & lapſum temporis 10. vel 20. annorum, olim quoque non tantum poſſidenti exceptionem, ſed etiam amiſſa poſſeſſione actionem competiiſſe utilem, & ratio ſuadet, quod alias, cum poſſeſſio ſit res fragilis, quæ facile amittatur, exiguus plane hujus adquiſitionis fuiſſet effectus, & probant textus in *leg. ſi quis 10. ſi ſervit. vindic. l. ſi duo 13. § 1. de jurejuran. l. ſi quis 8. in princip. Codic. de præſcr. 30. annor.* Hæc ita de natura præſcriptionis, & unde appellata præfari viſum fuit; jam textum noſtrum videamus.

***

TEXTUS

Digitized by Google

TEXTUS.

1. Jure civili conſtitutum fuerat, ut qui bona fide, ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum eſſe, rem emerit vel ex donatione, aliave quavis juſta cauſa acceperit, is eam rem ſi mobilis erat, anno utique uno; ſi immobilis, biennio tantum in ſolo Italico uſucaperet: ne rerum dominia in incerto eſſent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus dominis ſufficere ad inquirendas res ſuas præfata tempora, nobis melior ſententia reſedit, ne domini maturius ſuis rebus defraudentur: neque certo loco beneficium hoc concludatur; & ideo conſtitutionē ſuper hoc promulgavimus, qua cautum eſt, ut res mobiles quidem per triennium, immobiles vero per longi temporis poſſeſſionem, id eſt inter præſentes decennio, inter abſentes, viginti annis uſucapiantur, & his modis non ſolum in Italia, ſed etiam in omni terra, quæ noſtro imperio gubernatur, dominia rerum juſta cauſa poſſeſſionis præcedente, adquiruntur,

COMMENTARIUS.

1 *Vſucapionis cauſa & finis.*
2 *An uſucapio ſit iniqua.*
3 *Bona fides: & quo tempore requiratur.*
4 *Italicum ſolum quod.*

AIT, *Iure civili conſtitutum erat.*] Eſt enim hic modus adquirendi ex 12. tabb. Cujus veſtigia ap. Cicer. in Topicis, *uſus autoritas fundi bienniū eſt:* & pro Cecinna. Fundus, inquit à patre relinqui poteſt; at, uſucapio fundi hoc eſt, finis ſolicitudinis ac periculi litium, non à patre relinquitur, ſed à legibus; aquæductus, hauſtus, iter, actus, à patre, ſed rata autoritas harum rerum omnium à jure civili ſumitur. Hæc Cicero: & Lex igitur etiam hactenus qua uſucapionem introduxit, facit ratas autoritate ſua poſſeſſiones rerum quas quis anno, vel biennio pro ſuis poſſedit. Ex hoc fonte igitur & L. 12. tabb. eſt ipſa uſucapio; ſed qualis hoc loco deſcribitur non poteſt referri ad L. 12. tabb. videlicet, ut inter loca Italici ſoli & provincias diſtinguatur; quoniam quo tempore L. 12. tabularum primum ſancita fuit, pedem extra Italiam Romani non habuerunt: imo tum anguſtis adhuc valde finib. intra Italiam imperium Romanum continebatur, ſed iſta ICtorū poſt diſputationibus, aut conſtitutionibus Impp. adjecta & diſpoſita fuerunt. An autem iſtum modum adquirendi Decemviri ipſi invenerint, an à Græcis quoque ut alia acceperint, non multum ad rem facit; nec enim propterea non erit Juris civilis; qualia pleraque etiam Athenienſium placita fuerunt. Meminit hujus adquirendi modi Plato *libr.* 12. *de LL.* & ille quidem vixit & ſcripſit poſt jam pridem & circiter 50. annis latas LL. 12. tabularum, ſed procul dubio ex aliis Græcorum LL. iſta Reipubl. ſuæ inſeruit. Ratio hujus juris & introdu-
ductæ † uſucapionis proponitur hoc etiam loco, 1
Ne rerum dominia in incerto eſſent, quod ad publicum bonum pertinere ſcribit ICtus in *l.* 1. *h. t.* ut tandem ſit finis litium & controverſiarum, *l. fin. in pr. pro ſuo.* qua de cauſa Cicero loco paulo ante citato, uſucapionem vocat ſollicitudinis & periculi finem. Hæc cauſa movit legem, ut certa tempora huic adquiſitioni præfigeret, intra quæ dominus poſſet vindicare & ſibi aſſerere rem ſuam: Ex
quo alia ratio; quæ ab injuſtitia † vindicat hanc di- 2
ſpoſitionem, præſumpta negligentia domini: unde in *l. alienationis* 28. *de V S.* fingitur alienare, qui patiatur uſucapi; præſumit ita lex, & ſimul ita excidat juxta & caſtigat dominos, ut docet hic locus, quod veteres exiſtimarint ſufficere hæc tempora dominis ad inquirendas res ſuas; Ceteroquin etiam contra eum qui ignoravit rem ſuam ab alio poſſideri, cujus ignorantiæ multæ poſſunt eſſe probabiles cauſæ, currit uſucapio, (nam in ſciente ſtulta eſſet dubitatio) *l. ultim. Codic. de præſcr. long. tempor. l. un. Cod. de uſucap. transf.* Sed quod ibi iniquitas occurrit, compenſatur conſideratione boni publici; & habet locum hic illud Taciti. Habet aliquod ex iniquo omne magnum exemplum; quod contra ſingulos utilitate publica rependitur. Ex quo reſpondendū eſt iis, qui iniquitatis arguunt uſucapionum jura; quæ ipſe Juſtin. iniquum & impium præſidium videtur appellare in *N.* 9. Sed quatenus præcipue contra Eccleſias objiciuntur. Et tamen ſi juris veteris diſpoſitionem cogitamus, vix videtur ab ini-

quitate

quitate excuſari poſſe, ut tam brevi temporis ſpacio, dominus res ſuas, & v. c. fundos vel ædes maximi precii amittat. Idq; atteſtatur Juſtin. dum hic ait, ita maturius dominos *defraudatos* fuiſſe rebus ſuis, & hanc reddit rationem ob quam jus vetus mutaverit; fraus autem non eſt ſine iniquitate; & apertius in *l. un. C. de uſucap. transform.* nihil in humanius eſſe ait, quam ut quis abſens & neſciens tam brevi tempore ſuis poſſeſſionibus cadat. Huic iniquitati tollendæ longiora tempora ſtatuit Juſtinian. juxta hunc §. tanto enim minus habet, quod conſequatur dominus; imo non habet quod queratur, ſi decurſo tanti temporis ſpacio tandem poſſeſſor redditur tutus: Jam verba textus perluſtremus.

3 *Bona fide.*] Primum iſtud eſt † requiſitum uſucapionis, ut quis putet eum à quo rem accepit, eſſe dominum, atque adeo ſe quoque dominum effectum; qui enim opinione domini poſſidet, is hoc loco bona fide poſſidere dicitur *l. bona 109. de R. I. l. qui à 27. de contr. empt.* hanc n. opinionem habet, qui putat eum qui vendidit eſſe dominum, vel domini mandatu v. c. vendidiſſe *d. l. 109.* & *l. ult. pro empt.* ubi hinc æſtimatur bona fides, ſicut & in *pr. h. t.* & *§. ſi quis à non 36. ſup. de rer. diviſ.* Bona fides requiritur tempore apprehenſæ poſſeſſionis, poſtea autem ſuperveniens mala fides non interrumpit uſucapionem *l. bona 48 § 1. de adq. rer. domin. l. un. C. de uſuc. transf.* In emptione oportet & contractus tempore adeſſe bonam fidem *l. pen. h. t. l. 2. in pr. pro empt.* Ratio differentiæ eſt, quod etiam rem quæ aliena eſt certo, & imo quæ tum apud alium eſt, poſſum v. c. ſtipulari *d. l. 2. in pr. l. ſi is 15. inf. h. t.* eaſpe ut poſt promittentis effecta mihi tradatur; ſed non ita emo rem alienam, quia protinus res empta tradenda eſt: Accedit, quod ex ſtipulatione transferendum eſt dominium: itaque jure puto promiſſorem ſatisfacere obligationi ſuæ, & rem à domino redemiſſe, quæ tempore ſtipulationis erat aliena; atquin venditor non tenetur transferre dominium; quam rationem notat Porcius hic: vulgata n. illa, à frequentia contractus nulla eſt. Et ita accipi *l. 10. in pr. h. t.* ut non ſufficiat tempus emptionis, ſed & traditionis tempore debeat adeſſe bona fides, oportet autem juſtam ita exiſtimandi cauſam eſſe, ut non interveniat error juris *l. 2. §. ſi à pupillo 15. de uſuc.* Error juris n. licet non ſoleat obeſſe ubi de amittenda re quæritur *l. iuris 7 cum l. ſeq. de iur. & fact. ign.* tamē prodeſſe non ſolet, nec poteſt adquirere volentibus *dd. text.* & utiq; uſucapioni eſt impedimento & titulum inhabilem facit *d. l. 2. §. 15. l. numquam 31. in pr. h. t.* Et iſta pertinent ad ſecundum requiſitum quod his ſignificatur in verbis.

Rem emerit, &c.] Non ſatis n. eſt putare accipientem eſſe dominum, niſi etiam ex juſta cauſa res transferatur, *l. diutina 4. C. de præſcrip. long. temp. l. nullo 24. C. de rei vind. Vulg. l. numquam 31. de adquir. rer. dom.* hactenus enim eadem dominii transferendi, & juris uſucapiendi ratio eſt: atqui nec dominium ſine juſta cauſa transfertur *d. l. numquam 31. in pr.* de quibus cauſis actum eſt *ſupr. tit. 1. §. per traditionem*: Illud enim nec dignum admonitione eſt, non ſufficere titulum commodati, aut depoſiti; quia iſta nec tituli nomen proprie merentur. Et oportet titulum vere interveniſſe, putativus non ſufficit, *l. Celſus 27. h. t.* idque eſt, quod dicitur in *§. error. in fr. h. t.* errorem falſæ cauſæ non parere uſucapionem: quod & ſcriptum eſt in *l. 1. pro donat. l. 6. pro derel. l. 2. & 3. pro legat. l. 1. § ult. pro dote*, niſi tamen quis juſtam habuerit putandi cauſam, ut docent textus in *l. leg. quod vulgo 11. pro empt. l. cum ſolus 29 h. t. l. non ſolum 33 §. 1 in fin & l. iuſto 44. §. filiusfam. 4. in fin.* ibi *non levi præſumptione. eod. l. 4. & 6. pro legato. l. ult. §. 1. pro ſuo*, ex quibus textibus, omnes textus modo citati ſunt limitandi.

Si mobilis, anno utique uno.] Ratio differentiæ inter res mobiles pendet à ſola qualitate præjudicii, quod regulariter minus eſt in rebus mobilibus, & minus amiſſione earum damnum dominus ſentit: Ceteroquin res mobiles cum occultari poſſint, difficiliorem inquiſitionem domino faciant: ut ſi hanc rationem ſequamur, longius tempus deſiderare videatur rerum mobilium uſucapio: & hanc rationem probat *Iaſon ad Porcium* hujus autem incerta ratio eſt, quod poſſeſſio rerum mobilium ſit nobilior. Et in rebus mobilibus nulla differentia fuit à loco, & in omnibus utique uſucapio in ſpecie dicta habuit locum; cujus rei ratio ex his quæ jam dicemus & immobilibus apparebit; utiq; enim cum mobilia non cohæreant ſolo, & de loco in locum transferantur, non poteſt in mobilibus diſtinctio ſumi à loco.

Immobilis in Italico ſolo.] Italicum ſolum proprie dicitur à loco, & vere hoc tantum Italicum † ſolum: ſed in provinciis fuerunt non quidem Italici 4
ſoli res, & prædia, ſed quæ habebant jus Italici ſoli, coloniæ & municipia etiam quædam, ut apparet ex *l. 1 de cenſib.* Ergo admittendum omnino eſt, in his quoque prædiis fuiſſe uſucapioni locum; in ceteris quæ non habebant Jus Italici ſoli, non fuiſſe

Digitized by Google

uſucapionem, ſed ſimilem quandam adquiſitionẽ, quam ad rubr. diximus appellatam fuiſſe præſcriptionem. Ratio patet ex iis quæ diximus ad §. *per traditionem ſupra de rerum diviſ.* quod ad populum Romanum jure quodam occupationis dominium directum illorum prædiorum pertinebat, (& hinc alia ratio mobilium rerum) in cujus quodammodo recognitionem poſſeſſores ſtipendia & tributa pẽdere cogebantur; ita ut fere tantum habere utile dominium (ut Doctores loquuntur,) viderentur. Itaque modis adquirendi domini ex jure Quiritium, quib. perfectum & Quiritarium dominium adquirebatur, veluti per mancipationem vel nexum hæc præda non transferebantur; & ob id nec qui ea bona fide poſſidebat, uſucapione eorum dominium quærebat. Rationis tamẽ erat, ut quale dominium in iis eſſe poterat, ſive illud utile, ſive quo alio nomine quis appellare velit, tale etiam bonæ fidei poſſeſſor ſibi poſſet adquirere, ut aliquo tandem tẽpore tutus eſſet; itaque ceſſant uſucapione longi tẽporis poſſeſſio ſeu præſcriptio defendebat poſſidentem; quod & in iis rebus obtinebat, quæ veram traditionem & poſſeſſionem non admittebant, quales erant res incorporales, veluti ſervitutes, quæ quaſi poſſeſſione longi temporis adquirebantur *l. ſi quis* 10 *ſi ſervit. vindicet.* Et igitur iſta differentia videtur duraſſe uſq; ad tempora Juſtiniani, nam differentiã perſonarum hactenus ſuſtulit Antoninus, ut omnes eſſent cives Romani *l. in orbe* 17. *de ſtat. hom.* ante quẽ provinciales ideo uſucapere non potuerunt, quia peregrini non habuerunt communionem juris Romani. Et hæc una fuit differentia inter uſucapionem & præſcriptionem. A rebus; quod præſcriptio erat rerum incorporalium & immobilium, quæ non erant Italici ſoli; Altera jam dicta à tempore quod præſcriptio longius tempus requirebat *l.* 1.2.4 5 6. 7. 10.11. *Cod. de long. tempor. præſcr.* ubi vocatur longi temporis præſcriptio, nimirum 10. vel 20. annorum *leg* 1. *& l. emptor.* 9. *Cod. d. t.* juxta differentiam quam paulo poſt trademus. Tertia erat ab effectu; quod per uſucapionem adquirebatur dominium Quiritarium, & exinde actio directa in rem; per præſcriptionem tantum jus quoddam proximum dominio & exinde tantũ actio utilis, ut ad rubr. diximus ex *l. ſi duo* 13. §. 1. *de exceptio. l.* 8. *in pr. C. de præſcr.* 30 *ann. l. ſi quis* 10. *vind.* Adeo cum Juſtinian. confuderit uſucapionis & præſcriptionis jura, & unam ſpeciem effecerit, neceſſaria conſequentia efficitur, omnimodo hodie verum dominium & directum adquiri, quod inepte Dd. in dubium vocant: & operã ludit Mynſ. dum multis (pleriſq; tamen ineptis) argumentis cõtra eos diſputat. Et fruſtra objiciunt Dd. quod utilis actio competat præſcribenti; hoc enim eſt ex jure veteri; inepte autem reſpondet Porcius quod actio utilis ſignificet efficacem.

Nobis melior ſententia reſedit] Mutatio juris veteris. Juſtinianus ſuſtulit differentiam Quiritarii & bonitarii dominii, itemque, prædiorum Italicorum & provincialium, & conſtituit, ut uno modo & ratione & eodem temporis ſpacio & eodem effectu res omnes utrique per poſſeſſionem temporis legitimi adquirerentur, quæ eſt uſucapio Juſtinianea, cujus natura breviter hic exponitur, in *l. un. C. de uſucap. transfor.*

Longi temporis poſſeſſionem.] Explicat quod jam diximus ex *l.* 1. *& 9. C. de long. temp. præſcr.* Longi temporis poſſeſſionem eſſe X. vel XX. annorum, illam inter præſentes, hanc inter abſentes. Ita temporis qualitatem ſumptam ex veteri præſcriptione, fecit communem huic adquiſitioni, & ex uſucapione veteri ſumpſit effectum, ut adquireretur dominium verum, unde effecta eſt una ſpecies ejuſdem conditionis, ut non amplius inter uſucapionem & præſcriptionem ſit diſtinguendum, eam ſcil. quæ olim longi temporis erat, & titulum itidem & bonam fidem requirebat, nam præſcriptionis 30. vel 40. annorum, quæ dicitur longiſſimi temporis, alia ratio eſt, quæ ſolo tempore citra aliud adminiculum tuetur poſſeſſorem. Jam pridem autem exploſa eſt Dd. ſententia, qui præſumptionem ad res immobiles, uſucapionem ad mobiles reſtingunt. Qui autem hic dicantur præſentes, qui abſentes, (poſſeſſor nimirum qui de re alterius tempore ſibi adquirenda laborat, & prior dominus) explicat Juſtinianus *in l. ult. in pr. C. de long. temp. præſcr.*

TEXTUS.

2. Sed aliquando etiam ſi maxime quis bona fide rem poſſederit, non tamen illi uſucapio ullo tempore procedit, veluti ſi quis liberum hominem vel rem ſacram, vel religioſam, vel ſervum fugitivum poſſideat. Furtivæ quoque res & quæ poſſeſſæ ſunt, nec ſi prædicto longo tempore, bona fide poſſeſſæ fuerint, uſucapi poſſunt: nam furtivarum rerum L. XII.

Tabb.

Tabb. & Attinia inhibent uſucapionem, vi poſſeſſorum Lex Julia & Plautia. Quod autem dictum eſt, furtivarum & vi poſſeſſarum rerum uſucapionem per Leges prohibitam eſſe, non eo pertinet, ut ne ipſe fur, quive per vim poſſidet, uſucapere poſſit, (nam his alia ratione uſucapio non cóperit, quia ſcil. mala fide poſſident) ſed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia cauſa acceperit, uſucapiendi jus habeat.

Commentarius.

1 *Res quæ non poſſunt uſucapi.*
2 *De ſervo fugitivo.*
3 *Quid hic ſit autoritas.*

1 PRimo loco erat ponendum; ante omnia requiri, ut res ſit habilis, † &, ut ita loquar, uſucapibilis: ceteroquin cetera non proſunt, & ceſſat uſucapio, licet res bona fide ex juſta cauſa accepta legitimo tempore poſſeſſa ſit. Hinc non poſſunt uſucapi res quæ ſunt extra commercium, & quæ in nullius dominio eſſe poſſunt, velut res ſacræ, ſanctæ, religioſæ; Item liberi homines, & quæcunque tandem Lege prohibita ſunt uſucapi; juxta *l. ubi Lex* 24. *h. t.* cujuſmodi ſunt res vi poſſeſſæ, & furtivæ *l.* 45. *quod autem* 6. *h. t.* ſub quas recte refertur, qui tamen hic ſeparatur, ſervus fugitivus; quippe cujus ex hac cauſa inhibita uſucapio eſt, quod videatur ſui ipſius furtum facere *l.* 1. *C de ſerv. fugit.* quod qua ratione fiat, rectius *infr. lib.* 4. *tit.* 1. tractatur. Poſſeſſum autem quid vi oportet, ut uſucapi nõ poſſit, adeo ut non ſufficiat vi dejectum quem eſſe, niſi qui dejecit, etiam poſſederit *l. non ſolum* 32 §. *ſi dominus* 2 *h. t.* Adeo duo juxta gl. requiruntur, ut quis vi dejectus, & res quoque vi poſſeſſa ſit; adeo ſi qui vim intulit, ipſe non occupavit poſſeſſionem, ſed domino dejecto, alius ſine vi ingreſſus eſt, uſucapioni erit locus. Illud quoq; notandum, rem contrahere vitium, etiamſi non ipſe dominus, ſed alius licet prædo vi dejectus fuerit.

Si quis liberum hominem.] Nec quidem præſcriptionem LX. annorum hic ſufficere reſcripſit Conſtantinus *in l. ult. C. de long. temp. præſcr. quæ pro lib.* quinimo nec 100. annos ſatis eſſe recte ibid. notat Accurſ. quoniam nullus titulus hic locum habere poteſt, quomodo accipienda eſt *l.* 6. *C. de ing. n. manum.* & LX. annorum mentio fit *in d. l. ult.* quia iſte vulgo eſt humanæ vitæ terminus. Aliarum rerum alia ratio eſt, in quibus poſſeſſorem exceptio temporis, quæ omnes excludit actiones, defendit *l.* 3. *&* 4. *C de præſcr.* 30. *ann.* utcunque nec titulus, nec bona fides probetur; quia poſſeſſor hoc tantum allegat, nullam amplius ſupereſſe actionem.

Et licet hoc vel illo caſu poſſeſſor nec titulum nec bonam fidem habeat, cui nihilominus exceptio hæc temporis competit, attamen res ipſæ ejus conditionis ſunt, ut juſto titulo poſſint transferri, quomodo non poſſunt homines liberi, vel quæcunque extra commercium ſunt: ſcilicet qua tales: alia enim ratio eſt, ſi verbi cauſa homo liber factus ſit ſervus, veluti ſi ſe venumdare paſſus ſit, vel res ſacra facta fuerit profana: ex quo res iſtæ in commercio eſſe incipiunt. An autem hactenus eandem rationem eſſe dicemus hominis liberi, & rei furtivæ, quæ Lege uſucapi prohibetur? Non crediderim. Nam hic tantum vitium accidit rei extrinſecus, & quod facile purgatur; & res furtiva propriis actionibus, rei vindicatione, actione ad exhibendum, & condictione furtiva petitur, quæ actiones proculdubio exceptione XXX. annorum repelluntur. De ſervo fugitivo, quem inter † res furtivas referendum paulo ante diximus, video dubitari apud 2
Accurſ. quoniam dominus videatur retinere ejus poſſeſſionem: contra eum autem qui poſſidet, nulla poteſt currere præſcriptio, ex quo Accur. dominium nec XXX. annorum præſcriptione excludi affirmat per *l.* 1. §. *per ſervum* t. 4. *& l. rem quæ* 15. *in fin. de adquir. poſſ.* ſed eſt erronea ſententia, & hoc ſaltem probatur textibus juris, hactenus aliarum rerum furtivarum, & ſervi fugitivi diverſam eſſe rationem: quod cum ſine controverſia illarum nobis ſubreptarum ab alio amittamus poſſeſſionem, non tamen amittamus protinus poſſeſſionem ſervi fugitivi, ne cum ſervus fugiens furtum ſui faciat, ipſe facto ſuo poſſeſſionem nobis auferre videatur, ut apparet *ex l. Pomponius* 13. *in fin. pr. & d. l. rem* 15. *in fin. de adquir. poſſ.* Ceteroquin ſi alius eum apprehendat, priſtinum dominum amittere poſſeſſionem reſponſum eſt *in d. l.* 1. § 14. *eod. tit.* quod cum non admittat Accurſ. ineptam facit quæſtionem, quoniam ubi de uſucapione aut præſcriptione quæritur, oportet præſupponi, quod poſſideat alius, aut poſſederit, eſt certo

Digitized by Google

quin alia quæſtio, an ſervus ipſe temporis tanti ſpatio gerendo ſeſe pro libero, domini poteſtati ſe ſubducere, & poſt quandocunque inſtituto judicio libera ſeu præjudicio, contra dominum obtinere poſſit de quo latius hic agere, eſt præter propoſitum noſtrum. Prorſus ſi domino controverſiam ſui faciat, poſſidere negatur *l ſi is qui* 15. §. 1. *h t.* & ita tādem videri poſſit locus eſſe præſcriptioni libertatis, dummodo non amplius pro fugitivo, ſed pro libero ſe gerat, arg. *l. quod autem* 10. *verſ. quid ſit de lib. cauſ.* Alios caſus quibus ceſſat præſcriptio, notat *Ich Faber hic. n. 6.*

3 *L. XII. Tabb.*] Quid opus fuit † duplici Lege prohibente uſucapionem rerum furtivarum? nam & ICtus *in l non ſolum* 33. *in pr.* utriuſque hujus L. meminit. Oportet, eam quæ poſterior fuit, aliquid addidiſſe, & ut cunque non ſatis conſtet, utra ſit poſterior, probabilius tamen eſt, Atiniam fuiſſe recentiorem; ceteroquin per LL. XII. Tabularum ejus autoritas & jus fuiſſet ſublata: cum LL. XII. Tabularum latæ fuerint ab his, qui in univerſum ejus rei acceperunt poteſtatem, & facit quod Legis Atiniæ hoc caput quoque fuit, ut rei furtivæ eſſet uſucapio, ſi ea in domini poteſtatem perveniſſet, *d. l.* 4. § *quod autem. h. t. l. poteſtates* 215. *in fin. de verb. ſignif.* ut proinde ea L. Atinia plenius diſpoſuiſſe videatur. Ejus verba hæc refert *Gellius lib.* 17 *cap.* 7. Ejus, quod ſubreptum erit æterna autoritas † eſto. Cicero, ut ad pr. tit. retulimus, ait fundos & alia à patre obvenire, ſed autoritatem eſſe à jure civili, id eſt, ut quamque rem jure tenere, & contra quemcunque aſſerere poſſimus, quo ſenſu, (licet ſpecialibus magis) *in orat. pro domo,* accipit *ius autoritatis:* & eodem ſenſu dicitur ex L. XII. Tabularum autoritatis fundi, uſus biennii eſſe, & ſcilicet per uſum biennii quem fieri dominium rei. An eodem ſignificatu in loco jam citato Gellii uſurpatur vox *autoritatis,* quod qui velit adquirere rem furtivam, id facere non poſſit, niſi æternum eam poſſideat, adeo numquam poſſit eam adquirere. An potius ſumitur alio ſenſu, quod dominus cui res ſubrepta eſt, habeat autoritatem & poteſtatem rem illam ſemper perſequendi, quæ etiam iſtius verbi ſententia eſt, in eo quod 1. *offic.* laudat Cicero; Adverſus hoſtem, æterna autoritas eſto. Igitur duplex fuit Lex de rebus furtivis, duplex itidem de rebus vi poſſeſſis: Lex Plautia & Julia. & hæc poſterior, ut notat hic Cujac. nam copula ET facit, ut ſeparatæ LL. intelligantur, quomodo & *in L. non ſolum* 33. § *ſi dominus* 2. *h. t.* Ceteroquin diceretur Lex Plautia Julia, quomodo dicitur Lex Papia, Poppæa, à duobus unius anni Conſulibus, & ad eundem modum Junia Norbana, Furia Caninia, Ælia Sentia. Atquin ſi æterna autoritas eſt, non poterit, poſt 30. annos dominus excludi, contra quam ſupra diximus. Dicā vel quod verbum *æternum* hic ſumatur paulo pinguius, vel quod præſcriptio tricennalis poſterioribus conſtitutionibus Impp. eſt introducta, cum antea actiones eſſent perpetuæ *in pr. infr. de perp. & temp. actionibus.*

Quod autem dictum eſt.] Supervacua admonitio hæc eſt, quod L. Attinia etiam habeat locum in eorum perſona, qui rem furtivam bona fide acceperunt: tum quod alias Lex Attinia ſupervacua fuiſſet ſiquidem communi jure ipſi fures uſucapere non poſſunt, tum & magis, quoniam hoc jam in pr. §. expreſſum erat; nimirum furtivas res uſucapi non poſſe, etiamſi longo tempore bona fide fuerint poſſeſſa: Atquin ipſe fur, aut qui alium per vim dejecit, utique bonam fidem habere non poteſt.

Quamvis ab eis.] Fure ſcilicet & violento poſſeſſore, quorum fecit mentionem Juſtin. quia ab his primum incipit vitium habere res; quod poſtea comitatur poſſeſſorem quemcumque, itaque idem erit, ut non ſit locus uſucapioni, licet hi qui rem à fure acceperunt, porro in alios eam alienaverint, hoc enim eſt, quod dicitur, vitia poſſeſſionum durare, & rem ipſam comitari *l. vitia,* 11. *C. de adq poſſ.* & quod eſt in § *noviſſima infr. h. t.* rem talem eſſe oportere, ut in ſe non habeat vitium, ſiquidem à bonæ fidei poſſeſſore debeat uſucapi. Notant Interpp. ſatis eſſe adducere Legem pro ratione. Ait enim Iuſtin. res furtivas non poſſe uſucapi, quia Lex inhibeat uſucapionem, neq; placet ratio, quod per furtum ipſa res vitio afficiatur, hoc enim ipſum eſt ex Lege prohibente; Cum uſucapio brevi ſatis tempore perficeretur, forte placuit eam reſtringere ſub colore vitii quod contraxiſſe res videbatur, & cum furtum clam fiat, non ita facile res furtivæ inquiri poſſunt, & contra violentum poſſeſſorem forte ob vim & potentiam, non poſſe quis ſtatim experiri creditur.

TEXTUS.

3. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei poſſeſſoribus uſucapio competat. Nam qui ſciens alienā rem vendi,

vendiderit, vel ex alia cauſa tradiderit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter ſe habet. Nam ſi heres rem commodatam aut locatam defuncto, vel apud eum depoſitam, exiſtimans eſſe hereditariam, bona fide accipiendi vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, quin is qui acceperit uſucapere poſſit, dubium non eſt, quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit: cum utique heres, qui bona fide tamquam ſuam alienaverit, furtum non committat. Item ſi is, ad quem ancillæ uſusfructus pertinet, partum ſuum eſſe credens vendiderit, aut donaverit, furtum non committit: furtum enim non committitur ſine affectu furãdi. Aliis quoq; modis accidere poteſt, ut quis ſine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, ut à poſſeſſore uſucapiatur.

COMMENTARIUS.

1 *Caſus quo ſciens rem alienam vendens, non committit furtum.*
2 *An poſſit uſucapi res* pro herede.
3 *Caſus quibus res aliena ſcienter translata uſucapitur.*

IN rebus mobilibus.] Quoniam harum tantum, non etiam immobilium furtum committitur, ut eſt *in §. ſeq.* Eſt autem talis collectio. Quæ res facile in vitium furti cadunt, illarum difficilior eſt uſucapio & infrequentior; quoniam talium rerum non eſt uſucapio. Atqui res mobiles facile in vitium furti cadunt; quoniam, ut hic ſubjicitur, quiſquis ſciens eas alienas, (harum autem tantum eſt uſucapio) in alium quoquo modo transfert, furtum earum committit, quod confirmatur *l. 1. C. pro empt. l. 2. C pro donato.* Id illuſtratur exemplis duobus hujus §. ſi heres rem defuncto commodatam ſciens alienam vendat. ſi fructuarius ſciens partum ancillæ ad ſe non pertinere, vendat. Idem & magis erit, ſi ipſe commodatarius rem vendat *§. furtum 6. infr. de furt.* Sed pone, heres rem defuncto commodatam, putans fuiſſe defuncti, ven-
1 didit † bona fide accipienti, hic cum eſſet in conditione uſucapiendi, reſcivit rem defuncto fuiſſe commodatam, uſucapio quidem non interrumpitur, ſed an ſi antequam impleviſſet uſucapionem, rem vendiderit alteri, an furtum committi dicemus? Id quidem affirmandum fuerint, ſi præciſe verba hujus textus ſequamur, furtum committere, qui ſciens rem vendidit alienam. Ego tamen vix putaverim hoc admittendum eſſe, & crediderim hoc quod in textu noſtro eſt, ita accipiendũ & reſtringendũ ad eum, qui cum rem primum accepit eſſe alienam ſcivit, & tamquam alienã accepit, qui vendendo intelligitur rem velle intervertere domino, ſicut & tum furtum cõmittit, ſi eam retinens apud ſe, intervertendi animũ habere incipiat *l. inficiando 67. in pr. de furt.* quæ locum non habent, ſi quis initio rem fide bona accepit, quam eũ continuando poſſeſſionem uſucapere potuiſſet, non poteſt videri ejus alienatione commiſiſſe furtum; & hæc limitatio ad iſtum locum notanda eſt.

Sed tamen id aliquando.] Dixerat mobiles res non facile uſucapi; quoniam facile fiant furtivæ, idque eo confirmarat, quod quiſquis ſciens rem alienam mobilem vendat, furtum ejus committat. Hoc non eſſe perpetuum docet hoc verſ. & ſcilicet ſæpe contingere, ut res mobilis uſucapiatur, quoniam non raro accidat, ut quis rem mobilem ignorans alienam & ſuam putans eſſe aliquo modo in alium transferat. Quæ cum rectiſſime ſe habeant, oportet Hottomannum dormitaſſe, dum ſcribit hic Tribonianum parum fuiſſe attentum ad negotium ſuum, & falſum eſt, quod iſta verba nihil ſignificent, & quod iſtud colligatur ex *l. poteſt 36. h. t.* neque enim neceſſum fuit ut Tribonianus eadem verba retineret, & omnino optime d. *l.* cum hoc textu convenit, ait enim ibi JCtus hoc ipſum, quod noſtro h. §. proponitur, poſſe aliquibus modis accidere, ut quis per errorem rem alienam vendat tamquam ſuam.

Bona fide accipienti vendiderit.] Hoc ita Juſtin. quoniam vult proponere caſum, quo alienatione rei alienæ non committitur furtum, qui caſus in perſona ipſius heredis rem ſuam eſſe putantis, & eam retinentis proponi non poteſt. Sed & alia ratione ita locutus eſſe videri poteſt, quod nimirum heres non uſucapit ipſe rem ejuſmodi defuncto † commodatam, licet ſuam eſſe putet, quo- 2
niam titulus, Pro herede ad uſucapionem habilis non eſt, etiam ad adquirendam rem ſingularem, ut perſpicue probatur per textus *in l. 1. & ult. C. de uſucap. pro hered.* quamvis aliis diverſum placuiſſe o-

ſten-

ſteudat *l. pen. D. pro hered.* de quo hic accuratius tractare non libet. Et fruſtra diſtinguitur, an heres à ſe velit incipere uſucapionem. Ceterum de hoc caſu quærimus dum tractamus de titulo pro herede. Nec etiam poteſt admitti cum Accurſio, quod uſucapio *pro herede* habeat locum, ſi defunctus rem tenuerit, tamquam ſuam ſed ſine titulo. Nihil enim hoc poteſt facere, ad juſtificandum titulum *pro herede* : & vitium defuncti nocet heredi. Ceterum ubi defunctus poſſedit cum titulo, ſed mala fide, quæri ſolet, an heres de novo uſucapere volens & non computare tempus defuncti, audiatur de quo dicemus *infra §. diutina h. t.* ubi etiam notabimus caſum alium quo uſucapioni *pro herede* locus eſſe poſſit.

Partum vendiderit.] Ex duplici prædicta ratione, hic quoque partum ut proprium venditum proponit; nam ipſe fructuarius uſucapere non poteſt, quoniam, ut docet § *in pecudum* 38. *ſup. de rer. diviſ.* in jure errat, fructuarius dum partum ancillæ ad ſe pertinere putat, error autem juris uſucapioni impedimento eſt *l. numquam* 31. *in princ. h. t.*

Furtum ſine affectu.] Eſt enim contrectatio
1 fraudulenta §. 1. *infra de oblig. ex del.* itaque non eſt furtum ubi quis putat rem eſſe ſuam, & abeſt ab ipſo animus doloſus § *placuit* 7. *in fin. d. t. l. furtum* 37. *in princ. h. t.* Et error juris licet impediat uſucapionem *d. l.* 31 *h. tit.* utique tamen excuſat à dolo & delicto à quo, ut vulgo traditur, quævis, vel fatua cauſa excuſat *arg. l. plagiit* 4. *C. ad L. Fab. de plagiar. l. 1. in fin. de abig.*

Aliis quoque modis.] Omnibus ſcilicet iis qui-
2 bus putat rem eſſe ſuam † & proponitur alius *in l. poteſt* 36. *h. tit.* ſi quis enim heres non eſſet, juſta tamen cauſa, vel etiam errore juris putans ſe eſſe heredem, rem vere hereditariam vendat; Idem erit, ſi quis rem pro derelicto habitam putans vendiderit. Item, ſi quis vendiderit rem ſibi à conjuge donatam, quamvis jure donatio nulla ſit; & hoc amplius, licet qui emit, rem talem eſſe ſciat *l. ſi id* 5. *pro derelicto*, quoniam cum domini conſenſu donatarius rem poſſideat, furtum committi non poteſt. Item huc refero caſum, de quo ad pr. §. dixi, ſi quis rem mobilem quam uſucapere cepit, licet jam ſciens alienam, vendiderit. Addo & alium notabilem caſum, quo quis etiam rem alienam mobilem ſciens occupans, non committi furtum, nimirum ſi hereditas ſit jacens, ut expreſſum eſt *in l. 1. §. Scævola* 15 *ſi is qui teſt. lib. eſſe juſſ.* Itaque hanc rem accipiens bona fide uſucapere poterit, dum tamen ne alius interſit eam non eripi. Nam *d. l. 1. §* 15. omnino ita accipienda eſt, quod non fiat furtum hereditati, & heres poſt non poſſit agere furti; ceteroquin ſi ſervus cujus uſusfructus legatus eſt, & quem heres non poſſedit, nec fructuarius, ſubreptus ſit, fructuario competere actionem furti reſponſum eſt *in l. ſi homo* 35. *h. tit.* quo pertinet quod eſt in *l. hereditariæ* 68. *de furt.* hereditariæ rei non fieri furtum niſi commodata aut pignorata fuerit: & addenda diſtinctio Dd. quod rei quæ jam non poſſidetur fiat furtum, modo qui eam ante poſſidebat ſuperſit, qui videlicet eam caſu amiſit per §. *pen.* & *ult. ſup. tit. 1. de rer. diviſ.*

TEXTUS.

3. Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expeditius procedit, ut ſi quis loci vacantis poſſeſſionem propter negligentiam aut abſentiam domini, aut quia ſine ſucceſſore deceſſerit, ſine vi nanciſcatur, quamvis ipſe mala fide poſſideat, quia intelligit ſe alienum fundum occupaſſe, tamen ſi alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa poſſeſſione res adquiri: quia neque furtivum, neque vi poſſeſſum acceperit. Abolita eſt enim quorundam veterum ſententia, ex ſtimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et utilitati corũ qui res ſoli poſſident, principalibus conſtitutionibus proſpicitur, nec cui indubitata & longa poſſeſſio debeat auferri.

COMMENTARIUS.

1 *De hujus loci lectione.*
2 *Res vacans quæ dicatur.*
3 *Immobilium rerum cur non fiat furtum.*
4 *Mutatio juris quod eſt in hoc §.*
5 *Reſtrictio & limitatio* auth. malæ fidei C. de præſcr. long temp.

ITa Pacius edidit, *expeditius procedit*, ſecutus Cujacium, qui ita explicat, quod facilius † & ſæpius 1
accidat, ut uſucapiantur res immobiles, quæ videli-

delicet in vitium furti non cadunt, & quomodo hic explicatur, facile quoque & non paucis caſibus initio citra violentiam occupari poſſunt. Et iſtud quidem verum eſt. Sed ſi hæc fuiſſet mens Juſtiniani, ita potius ſcribendum fuiſſet, *expeditius proceditur, ut illa poſſint uſucap.* quomodo ſcriptũ non eſt; tum etiam ita eſt defectiva locutio, *Quod ad eas res quæ ſolo continentur*, quomodo ſcripſiſſe Tribonianum veroſimile non eſt: ſed potius, verbo *expedit* uſum pro, *attinet*. Et itaque omnino retinenda eſt vulgata lectio, quæ Baroni, Hottomanno & aliis quoque probatur. *Quod ad eas res quæ ſolo continentur, expedit, jus ita procedit*. Et ſtatim nimirum oſtendit, quomodo citra vitium violentiæ res immobilis ad aliquem pervenire poſſit. Et proponit caſus dubitabiliores, quibus quis etiam ſciens prædium alienum occupat, ut tamen uſucapere poſſit, non quidem ipſe, cum ſit in mala fide. (procedit enim hic in dubio illud, quemque debere ſcire, quod ſuum non eſt, ad alium pertinere) ſed qui rem ab eo bona fide accepit: Quod ſecus eſt in rebus mobilibus, quas qui ſciens alienas animo lucrandi occupat & detinet, protinus furtum committit: ut proinde jam res vitio affecta, à nullo quamvis bonæ fidei poſſeſſore, uſucapi poſſit. Itaq; protinus removet rationem dubitãdi, & docet cur aliter obtineat in prædiis, quoniam videlicet horum furtum non committatur, abolita, ut ait veterum ſententia, qui etiam fundi, locive furtum putabant fieri; atq; hæc ex *l. furtũ 37. §. 1. cum l. ſeq. h. t.* eamq; olim fuiſſe Sabini ſententiam refert *Gell. lib XI. cap XVIII.*

Ceteroquin multi alii ſunt caſus, quib. quis etiam rem immobilem bona fide putans eſſe ſuam alienare poteſt, veluti ſi quis in hereditate reperiat ædes oppignoratas (nam & immobilia creditori in ſecuritatem debiti tradi poſſunt) commodatas (nam immobilia commodato dari poſſunt *l. 1. commod.*) precario conceſſas, aut ex mandato alicujus à defuncto emtas, &c.

a *Vacantis loci.*] Vacans † dicitur res vel ratione dominii vel ratione poſſeſſionis; & ubi quis ſine ſucceſſore deceſſit, poteſt etiã res dici vacua ratione dominii, ſed magis eſt ut hic dicatur ſine ſucceſſore decedere, qui non habet certum heredem; quinimo & amplius puto, iſtud & hic & in *l. 38 h. t.* ita proponi, ut tanto magis conſtet rem vacuam eſſe; conſtat enim, etiamſi quis deceſſerit inſtituto certo herede, tamen poſſeſſionem in eum nec adita quidem hæreditate tranſire *l. cum heredes 23. in princ. de adquir. poſſ.* & hereditas interim domini quidem *§. ſervus etiã 4. infra de her. inſt.* ſed non poſſeſſoris vicem ſuſtinet, ex quo etiam fit, ut jacente hereditate rerum hereditariarum negetur fieri furtum *l. 1. §. Scævola 15. Si is qui teſt. lib. juſſ.* Itaque fatendum eſt, ſi quis occupet hereditarium fundum ſine vi, etiamſi certus ſucceſſor ſit relictus, tamen procedere quod hic traditur, ut qui ab hoc occupante eum bona fide accepit, eum uſucapere poſſit; quod omnino hic ſupplendum eſt & ad *d. l. 38 eod.*

Neque obſtat quod etiam jacente hereditate impletur cœpta uſucapio *l. cœptam 40. h. t.* non autem poſſunt duo rem eandem ſimul uſucapere, quia nec poſſidere juxta *l. 3 §. per contrarium de adquiren. poſſeſſ.* Etenim 1. ponemus rem fuiſſe propriam defuncti, non quam uſucapere cœperit. Deinde & rectius, quod *in d. l. 40. h. t.* dicitur receptum eſt jure ſingulari *l. juſto 44. §. nondum 3. h. tit.* & quidem dum res vacua manet, nec ab alio poſſeſſa eſt *l. qui cum 6. § ult. pro emptore, junct. l. poſſeſſio 19 h. t.* Hæc de re ejus, qui deceſſit. De altero membro, ſi quis occupavit rem domini abſentis, objicitur: Quod aut rem dominus habet pro derelicto, aut non habuit. Illo caſu non opus eſt uſucapione. Sed res utpote quæ nullum habet dominum, protinus fit occupantis per nota ta *ad §. penult. ſup. de rer. div.* hoc caſu nec qui eam accepit videtur poſſe uſucapere, cum dominus abſens poſſeſſionem non amiſerit, ut proinde nec vacans dici poſſit: quod autem abſens quoque retineat poſſeſſionem, probatur *ex l. clam. Cod. 53. de adquir. poſſ.* Reſpondebo 1. Quod quis poſſit ignorare rem habitam eſſe pro derelicto, & eam occupare tamquam alienam; eoque mala fides in ejus perſona inhibet uſucapionem. 2. Quod poſſeſſio quam retinet abſens, ſit tantum civilis, quæ non impediat, quominus naturalis poſſeſſio interim occupata, accedente bona fide accipientis proſit ad uſucapionem. 3 Et apertius, loqui hic Juſtinianum de re vacante, & de domino non ſimpliciter abſente, ſed ſimul res ſuas negligente, quem non retinere poſſeſſionem certum eſt. Illud hic addendum eſt, etiam e gl. & reprehendi communius ab Interpp. quæ putant hunc locum correctum per *l. ult. C unde vi.* Etenim ne inducatur correctio textuum, dicendum erit, occupatorem clandeſtinum vacantis poſſeſſionis, hactenus pro prædone haberi, ut ipſe eo remedio de quo ibi agitur, conveniri poſſit, ceteroqui quoad alia minime omnium pro violento haberi.

Abolita

ſtendat *l. pen. D. pro hered.* de quo hic accuratius tractare non libet. Et fruſtra diſtinguitur, an heres à ſe velit incipere uſucapionem. Ceterum de hoc caſu quærimus dum tractamus de titulo pro herede. Nec etiam poteſt admitti cum Accurſio, quod uſucapio *pro herede* habeat locum, ſi defunctus rem tenuerit, tamquam ſuam ſed ſine titulo. Nihil enim hoc poteſt facere, ad juſtificandum titulum *pro herede*: & vitium defuncti nocet heredi. Ceterum ubi defunctus poſſedit cum titulo, ſed mala fide, quæri ſolet, an heres de novo uſucapere volens & non computare tempus defuncti, audiatur de quo dicemus *infra §. diutina h. t.* ubi etiam notabimus caſum alium quo uſucapioni *pro herede* locus eſſe poſſit.

Partum vendiderit.] Ex duplici prædicta ratione, hic quoque partum ut proprium venditum proponit; nam ipſe fructuatius uſucapere non poteſt, quoniam, ut docet § *in pecudum* 38. *ſup. de rer. diviſ.* in jure errat, fructuatius dum partum ancillæ ad ſe pertinere putat, error autem juris uſucapioni impedimento eſt *l. numquam* 31. *in princ. h. t.*

Furtum. ſine affectu.] Eſt enim contrectatio
1 fraudulenta §. 1. *infra de oblig. ex del* itaque non eſt furtum ubi quis putat rem eſſe ſuam, & abeſt ab ipſo animus doloſus § *placuit* 7. *in fin. d. t. l. furtum* 37. *in princ. h. t.* Et error juris licet impediat uſucapionem *d. l.* 31 *h. tit.* utique tamen excuſat à dolo & delicto à quo, ut vulgo traditur, quævis, vel fatua cauſa excuſat *arg. l. plagii* 14. *C ad L Fab de plagiar. l. 1. in fin. de abig.*

Alius quoquemodis.] Omnibus ſcilicet iis qui-
2 bus putat rem eſſe ſuam † & proponitur alius *in l. poteſt* 36. *h. tit.* ſi quis cum heres non eſſet, juſta tamen cauſa, vel etiam errore juris putans ſe eſſe heredem, rem vere hereditariam vendat; Idem erit, ſi quis rem pro derelicto habitam putans vendiderit. Item, ſi quis vendiderit rem ſibi à conjuge donatam, quamvis jure donatio nulla ſit; & hoc amplius, licet qui emit, rem talem eſſe ſciat *l. ſi id* 5. *pro derelicto*, quoniam cum domini conſenſu donatarius rem poſſideat, furtum committi non poteſt. Item huc refero caſum, de quo ad pr. §. dixi, ſi quis rem mobilem quam uſucapere cepit, licet jam ſciens alienam, vendiderit. Addo & alium notabilem caſum, quo quis etiam rem alienam mobilem ſciens occupans, non committi furtum, nimirum ſi hereditas ſit jacens, ut expreſſum eſt in *l. 1. §. Scævola.* 15 *ſi is qui teſt. lib. eſſe juſſ.* Itaque hanc rem accipiens bona fide uſucapere poterit, dum tamen ne alius interſit eam non eripi. Nam *d. l. 1. §* 15. omnino ita accipienda eſt, quod non fiat furtum hereditati, & heres poſt non poſſit agere furti; ceteroquin ſi ſervus cujus uſusfructus legatus eſt, & quem heres non poſſedit, nec fructuarius, ſubreptus ſit, fructuario competere actionem furti reſponſum eſt *in l. ſi homo* 35. *h. tit.* quo pertinet quod eſt in *l. hereditariæ* 68. *de furt.* hereditariæ rei non fieri furtum niſi commodata aut pignorata fuerit: & addenda diſtinctio Dd. quod rei quæ jam non poſſidetur fiat furtum, modo qui eam ante poſſidebat ſuperſit, qui videlicet eam caſu amiſit per §. *pen. & ult. ſup tit. 1. de rer. diviſ.*

TEXTUS.

5. Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expeditius procedit, ut ſi quis loci vacantis poſſeſſionem propter negligentiam aut abſentiam domini, aut quia ſine ſucceſſore deceſſerit, ſine vi nanciſcatur, quamvis ipſe mala fide poſſideat, quia intelligit ſe alienum fundum occupaſſe, tamen ſi alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa poſſeſſione res adquiri: quia neque furtivum, neque vi poſſeſſum acceperit. Abolita eſt enim quorundam veterum ſententia, exiſtimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et utilitati corū qui res ſoli poſſident, principalibus conſtitutionibus proſpicitur, nec cui indubitata & longa poſſeſſio debeat auferri.

COMMENTARIUS.

1 *De hujus loci lectione.*
2 *Res vacans quæ dicatur.*
3 *Immobilium rerum cur non fiat furtum.*
4 *Mutatio juris quod eſt in hoc §.*
5 *Reſtrictio & limitatio* auth. malæ fidei C. de præſcr. long temp.

ITa Pacius edidit, *expeditius procedit*, ſecutus Cujacium, qui ita explicat, quod facilius † & ſæpius
1 accidat, ut uſucapiantur res immobiles, quæ videli-

delicet in vitium furti non cadunt, & quomodo hic explicatur, facile quoque & non paucis caſibus initio citra violentiam occupari poſſunt. Et iſtud quidem verum eſt. Sed ſi hæc fuiſſet mens Juſtiniani, ita porro ſcribendum fuiſſet, *expeditius procedit, ut illa poſſint uſucap.* quomodo ſcriptũ non eſt; tum etiam ita eſt defectiva locutio, *Quod ad eas res quæ ſolo continentur*, quomodo ſcripſiſſe Tribonianum veroſimile non eſt: ſed potius, verbo *expedit* uſum pro, *attinet*. Et itaque omnino retinenda eſt vulgata lectio, quæ Baroni, Hottomanno & aliis quoque probatur. *Quod ad eas res quæ ſolo continentur, expedit, jus ita procedit*. Et ſtatim nimirum oſtendit, quomodo citra vitium violentiæ res immobilis ad aliquem pervenire poſſit. Et proponit caſus dubitabiliores, quibus quis etiam ſciens prædium alienum occupat, ut tamen uſucapere poſſit, non quidem ipſe, cum ſit in mala fide. (procedit enim hic in dubio illud, quemque debere ſcire, quod ſuum non eſt, ad alium pertinere) ſed qui rem ab eo bona fide accepit: Quod ſecus eſt in rebus mobilibus, quas qui ſciens alienas animo lucrandi occupat & detinet, protinus furtum committit: ut proinde jam res vitio affecta, à nullo quamvis bonæ fidei poſſeſſore, uſucapi poſſit. Itaq; protinus removet rationem dubitãdi, & docet cur aliter obtineat in prædiis, quoniam videlicet horum furtum non committatur, abolita, ut ait veterum ſententia, qui etiam fundi, locive furtum putabant fieri; atq; hæc ex *l. furtũ 37. §. 1. cum l. ſeq. h. t.* eamq; olim fuiſſe Sabini ſententiam refert *Gell. lib XI. cap XVIII.*

Ceteroquin multi alii ſunt caſus, quib. quis etiam rem immobilem bona fide putans eſſe ſuam alienare poteſt, veluti ſi quis in hereditate reperiat ædes oppignoratas (nam & immobilia creditori in ſecuritatem debiti tradi poſſunt) commodatas (nam immobilia commodato dari poſſunt *l. 1. commod.*) precario conceſſas, aut ex mandato alicujus à defuncto emtas, &c.

2 *Vacantis loci.*] Vacans † dicitur res vel ratione domini vel ratione poſſeſſionis; & ubi quis ſine ſucceſſore deceſſit poteſt etiã res dici vacua ratione domini, ſed magis eſt ut hic dicatur ſine ſucceſſore decedere, qui non habet certum heredem; quinimo & amplius puto, iſtud & hic & in *l. 38 h. t.* ita proponi, ut tanto magis conſtet rem vacuam eſſe; conſtat enim, etiamſi quis deceſſerit inſtituto certo herede, tamen poſſeſſionem in eum nec adita quidem hæreditate tranſire *l. cum heredes 23. in princ. de adquir. poſſ.* & hereditas interim domini quidem *§. ſervus etiã 4. infra de her. inſt.* ſed non poſſeſſoris vicem ſuſtinet, ex quo etiam fit, ut jacente hereditate rerum hereditariarum negetur fieri furtum *l. 1. §. Scævola 15. Si is qui teſt. lib. juſſ.* Itaque fatendum eſt, ſi quis occupet hereditarium fundum ſine vi, etiamſi certus ſucceſſor ſit relictus, tamen procedere quod hic traditur, ut qui ab hoc occupante eum bona fide accepit, eum uſucapere poſſit; quod omnino hic ſupplendum eſt & ad *d. l. 38 eod.*

Neque obſtat quod etiam jacente hereditate impleatur cœpta uſucapio *l. cœptam 40. h. t.* non autem poſſunt duo rem eandem ſimul uſucapere, quia nec poſſidere jux: a *l. 3 §. per contrarium de adquiren. poſſeſſ.* Etenim 1. ponemus rem fuiſſe propriam defuncti, non quam uſucapere cœperit. Deinde & rectius, quod *in d. l. 40. h. t.* dicitur receptum eſt jure ſingulari *l. juſto 44. §. nondum 3. h. tit.* & quidem dum res vacua manet, nec ab alio poſſeſſa eſt *l. qui cum 6. § ult. pro emptore, junct. l. poſſeſſio 19 h. t.* Hæc de re ejus, qui deceſſit. De altero membro, ſi quis occupavit rem domini abſentis, objicitur: Quod aut rem dominus habet pro derelicto, aut non habuit. Illo caſu non opus eſt uſucapione. Sed res utpote quæ nullum habet dominum, protinus fit occupantis per notata *ad §. penult. ſup. de rer. div.* hoc caſu nec qui eam accepit videtur poſſe uſucapere, cum dominus abſens poſſeſſionem non amiſerit, ut proinde nec vacans dici poſſit: quod autem abſens quoque retineat poſſeſſionem, probatur *ex l. clam. Cod. ſt. de adquir. poſſ.* Reſpondebo 1. Quod quis poſſit ignorare rem habitam eſſe pro derelicto, & eam occupare tamquam alienam; eaque mala fides in ejus perſona inhibet uſucapionem. 2. Quod poſſeſſio quam retinet abſens, ſit tantum civilis, quæ non impediat, quominus naturalis poſſeſſio interim occupata, accedente bona fide accipientis proſit ad uſucapionem. 3 Et apertius, loqui hic Juſtinianum de re vacante, & de domino non ſimpliciter abſente, ſed ſimul res ſuas negligente, quem non retinere poſſeſſionem certum eſt. Illud hic addendum eſt, et a e gl & reprehendi communius ab Interpp. quæ putant hunc locum correctum per *l. ult C unde vi.* Etenim ne inducatur correctio textuum, dicendum erit, occupatorem clandeſtinum vacantis poſſeſſionis, hactenus pro prædone haberi, ut ipſe eo remedio de quo ibi agitur, conveniri poſſit, ceteroqui quo ad alia minime omnino pro violento haberi.

Abolita

Abolita eſt ſententia.] Sed quare non placuit, et-
3 iam † immobilium rerum furtum fieri? ſcilicet
furtum eſt interverſio poſſeſſionis, rei immobi-
lis poſſeſſio non intervertitur, ſi quis clam fun-
dum verbi cauſa ingrediatur; nimis enim abſur-
dum ſit, ſtatim hoc modo dominum privari poſ-
ſeſſione fundi, cui ipſe ſemper corpore incubare
non poſſit. & ſi quis ingreſſus fundum, dominum
advenientem non admittat, vi poſſidere dicitur, *d.
l.6.§.1.de adq.poſſ.* & delicta violentiæ & furti diſtin-
cta eſſe placet. Accedit notatio nominis, fur dici-
tur à Græco φὼρ quod Gellius oſtendit 1. *Noctium
Attic.* & φὼρ ἀπὸ τοῦ φέρειν, quod & magis probat Ju-
ſtin. *in §.2.infra de furt.* poſt JCtum *in leg.1.Dig.eod.*
res autem mobiles, non item immobiles ferri di-
cuntur.

Fundi locive.] Loci nomen generalius eſt,
nam & ædes & area locus eſt, fundus non eſt; ita-
que in pr. §. ſimpliciter ait Juſtinian. *Loci vacantis.*
Ineptæ ſunt diſtinctiones Mynſ. Cujacii, & Pacci,
quod fundus ſit integrum aliquid, Locus, portio
fundi, quod fundus finibus regatur, locus nō rega-
tur, nam & quælibet minima portio, fundus recte
dicitur *l.quod in 24 §.3 de legat.1.* ſpecialis acceptio
eſt quod ager ſine ædificio dicatur locus, cum ædi-
ficio, fundus *l.fundi 211. de verb ſignif.* ex qua etiam
apparet, locum proprie magis in urbe dici aream,
non etiam ædes. Illud perſpicuum eſt, locum hic
non uſurpari, ut in Phyſicis, pro ſuperficie conti-
nente corpus.

Et eorum utilitati.] Aut intelligit conſtitutio
nes, quibus etiam ante ipſius tempora poſſeſſo-
res in provinciis quoque per longam poſſeſſio-
nem tuti erant, vel per exceptionem, vel per uti-
lem actionem, juxta tractata ad Rubr. nam ex XII.
Tabb. uſucapio anni vel biennii eſt, non præſcri-
ptio longi temporis; aut eas, quibus omnimodo
XXX. annorum poſſeſſio eos defendebat, jux-
ta *l.3.& 4. C. de præſcr. 30. ann.* Hodie ubique per
longi temporis poſſeſſionem res adquiruntur
eodem jure quo olim per uſucapionem. Illud au-
4 tem addendum, juri quod hic refertur, ut † qui bo-
na fide rem accepit à poſſeſſore malæ fidei, uſuca-
pere poſſit, derogatum eſſe jure noviſſimo, *Novell.
119.cap.7.* ex qua deſumpta eſt *auth. malæ fidei. C.de
long.temp præſcr.* per quam conſtitutionem tum de-
mum locus eſt uſucapioni aut longi temporis X.&
XX. annorum præſcriptioni, ſed dominus ſciens
rem ſuam ab alio poſſeſſam, conteſtatus id non ſit
poſſeſſori: Ceteroquin demum per longiſſimi
temporis XXX. annorum præſcriptionem poſſeſ-
ſor rem ſibi adquirit; & ita ſimul tollitur diſpoſi-
tio *l.ult.in fin.Cod.de long. temp. præſcr.* ubi dicitur,
non eſſe attendendam (ſcilicet domini) ſcientiam
aut ignorantiam, & ita fit, ut non ſufficiant am-
plius dominis ſpatia X. aut XX. annorum ad inqui-
rendas res ſuas, contra *pr.ſup.h.t.& l.un.C.de uſucap.
transform.* Doctores id latius produxerunt con-
tra manifeſtam rationem juris, ut domino qui i-
gnoravit, etiam poſt LX. annos detur reſtitutio,
quod ſi ita juris eſſet, non opus fuiſſet, jam d. no-
va conſtitutione *N.119.cap.7.* Nihil enim effe-
ctu intereſt, an per ordinarium an extraordina-
rium reſtitutionis remedium poſſeſſori res auferā-
tur. Cum autem in d. *Novell.119.cap.7.& auth.ma-
læ fidei* † *C.de long. temp. præſcript.* agatur de præ- 5
ſcriptione X. aut XX. annorum, & jus iſtud ſit cor-
rectorium, recte proinde Dd. videntur id reſtrin-
gere ad uſucapionem rerum immobilium & alias
verius eſt, ut poſſeſſor rei mobilis ſciens alienan-
do non faciat furtum: ſicut & iidem recte reſtrin-
gunt vel declarant *d.Novell 119.* ut procedat, ſi ipſo
tempore alienationis adſit mala fides alienantis.
Quin & amplius volunt, ut tantum hic non poſſit
uſucapere, qui rem immediate accepit à malæ fi-
dei poſſeſſore, ſecus tertio. Quod haud ſcio an
probare debeam, ſiquidem indiſtincte loquitur Ju-
ſtinian. nec videtur ratio, cur alia ſit ratio poſſeſſo-
ris primi, qui & ipſe habet bonam fidem: & ſi hic
ſtatim rem alienet, jam fieret fraus conſtitutioni
Juſtiniani: Et ita tamen ut retuli, etiam cenſet *Fa-
ber n.8.* ex hac ratione, quod mala fides non ſit vi-
tium reale, ſed hac ratione nec obeſſet primo em-
ptori, cōtra quam conſtituit Juſtinianus. Amplius
Ang.in §.furtiva h t. reſtringit *d. auth.* ad alienatio-
nem voluntariam, & porro, quod notandum eſt, ad
eum qui initio poſſeſſionis habuit malam fidem,
non cui poſt ſupervenit.

TEXTUS.

4. Aliquando etiam furtiva, vel vi poſſeſſa
res uſucapi poteſt: veluti ſi in domini po-
teſtatem reverſa fuerit: tunc enim vitio
rei purgato, procedit ejus uſucapio.

COMMENTARIUS.

HÆc limitatio tribuitur Legi Atiniæ in *l.4.§.
quod autem 6.h.t.* & non uno loco præterea de
ea tractant textus juris *l. quamvis 84. de furtis l.ult.*

h.t.

h.t. Et mihi tamen ſemper hæc exceptio inſubtilis viſa eſt, & veriſſime hic adnotatum ab Accurſ. quod hoc caſu, ubi in poteſtatem domini res rediit deſierit eſſe vitioſa; & velut ipſe hic ait Juſtinian. vitium ſit purgatum. Quod ſi vitium purgatum eſt, ergo res non amplius eſt vitioſa, & conſequenter nimis quam craſſe dicitur hoc §. & alibi, rem furtivam vel vi poſſeſſam uſucapi poſſe; perinde ſi quis dicat, rem ſacram, vel religioſam poſſe uſucapi, poſtquam deſiit eſſe ſacra; neq; profecto hoc videtur ſatis defendi, vel ſaltem excuſari poſſe.

Et ſane Juriſcōſulti iſtud præcipue hic tractant, cum non tantum auferendo rem dominis, ſed etiam aliis eam tenentibus furtum committatur §. *furti 13. infra de oblig. ex del.* an omnino in domini poteſtatem rem rediiſſe oporteat, an ſufficiat veniſſe in ejus poteſtatem, penes quem res erat cum auferretur, & an omnino neceſſe ſit, dominum apprehendiſſe rurſus poſſeſſionem. Et id minime ita præciſe accipiendum eſſe docent JCti, ſed ſufficere, ſi quomodocunq; domino ſit ſatisfactum, veluti ſi æſtimationem litis dominus acceperit *dict. l. quamvis 84 de furt.* vel ſi cum fure tranſegerit, aut à fure pretium acceperit *d. l. 84.*

Et haud dubie ſive in ipſius domini, ſive in alterius, domini voluntate, poteſtatem pervenerit, vitium purgatum eſſe intelligetur. Quod ad prius autem attinet, ita accepta eſt Lex Atinia, ut oporteat rem in domini poteſtatem rediiſſe, non ejus cui ſubrepta fuit, veluti commodatarii, conductoris, *l. 4 §. quod autem 6. h. t.* quoniam hi tantum actionem mere pœnalem, nullam autem pro re ipſa perſequenda habent actionem, de quo dicemus *infra §. 13. cum ſeqq. de obl. ex delicto.* Eadem eſt ratio ſi creditori ſubrepta res ſit *dict. leg. 4. § 6. h. t.* purgatur enim vitium ubi in manum domini debitoris reverſa res eſt, ubi videlicet ab alio ſubrepta eſt, quod ſi enim ipſe debitor rem propriam ſubripiat debitori; (quo caſu furtum quoque committi conſtat § *aliquando 10. infr. de furt.*) cum ipſe dominus furtum faciat, purgatur vitium, ubi in creditoris poteſtatem redit *l. ult. h. t.* videlicet omnimodo, & ſiquidem hic aliqua ratio debet eſſe purgandi vitii per reditum in manus alterius quam furis: Ceteroquin & inſuper ſubtili quadam ratione, cum ipſe fur ſit dominus, videtur ſimul & res furtiva facta & vitium purgatum; quo fit, ut (ſi forte res non fuerit propria debitoris) non ſi diſtraxerit debitor, uſucapioni ſit locus *l. 5. pro emptore l. 4. §. ſi rem 21. de uſucap.* quamvis alias etiam in re propria debitoris, per varias commutationes poſſit accidere, ut quæratur de jure uſucapiendi, Et ſane Porcius poſt alios, hic diſtinguit, inter rem propriam & alienam pignori obligatam, & ab ipſo debitore ſubtractam. Certa huc pertinentia ſatis copioſe exponuntur in *l. 4. §. 6. cum multis ſeq. h. t.*

TEXTUS.

5. Res fiſci noſtri uſucapi non poteſt: Sed Papinianus ſcripſit, bonis vacantibus fiſco nondum nuntiatis, bonæ fidei emtorem traditam ſibi rem ex his bonis poſſe uſucapere: & ita Divus Pius & Divus Severus & Antoninus reſcripſerunt. Noviſſime ſciendum eſt, rem talem eſſe debere, ut in ſe non habeat vitium, ut à bonæ fidei emptore uſucapi poſſit, vel qui ex alia juſta cauſa poſſidet.

COMMENTARIUS.

1 *Variatio Triboniani.*
2 *De ſententia* l. 13. de diverſ. præſcript.

PERTINET ad tractatum §. 1. & 2. *ſupr. h. t.* de rebus, quæ uſucapi poſſunt. Variæ ſunt res quæ effugiunt uſucapionem, & pro earum diverſitate variæ quoque hujus juris cauſæ. Iſtud privilegium eſt rerum fiſcalium, *h. §. & l. ubi 24. in f. h. t. & l. 18 eod. l. 2. C. comm. de uſucap.* ne Princeps per uſucapionem damnum patiatur; cum præſertim in eo ceſſat ratio negligentiæ, cum aliæ ſint ipſius curæ, quam ut inquirat, quæ res ſint ejus vel publicæ, quæ cura eſſe debet procuratoris fiſci, qui cum dominus non ſit, non debet negligentia ſua damnum principi inferre. Eademq; cauſa videtur, ob quam nec res civitatum uſucapi poſſunt *l. u. necap. 9. h. t.* Et tanto magis id procedet in rebus quæ dicuntur patrimoniales principis, quippe quæ conferuntur cum fiſcalibus in § *ult. h. t.* Et tamen poſſeſſoribus prodeſſe vetuſtatis auxilium reſcriptum eſt in *l. ult. Cod. de fund. priv.* quod de tempore XL annorum accipiendum docet *l. ult. C. de fund. patrimon.* & arg. ex *l. 4. C. de præſcr. 30. ann.* Secundum quam quodvis etiam jus publicum & publica perſecutio excluditur præſcriptione 40. annorum quo fiet, quod tantum excipitur, tributorum collatio *l. com-*

perit 6. C. de præſcript. 30. ann. Sed ruſus aliud Juſtiniano placuiſſe videtur in *l. ut inter 23. Cod de ſacroſanct. Eccleſ.* ubi civitatibus demum vult obſtare præſcriptionem centenariam, & multo igitur magis hoc jure utetur fiſcus, ita parum memor fuit

1 † Tribon eorum quæ ſcripſit *ſub tit. C. de præſcr. 30. ann.* Quæ res facit ineptire Dd. ut ſpeciale ſtatuant, in hereditate, donatione, venditione legato, quorum mentio in *d. l. 23.* cujus ſpecialitatis nulla penitur ratio reddi poteſt. Sed Juſtinianus, aut potius Tribonianus deſultoria levitate jura mutavit; quippe qui cum *d. l. 23.* etiam Eccleſiis vindicantibus res, voluit obſtare demum 100. annorum præſcriptionem, quod confirmat *Num. 9.* tamen poſtea *N. 111 & 131 cap. 6.* mutat, & 40. annorum præſcriptionem Eccleſiis obſtare conſtituit, qua conſtitutione puto etiam pro correcto habendum, quod de civitatibus diſpoſitum erat in *dict. leg. ut inter 23. Codic. de SS. Eccleſ.* tum quia ibi confert civitates & Eccleſias, tum quia ratio qua ſe motum refert, ut mutaret priorem conſtitutionem in *dict. Novell. 111 in pr.* itidem militat in civitatibus: & cum Eccleſiæ alias ſint magis favorabiles, rationis non eſt, ut plus tribuatur civitatibus. Placet tamen fere communius, excipi Eccleſiam Romanam, & huic tantum opponi poſſe centum annorum præſcriptionem, ſed recte hoc improbat *Cujac. 5. obſ. 5.* Etenim N. 9. non datur ſpeciale privilegium Eccleſiæ Romanæ ſcil. quod ante diſpoſitum erat in Oriente, etiam producitur ad Occidentem: nec tantum de Romana Eccleſia. Sed de omnibus Occidentis Eccleſiis ibi tractatur & diſponitur. Ceterum de rebus fiſci ſcrupulum movet *l. in o-*

2 *mnibus 13. de diverſ.* † *& temp. præſcript.* ubi dicitur in fiſci quæſtionibus, (niſi ſpecialem minora tempora ſint conſtituta) præſcriptionem vicennii cuſtodiri, Acc. id quidem refert ad bona necdum fiſco nunciata, ſed obſtat, tum quod ſimpliciter ita reſpondetur de omnibus fiſci quæſtionib. tum quod bonorum necdum fiſco nunciatorum videtur eſſe uſucapio; & vix dubitatio, quin in *l. quamvis 18 h. t. in fin.* pro *uſucapio* ſubſtituerit Tribonian. *diutina poſſeſſio.* Ego malim *d. l. 13.* referre ad cauſas criminales, ex quibus bona damnatorum, & ex quibuſdam cauſis etiam non damnatorum pertinent ad fiſcũ, vel etiam bonorum pars: ut nimirum ſicut ipſorum delictorum perſecutio, ita & perſecutio bonorum, quam fiſcus habet, vicennii præſcriptione excluditur.

Bonis vacantibus.] Idem in *d. l. 18 h. t.* Eſt hoc ex numero regalium, quæ pertinent ad locupletandũ fiſcum: jus occupandi boni vacantia: veluti ſi quis ſine ſucceſſore decedat. Et erant delatores, qui aliquo lucro invitati denunciabant fiſco, hujuſmodi bona. Poſſunt etiam huc referri bona caduca vel in cauſa caduci: nam & hæc ita diſponente Lege pro vacantibus habentur. Ea autem fere ſuſtulit Juſtin. in *l. un. C. de caduc. toll.*

Uſucapere poſſe.] Juſtinian. vetera & nova jura cõfuſe tractet Super bonis vacantibus & non nunciatis olim poſt 4. annos fiſcus quæſtionem movere non poterat, *leg. 1. Codic de quadr. præſcript. l. 1. §. divus de jure fiſci. leg. 10. §. 1. diverſ. præſcript.* Eo jure utile erat ea accepiſſe titulo & bona fide, quo uſucapio erat anni vel biennii. Hodie immobilia demum 10. aut 20. annis uſucapiuntur. Et an igitur fiſcus hodie uſque ad 20. annos poterit movere quæſtionem ſuper bonis vacantibus? Vix dixerimus, ſed aut referam hunc §. ad res mobiles, aut dicam hoc ita ex jure veteri huc relatum. Adde, quod jus fiſci quod habebat in bonis reorum adnotatorum demum finiebatur præſcriptione 20. annorũ *l. 1. §. 3. de jur. fiſci*: quoniam hoc jus potentius erat, ex delicto. Adde quod fiſco petenti res quæ in commiſſum cecidiſſe dicũtur, obſtat præſcriptio quinquennii *l. 2. C. de vectigalibus*, & iſtis ſcilicet caſibus, quia actionib. fiſci ejuſmodi tempus præſcriptum eſt, obſtabit exceptio ſine ulla bonæ, vel malæ fidei conſideratione.

Noviſſime ſciendum eſt.] Diximus ad §. 1. *h. t.* hoc eſſe præcipuum & primum requiſitum, ut res ſit habilis, & id ante omnia ptæſupponendum. Ait autem *noviſſime*, quia aliquot §§. tractavit de rebus, quæ uſucapi poſſunt, vel non poſſunt.

TEXTUS.

6. Error autem falſæ cauſæ uſucapionem nõ parit: veluti cum quis non emerit, emiſſe ſe exiſtimans poſſideat: vel cum ei donatum non fuerit, quaſi ex donatione poſſideat.

Dixi ad pr. huius tit. In verbis, Rem emerit.

TEXTUS.

7. Diutina poſſeſſio, quæ prodeſſe defuncto ceperat, & hæredi & bonorum poſſeſſori continuatur, licet ipſe ſciat, alienum prædium eſſe. Quod ſi ille initium iuſtum

juſtum non habuit, hæredi & bonorum poſſeſſori, licet ignoranti poſſeſſio non prodeſt. Quod noſtra conſtitutio ſimiliter, & in uſucapionibus obſervari conſtituit, ut tempora continuentur. Inter venditorem quoq; & emtorem conjungi tempora Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.

COMMENTARIUS.

1 *Continuatio poſſeſſionis & n. 8.*
2 *Interruptio civilis.*
3 *Continuatio poſſeſſionis in diverſis perſonis.*
4 *Mala fides autoris an noceat ſucceſſori.*
5 *Et quid ſi hæres nolit acceſſione defuncti uti.*
6 *Caſus uſucapionis pro herede.*
7 *De ſucceſſore ſingulari.*

POſſeſſio fundamentum eſt uſucapionis *l. fine 25. h. t.* poſſeſſio ſcilicet cum animo domini cōjuncta, quippe cum uſucapione dominium adquiratur; in qua poſſeſſione eſt, uſus rei, ex quo uſucapio appellata eſt. Poſſeſſio requiritur temporis, lege definiti *leg 3. h. t.* de quo in *princ h. t.* Et eam poſſeſſionem oportet eſſe continuatam, † non in-
1 terruptam; adeo ut ſi quis poſſeſſione 10. vel 20. annorum interrupta rem tenuerit, rem non uſucapiat. Interrumpitur poſſeſſio naturaliter ac civiliter: Naturaliter, ſi quis poſſeſſionem amittat, veluti de ea dejectus, *l. naturaliter 5. h. tit.* civiliter per litis conteſtationem: quamvis revera hoc modo non interrumpatur poſſeſſio, quæ manet apud reum conventum. Sed interrumpitur adquiſitio. Et de naturali interruptione dubium non eſt, quin olim etiam & in uſucapione & in præſcriptione ita jus fuerit, ut ſi quis ante uſucapionem impletam eā deſierit poſſidere, poſſeſſione iterum apprehenſa, tempora priora computata non fuerint, ſed oportuerit tempora de novo inchoare, & conſequenter uſucapioni non fuerit locus, ſi tempore rurſus apprehēſæ poſſeſſionis quis ſciverit rem eſſe alienā, probatur iſtud in *d. l. 5 h. t.* & apertiſſime in *l qui fundum 7. § qui bona 4. pro emptore. l ſi is qui 15. §. pen. h. t.* Neque obſtat *d. l. 7. in pr.* cujus ea ratio eſt, quod uſucapio cœpta & hæreditate jacente licet nemo poſſideat, continuatur & impletur, ut ſupra diximus ex *l. cœptam 40. h. t.*
2 Quod attinet interruptionem † civilē, illud quoque conſtat, uſucapionem in ſpecie dictam jure veteri per litis conteſtationem non fuiſſe interruptam, ſed pendente etiam lite impletam obtinuiſſet uſucapio quoad effectum eſſet inutilis, cū poſſeſſor licet ſubtilitate juris dominus effectus cogeretur juxta ſententiam rem reſtituere, & inſuper cavere, ſi forte poſt impletam uſucapionē rem oppignoraſſet, aut ſervum petitum manumiſiſſet, *l ſi poſt 18. de rei vindic.* Adeo abſoluto poſſeſſore dubium non eſt, quin propter uſucapionem impletā perpetuo jure dominus fuerit effectus. De præſcriptione ſecus fuiſſe conſtitutum communiter placuit, ut ea per litis conteſtationem ita fuerit interrupta, ut licet abſolutus poſſeſſor, priora tempora imputare non potuerit, ſed de novo præſcriptionem inchoare neceſſe habuerit; probatur ex *l. nemo 10. Cod. de adq poſſeſſ. leg. 1. & 2 & leg. nec bona 10. Codic. de long. temp. præſcript.* adeo quidem ut juxta *dict. leg. 1.* nec ſufficiat poſt motam quæſtionem & litis conteſtationem, eandem longo tempore poſſediſſe; quoniam ex quo interrupta uſucapio eſt, & per litis conteſtationem inducta mala fides *d. l. 10.* perinde eſt, ac ſi quis tempore poſſeſſionis adprehenſæ fuerit in mala fide. Videri abſurdum equidem poſſit, ut propter conteſtationem litis jus jam quæſitum amittatur, cum in eodem ſtatu maneat poſſeſſio. Sed hic effectus tributus eſt quæſtioni motæ, quæ facit, ut poſſeſſor incipiat de jure ſuo dubitare *dict leg. 10. Cod de adquiren poſſeſſ.* adeoque longe eſt major effectus litis conteſtationis, quam ſi ſimpliciter ſuperveniat rei alienæ ſcientia, per quam interrumpi præſcriptionem nuſquam ſcriptum eſt. Hodie cum uſucapionis jus & effectus tributus ſit præſcriptioni per *l. un. C. de uſucap transf* defendendum videatur, quod præſcriptio amplius per litis conteſtationem non interrumpatur, aut illa confuſio ſecundum quid erit accipienda: Cæteroquin non poterit ab inſigni incuria & ſocordia Tribonianus excuſari, quod textus abrogatos nova conſtitutione Juſtiniani nobis tradiderit. Illud quoque addendum, hodie ut interrumpatur uſucapio, non opus eſſe litis conteſtatione, ſed etiam ſufficere oblationem libelli *l 2. & 3. C. de ann. except.* Hæc de continuatione poſſeſſionis. Continuatur autem
3 † poſſeſſio non tantū in una & eadem perſona, ſed etiam in diverſis, ubi ab uno ad alium res legitime tranſlata eſt; ita ut ſi v. c. unus inter præſentes quinq; alter aliis quinq; annis rem poſſederit, uſucapio completa intelligatur. Et hoc ſ. in l acceſſione uni-

Digitized by Google

re univerſali, hærede, qui acceſſione utitur ejus temporis quo defunctus poſſedit, *h. §. in pr.* 2. etiam in ſucceſſore ſingulari, *§. Inter h. t.* ubi hoc tribuitur conſtitutioni Impp. Severi & Antonini, adeo ut ante hos continuatio in ſucceſſore ſingulari non habuit locum: nec dubitandum eſt, quin quod de venditore hic dicitur, idem habeat locum in eo, qui permutatione, aut alio titulo ſingulari rem accepit. per *leg. Pomponius* 13. *§. in dote* 6. *§. ſed & 10. de adq. poſſ.* ubi pluribus agitur de acceſſione temporis, quæ etiam probatur in *l. de acceſſ.* 14. *§. 2. de div. præſcr. l. 2. § pen pro empt.* Illa altera huic connexa quæſtio eſt, an noceat ſucceſſori mala fides autoris ſui, à quo rem accepit. Et hic quoque duplex ſucceſſor diſtinguendus eſt. De univerſali hic expreſſe traditur, & ei prodeſſe & nocere vitium, & ſcil.
4 malam fidem † autoris, ut 1. ſi defunctus habuerit bonam fidem, uſucapit hæres, licet ſciat ipſe rem alienam eſſe *h. § & l. hæres* 43. *in pr. h. t.* Quod accidit propter repræſentationem defuncti, cum quo una perſona cenſetur. 2. ut ſi defunctus rem acceperit mala fide, hæres uſucapere non poſſit, licet putet rem fuiſſe defuncti *h. §. & l. cum hæres* 11. *de diverſ. præſcr.* quod fit propter eandem repræſentationem. Ad quem caſum pertinet *l. vitia* 11. *C. de adq. poſſ.* ut apparet ex verbis *culpa autoris, & majoribus*, quæ etiam faciunt, ut de vitio reali ille locus non recte expliceiur; & mala fides quoq; ſuo ſenſu, vitium poſſeſſionis dici poteſt. Ubi tractat Dd. an idem ſit, ſi hæres ex ſua perſona incipere uſucapionem & tempora poſſeſſionis computare velit. Et
5 placuit multis poſſe hoc hæredem facere, † atque ita malam fidem defuncti ei non futuram impedimento, quos ſequitur & probat *Ang. in §. ſed tamen h. t. n. 2.* quamvis contrarium magis probet *Balb. de præſcr. p. 2 tert. part. pr. q* 12. Et communiter hoc teneri confirmat *Weſemb. hic.* Et hæc ſententia omnino veriſſima eſt. Etenim 1. alias jure veteri, quo uſucapio anno vel biennio abſolvebatur, non magnus fuiſſet effectus illius ſententiæ, quod mala fides defuncti noceat hæredi, & impediat rem uſucapi, quinimo non impediiſſet. Deinde conſtat hac in re differre ſucceſſorem univerſalem & ſingularem; atqui de hoc reſponſum eſt, ei non nocere malam fidem autoris, niſi ejus acceſſione uti velit *l. Pompon.* 13. *§. 1. de adq. poſſ.* Ergo univerſali nocebit vitium defuncti, licet ejus acceſſione velit non uti. Tertio ſuadent hoc textus generales *h. §. & in d. l.* 11. *de diverſ. præſcr.* Et deniq; omnino evincit hanc ſententiam repræſentatio illa quam diximus, & quod hæres una perſona cum defuncto cenſetur, ita ut perinde habeatur; ac ſi ipſe defunctus adhuc rem poſſideret; neque quiſquam ſibi mutare poteſt cauſam poſſeſſionis, & in arbitrio hæredis non eſt, an velit repræſentari defunctum, vel non. Neque obſtat *l. pen. pro hered.* quoniam ibi nullum vitium fuit defuncti, neq; defunctus rem ibi mala fide poſſedit: veluti ubi res fuit defuncto commodata vel pignorata, quam heres defuncti eſſe putabat; quo caſu nihil eſt, quod heredi ex perſona defuncti nocere poſſit; quamvis ſupra diximus, magis obtinuiſſe ut hoc caſu quoque heres uſucapere non poſſit. Non obſtat adeo *l. non ſolum* 33. *§. 1. verſ. hoc amplius h. t.* nam & ibi nullum vitium eſt defuncti, ſed quæritur de heredis ſolius uſucapione, v. c. Titius fundum emit a Lucium, qui fuit Sempronii, & poſtea Titius inſtituitur heres à Sempronio, jam fundum, quem pro emptore antea ceperit poſſidere, pro herede poſſidet. Et cum ut ſupra probavimus ad *pr. tit.* juſtus error facti non impediat uſucapionem aut titulum, idem erit, ſi quis ex juſta cauſa heredem ſe eſſe cum revera non eſſet, exiſtimet: qui caſus eſt *d. verſ. hoc amplius.* Sed cum in his terminis † defunctus, de cujus hereditate quæritur, 6
fuerit dominus, non poterit de uſucapione tractari ubi quis verus heres eſt: ſed tractabitur de ea, ubi putabit ſe heredem eſſe, & hic erit caſus, quem ſupra quæſivimus in *§. unde in rebus*: quo uſucapioni erit locus titulo pro herede. Et dicam ei eſſe locum, etiamſi fundum emerit Titius mala fide, & poſtea vere ſuccedat ei quem putat fuiſſe dominum: & itidem, ſi putat ſe eſſe verum heredem ejus, qui vere erat dominus: ſiquidem juxta *d. l.* 33. *§. 1. h. t.* ſi quis mala fide emerit, ſuperveniente nova cauſa, vitium tituli præcedentis non amplius nocere probatur. Et de hoc caſu poteſt etiam explicari *l. pen. pro hered.* Nec eadem ratio eſt, ubi nullũ ante habuit titulum heres nec poſſeſſionem, veluti in re defuncto commodata aut pignorata, ad quem caſum recte refertur *l. 1. & ult. C. pro hered.* & ubi poſſeſſionem rei & titulum per ſe habilem ad uſucapionem habuit heres, qui per ſucceſſionem vel juſtam opinionem ſucceſſionis juſtificatur; ſed vix quidquam hic certo affirmare poſſim; & in hujuſmodi quæſtionibus, non omnibus idem placuiſſe, non eſt abſurdum.

Hæc de ſucceſſore univerſali. Quod ad ſingularem † attinet, conſtat jure veteri non nocuiſſe ei 7
rem bona fide accipienti, quod autor ejus rem alie-

nam

nam eſſe ſciv'r, ut expreſſiſſimum eſt in §. *quod autem b. t. l. quam rem 38 eod.* Ceſſat enim hic repræſentatio & unitas perſonarum. Et hinc vice verſa quoque bona fides autoris non prodeſt ſucceſſori mala fide rem accipienti, ut apparet ex *pr. h. t.* Juſtin. tamen contra prius illud conſtituit in *N. 119. cap. 7. auth. mala fidei. Cod. de praſcr. long. temp.* ut ſi v. c. venditor ſit in mala fide, non poſſit, emptor, licet bona fide rem accipiat, uſucapere, juxta ea quæ explicavimus *ſup. ad §. quod autem b. t.* Et ſcilicet non nocet vitium autoris, ubi ſucceſſor à ſe incipit, & poſſeſſionis tantum ſuæ tempora computat, ceteroquin ſi velit uti acceſſione autoris, nocebit ei vitium ejus, quippe non poterit uti ejus poſſeſſione, niſi cum adjunctis qualitatibus, ut docet *ICtus in d. l. 13. §. 1. de adq. poſſ. l. apud 4. §. de autoris 27. de doli. except.* objicitur tamen hic *d. l. 4. §. ſi quis autem 29.* Neque poteſt dici, quod ibi quis voluerit uti acceſſione autoris, quippe cum ibi diſerte diſtinguat ICtus inter titulos, & aliud in donatione & legato, aliud in emptione obtinere ſtatuat, & in hac re quoſdam ita inter titulum lucrativum & oneroſum diſtinxiſſe, apparet ex *l. pen. in f. C. de long. temp. praſcr.* Atqui in hoc caſu itidem nocet mala fides venditoris, cujus acceſſione quis vult uti *d. l. 13. & d. l. 4. §. 17.* Diſtinguendum omnino eſt, quod aut convenitur is, qui rem accepit ab eo qui mala fide rem tenuerat: aut agit contra alium. Illo caſu rendiſtincte verum eſt, non nocere malam fidem autoris, poſſidenti, qui ex ſua perſona computat tempora, licet titulo lucrativo rem teneat. Hoc caſu, & ſi agat, nocere malam fidem autoris, ſi titulus ſit lucrativus: quæ Dd. communiſſima eſt ſententia. Et alias conſtat facilius dari exceptionem, quam actionem. Et tamen ſcrupulum movet, quod utique uſucapio certo jure procedit etiam ex titulo lucrativo: *t. t. pro don. & pro legat.* ubi adeo quis uſucapioni dominium quæſivit, non convenire videtur, ut agens dominus, repe latur exceptione malæ fidei autoris, quæ non fuit impedimento uſucapioni. Ut fortaſſe cogitandum, an non probanda diſtinctio Accurſii inter ſimplicem malam fidem, & dolum malum autoris, qui longe eſt odioſior. Sed nimis fortaſſe de his multa. Videamus cetera hujus
8 loci. Ait Juſtin. Conſtitutione ſua † introductum, ut in uſucapionibus quoque tempora continuentur, quem *verſ.* Cujacius putat, tranſpoſitum, & ſubjiciendum poſt §. *Inter.* hoc ſenſu, quod Juſt. produxerit etiam ad uſucapionem quod olim tantum in præſcriptione & adquiſitione per longum tempus obtinebat: ſiquidem non videbatur rationis, ut in tam brevi ſpacio anni vel biennii tempora continuarentur. Verum minime neceſſum eſt mutare locum hujus §. cum id referatur commode ad *pr.* §. quo dixit, diutinam poſſeſſionem continuari in heredem; cui recte ſubjicitur idem in uſucapione & ſcilicet rerum mobilium habere locum. Tum porro iſti ſententiæ obſtat, quod ſimpliciter ſcriptum eſt, ſucceſſorem ſingularem quoque uti acceſſione autoris ſui, *l. id t. mpus 14. h. t.* late in *l. Pompon. 13. §. 1. cum multis ſeqq. de adq. poſſeſſ.* Nec iniqua conditio infertur domino priſtino, ſi eo temporis ſpatio res adquiritur, quo adquiſita fuiſſet, ſi penes veterem poſſeſſorem manſiſſet: cum imo hactenus fiat melior conditio domini, quod ſi novus poſſeſſor rem apprehenderit mala fide, uſucapioni locus non eſt, quam non interrupiſſet mala fides, ſuperveniens priſtino poſſeſſori. Et eſt textus expreſſus in *l. d. acc ff. 14. §. 2. de divers. praſcr.* eſſe acceſſioni locum etiam ſi ſervus venditus ſit; atqui res mobiles olim ubique anno uſucapiebantur, in *pr. ſup. h. t.* ita quoque in *l. 2. §. pen. pro empt.* tempus venditoris emptori ad uſucapionem procedere reſpondetur; & temerarium eſt iſta adtribuere Triboniano cum Cujacio in *l. tempus 14. h. t. & VVeſemb. hic.* Nec obſtat *l. ſi ades 32. §. 1. de ſerv. verb. prad.* vel quia propria ſervitutum ratio eſt: vel potius quia ibi non poſſeſſio ab uno in alium rite tranſlata, ſed alias ab uno amiſſa, & poſt ab alio apprehenſa fuit. Eran igitur falſo Juſtinianus hoc ſibi tribuit, quod etiam aliis locis factum eſt? An aliter explicamus hunc locum, & cum Hottomanno, & conjungimus hunc *verſ.* cum eo quod in pr. ſcribit Juſtin. bonam fidem defuncti prodeſſe heredi, etiamſi hic ſciat prædium eſſe alienum; quod nimirum Juſtinianus etiam ad adquiſitionem rerum immobilium produxerit, ſcilicet in *l. un. C. de uſucap. transform.* quod olim ſecus fuiſſe putat Hottom. in herede quoque, qui rem à defuncto licet bona fide poſſeſſam adprehendens, ſciens alienam eſſe committere furtũ intelligatur, *arg. §. unde in rebus ſup. h. t.* Et tamen ſimpliciter ſcriptum legimus continuationem non impediri heredis ſcientia *l. 2. §. ſi defunctus 19. pro empt. & l. heres 43. h. t.* ubi nominatim diſtinguitur an heredi primo res tradita ſit (ſcilicet ex contractu quem defunctus geſſit,) non poſſeſſio jam fuerit quæſita defuncto: neque ſimplex ſcientia rei alienæ poteſt inducere furtum; & cum hic militet ratio à repræ-

liqua tantum manſit diſtinctio fiſcalium bonorum, & eorum quæ patrimonialia Principis appellabantur.

Licet enim, ut diximus, fiſcalia quoque, propria Principis eſſe cenſerentur, tamen alio ſenſu patrimonialia, propria dicebantur: & nimirum fiſcalia erant propria principis qua principis, ſed patrimonialia propria Juſtiniani: nam cum ſæpe ex privatis eligerentur Impp. bona eorum propria utique diſtincta à fiſcalibus fuerunt: Sed & quibus ad uſum domeſticum & quotidianum ſuum ſuorumque utebantur principes, patrimonialia dicebantur: unde procuratores, & poſt comites rerum privatarum, quibus harum rerũ cura & adminiſtratio permiſſa erat *t.t. Cod. de offi. com. rer priv.* ubi olim procuratores patrimonii dicti *l. cum ſervus alias l. apud. 39. §. ult. de lega* 1. Hæc præmittenda fuerunt, jã textum videamus. Triplex jus proponitur circa res fiſcales & patrimoniales principis. Primum ex Edicto Marci: ut emtor rei fiſcalis poſt quinquennium ſit ſecurus, cujus mentio in *l. ult. C. ſi adv. fiſcum* Quod intelligo, ut ſimpliciter, dominus repellatur exceptione quinquennii citra conſiderationem bonæ fidei: ceteroquin, quod abſurdum fuerit, deteriori conditione fuiſſet qui à fiſco emit quam qui à privato: cum qui ob hoc rem accepit titulo & bona fide etiam rem immobilẽ biennio uſucaperet, niſi ad prædia in provinciis vendita hoc quis referre velit, quod generalitati Edicti minus convenit: cum id temporis Impp. in Italia haberent ſedem in urbe Roma. Objicitur hic inepte ex *cap. intellect. de jurejur.* res fiſci non poſſe alienari. Hoc enim ſimpliciter acceptum falſum utique eſt, cum conſtet ſub haſta multas res publice venditas à fiſco fuiſſe: & venditionem legitime factam præſupponi oportet. Alterum jus eſt ex conſtitutione Zenonis in *l. 2. C. de quadrien. præſc.* ut qui rem emit à fiſco ſtatim ſit ſecurus, ſive conveniatur à domino aut à creditore, cui res obligata hypothecæ fuit: ſive cauſa aliquo amiſſa poſſeſſione agat: domini autem & creditor ſuper indemnitate, jus agendi intra quadriennium habeant adverſus fiſcum, condictione ex *lege, ut gl. & Interpp.* hic notant. Quod ita conſtitutum eſt, tũ ut eo facilius, fiſcus reperiat emptorem: tum ut ne convellatur venditio, publica auctoritate celebrata. Habet autem hoc jus non parum iniquitatis 1. quia aufertur domino jus vindicandi & perſequendi rem ſuam, quam forte habere potius quam pretium ipſius intereſt, 2. quoniam ita domino vel creditori durior objicitur adverſarius. 3. quia ita breviſſimo ſpatio dominus rem ſuam amittit, quam alias ampliatis uſucapionum temporibus demum 10. aut 20. annis amitteret: cum præſertim non diſtinguatur, an in mala an bona fide emptor fuerit. Et hinc eſt quod Dd. communiter hic notant *h. §.* contineri jus iniquum, quod improbetur jure canonico, *c. cum placuit 16. q. 3. c. quicunq. 17. quæſt.* 40. Oportet tamen rem talem à fiſco venditã eſſe, quæ vitio careat, & quam fiſcus eſſe exiſtimet ſuam. & inſuper, quæ non ſit eorum qui ex juſta & probata cauſa reſtitutionem merentur per textus in *l. neque 5 C. de veſtit. milit.* (in qua obſervandum eſt, quod Tribonianus, pro *quinquennio*, ſubſtituit *quadriennium*; quod Zeno introduxerat) *l. non ideo 5. C. de lib. cauſ.* ubi tamen hoc annotandum, quod ſi pro fiſcali debito res vendatur, reſtitutio non habeat locum *l. quæcunque 5. C. de jur. haſt. fiſc.* quoniam hic fiſcus nõ vendit rem ut ſuam, ſed ut alienam pro debito ſuo, quod maxime eſt privilegiatum. Sed inſuper hic locus limitandus videtur, ſi fiſcus communi jure rem ſuam ut totam ſuam vendat: ſecus ſi ſpeciali jure rem ſibi cum privato communem diſtrahat: quo caſu contra emptorem videtur domino integra eſſe actio per text. in *l. un. Cod. de vendit. rer. fiſc.* Porro huic quod Edicto & conſtitutione Zenonis diſpoſitum hic dicitur, objicitur quod vendita hereditate, actiones creditorum, & ipſa utilis petitio hered. contra fiſcum non datur, ſed contra emptorem *l. 1. C de de hered. vend. l nec ullam 13. d. l. etiam §. Item ſi quis 9 de hered. pet.* Plane in ſpecie *d. l. 1.* fiſcus vendidit hereditatem quæ ad ſe jure pertinebat, quo caſu ſpeciali privilegio actiones creditorum perſonales in emptorem dantur: nec hoc ad caſum noſtrum pertinet. Difficilius eſt reſpondere ad *d. l. 13.* & vix videtur ſufficere diſtinctio inter univerſitatem, & res ſingulares Expedita eſt reſponſio Joh. Fabri, præſcriptionem iſtam Zenonianam jure Dig. incognitam fuiſſe: adeo veſtigium antiquati juris nobis reliquit ſocordia compilatorum. Tertium denique Juſtiniani jus eſt qui conſtitutum de rebus fiſcalibus, produxit etiam ad res quæ in principis vel Auguſtæ patrimonio eſſe dicuntur *h. §. in f. & l. ult. C. de quadrienn. præſcr.* ubi recte ait non eſſe differentiam conſtituendam inter res quæ fiſcales ſunt, & quæ patrimoniales, cum omnia Principis eſſe intelligantur nimirum fiſcales quoque, (ut ridiculi ſint qui hinc omnia principis eſſe colligunt, etiam bona ſubditorum) per ea quæ ſupra ad *pr. §.* diximus. Et imo videatur iſta Juſtinianæ

conſti-

conſtitutione non fuiſſe opus, & etiam ante obtinuiſſe hoc jus in Principis & Auguſtæ rebus per textum generalem in *l. fiſcus 6. § ult. de iur. fiſc. iunct. l. princeps 31. de legib. fac. l. pen. C. de don. int. vir. & ux. l. 3. C. de præpoſ. ſacri cubic.* Nec obſtat *l. quod principi 56. cum l. ſeq. de legat. 2.* ibi enim ſpecialis eſt ratio Principis, quæ in Auguſta non habet locum, quippe quæ ſucceſſo rem non habet: quod ſecus eſt in Principe, cui quod legatum eſt, non tam perſonæ huic, quam Principi qua tali legatum eſſe intelligitur. Ait Juſtin.

Aut donationem.] Videlicet ubi præcedit expreſſum mandatum principis: ceteroquin procurator principis jus donandi non habet: quin nec vendere ſine cōſenſu principis poteſt *l. 1. § 1. de procur. Caſ.* Et omnino præſupponendum eſt alienationem legitime factam eſſe. Plane res à fiſco aliena: a latius accipi poteſt, ſi ſub haſta juxta ſententiam magiſtratus res debitoris damnati diſtrahuntur: ad quem caſum tamen haud ſcio, an hic §. ſit referendus: & magis eſt, ut non ſit referendus.

Noſtra autem divina.] Jam ſupra monuimus Impp. Chriſtianos parum pie paſſim ita de ſe tamquam Diis aut divis loqui: ſane apud Græcos vox θεῖα de quavis re excellente uſurpari ſolet.

AD TITULUM VII. LIBRI SECUNDI INſtitutionum.

DE DONATIONIBUS.

TEXTUS.

1. Eſt & aliud genus adquiſitionis, Donatio. Donationum autem duo ſunt genera, mortis cauſa, & non mortis cauſa. Mortis cauſa donatio eſt, quæ fit propter mortis ſuſcipionem: cum quis ita donat, ut ſi quid humanitus ei contigiſſet, haberet is qui donavit, reciperet, vel ſi eum donationis pœnituiſſet, aut prior deceſſerit is cui donatum ſit. Hæ mortis cauſa donationis ad exemplum legatorum redactæ ſunt per omnia: nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum legati an donationis inſtar eam obtinere oporteret, & utriuſque cauſæ quædam habebat inſignia & alii ad aliud genus eam retrahebant: à nobis conſtitutum eſt, ut per omnia fere legatis connumeretur, & ſi procedat, quēadmodum noſtra conſtitutio eam formavit. Et in ſumma donatio mortis cauſa eſt, cum magis quis ſe velit habere, quam eum cui donat, magiſque eum cui donat quam heredem ſuum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo &c.

COMMENTARIUS.

1 *An donatio ſit modus adquirendi civilis. & numer. 3.*
2 *De genere donationis.*
4 *Quæ ſint iuris gentium.*
5 *Donationis diviſio.*
6 *Quid ſit donatio mortis cauſa.*
7 *Caſus quibus reſolvitur aut revocatur hæc donatio.*
8 *Collatio huius donationis & legati.*

1 PRopoſuit Juſt. in *ſ. tit. 5* ſe acturum de modis adquirendi † ex jure civili. Et talis ſane modus eſt uſucapio, ſi fidem habemus Juſtiniano, talis modus adquirendi, habendus quoque erit donatio. Verum iſtud in principali ſpecie donationis ſine cōtroverſia falſum eſt. Nimirum principalis ſpecies eſt, donatio quæ dicitur inter vivos, de qua in §. *ſeq.* quam qui retulerit inter modos adquirendi juris civilis, ille ſane ad agnatos & gentiles fuerit deducendus; quin & ipſi Juſtiniano contradixerit qui in § *per traditionem 41. ſup. de rer. diviſ.* donationem refert inter cauſas adquirendi ex jure gentium: & res ipſa loquitur ſatis. Videndum hic eſt quid ſit donatio, † & videlicet an modus adquirendi, an 2
ſaltem titulus & cauſa. Cauſam eſſe probat *d. §. 41.* ibi, *ex cauſa donationis.* Modum eſſe adquirendi probat *h. t. in pr.* & methodi ratio. Breviter reſpondeo, donationis verbum videri ſignificare ipſam actualem rei traditionem, cum aliquid in alium gratuito confertur, & ita translationem rei, quæ habet implicatam cauſam: ſed uſu receptum fuiſſe, ut conventio quoque de donando, cum quis gratuito

tuito ſe alteri quid daturum promittit, diceretur donatio; quo ſenſu donatio dicitur eſſe ſtricti juris contractus in *l. eum qui 22. de donat.* atque hoc modo accipitur verbum donationis in *l. 2. in pr. & §. 1. & 2. & alibi h. t.* & ex donatione hoc modo accepta, non dominium ſed obligatio adquiritur: itaque in priori ſignificatu donatio hic uſurpatur. Ut redeam ad illud, unde digreſſus ſum, ut defendatur metho-
3 dus Juſtiniani, † dicimus ejus propoſitum fuiſſe principaliter agere de donatione mortis cauſa & propter nuptias, quæ non inepte ad jus civile referuntur. Donatio inter vivos juris gentium eſt, de qua quidem *Weſemb. ad rub. h. t.* tantum obiter actum ait, ut ejus collatione illuſtretur donatio mortis cauſa. Sed refellit hunc colorem prolixitas, qua utitur §. 2. neſcio autem quid hic nugetur Hottom. Et imprimis vehementer errat, dum ea omnia juris civilis eſſe ſtatuit, quæ Romani civibus tantum ſuis, non peregrinis communia eſſe voluerunt & ea juris † gentium, quæ Romani et-
4 iam cum peregrinis recte agunt. Sed imo ea juris gentium ſunt, quæ apud omnes pene gentes obſervantur, & quæ ita obtinerent, etiamſi nuſquam Reſp. Romana exſtitiſſet: ceteroquin juxta opinionem Hottomanni, ſucceſſiones, nuptiæ & alia plurima juris civilis, non gentium dicenda eſſent: penitus abſurde. Et fe[illegible]amus licet ea dici juris civilis, quæ pleraque à ſolemnibus civilis juris dependent, veluti teſtamenta (quod ipſum tamen non ſatis recte dicitur) atque donationem inter vivos referamus ad jus civile, nulla ratione defendi poteſt. Quin amplius non dubitarim, donationem hanc recte inter peregrinum & civem Romanum celebratam fuiſſe; licet non negarim, aliquando ut dominium Quiritarium transferretur, adhibitum donationi quoque fuiſſe nexum & mancipationem per æs & libram, quæ & in teſtamento, & in omnibus alienationibus fere adhiberi ſolebat: quæ tamen ſolemnitas procul dubio jampridem ante Juſtinianum ſublata fuit. Illud vero ridiculum, quod Hottom. ait ſi res ſimpliciter tradita fuiſſet donationis cauſa, nec inter cives aliquid actum fuiſſe; quod omnimodo falſiſſimum eſt: Ridicula etiam ratio, quod Romani voluerint admittere ne diſperderentur patrimonia: An enim etiam actiones liberalitatis & beneficentiæ tollere voluerunt? Quod quid abſurdius? Et inepta ratio, quod Ulp. non meminerit donationis in *ti. 19. de adq. rer.* Nec enim integrum habemus Ulpianum. Deinde donatio aut ſumitur pro cauſa, & non pertinet ad illum titulum; aut pro modo adquirendi, & utique comprehenditur ſub traditione: Et docet ille ipſe titulus, quod rerum nec mancipi dominia ſimplici traditione fuerint tranſlata; in rebus mancipi ut dominium Quiritarium tranſiret, v. c. mancipatione opus erat; ceteroquin tantum tranſibat dominium bonitarium, ut docet *Ulp. in § q[illegible] tantum XI. de liberta.* Ex quibus apertiſſimum eſt, quaſcunque res per donationem recte tranſlatas fuiſſe. Item apparet, falſiſſimum eſſe quod Hottom. ait, rem donatam non fuiſſe factam donatarii, niſi poſtquam eam uſucepiſſet. Nec pro eo fac. *l. 1. pro donat.* quia, (ut ex ceteris textibus apparet) accipienda eſt de caſu, quo aliquid licet pro ſuo donatum, fuit alienum: tum etiam, quo caſu res mancipi ſimpliciter tradita erat, ex ratione juris veteris dominio bonitario Quiritarium adjiciebatur. Hæc contra Hot. dicenda fuerunt. Jam his præmiſſis ad textum noſtrum accedamus.

Proponitur initio diviſio; quod donatio alia ſit mortis † cauſa, alia non mortis cauſa. Sed enim membra diviſionis affirmativis verbis ſunt proponenda. 5 Dividitur rectius donatio in propriam & impropriam per *l. 1. de donation.* Eſt enim donatio ex numero eorum generum, quæ ſunt homonyma, & dicuntur [illegible] quæ nimirum non æqualiter prædicantur de ſpeciebus ſingulis. Donatio propria eſt rei gratuita & perpetua in aliquem tranſlatio. Impropria plures habet ſpecies. Talis eſt donatio propter nuptias, de qua in §. *eſt & aliud 3. infr. h. t.* Talis etiam donatio omnis ſub modo, de qua *t. t. Cod. de donat. ſub mod.* cum aliquid ita transfertur, ut viciſſim quid donans conſequatur: & magis incidit in contractum innominatum, do ut des, vel facias. Talis etiam eſt † donatio mortis 6 cauſa, quoniam res non transfertur omnimodo, ſed ita ut ex cauſa, imo & ex pœnitentia revocari poſſit: de qua agitur § 1. *h. t.* Videamus quæ de ea hic proponuntur. Ait Juſtin.

Fit propter mortis ſuſpicionem] Non tantum mortis propriæ ſed etiam alterius, filii, fratris, ſororis *l. mortis 11 l. mortis 18. de mort. cauſ. don. l. 3 C eod.* Ea quidem fit dupliciter, vel propter periculum aliquod imminens (ut in exemplo quod refertur ex Homero) & ob morbum quo quis jam laborat vel ſimpliciter, cogitatione mortalitatis *l. 2. h. t.* Negatur hic Hottom. qui negat iſtam poſſe dici veram donationem mortis cauſa: neminem enim donaturum omnino niſi ſe morituru[m] ſciret: tum

cum ſemper duret cogitatio mortalitatis, non eſſe quomodo revocetur hæc donatio. Prius illud perſpicue falſum eſt: tum non intelligitur cogitatio mortis in mente retenta, ſed expreſſa: quo facto morte demum cōfirmatur donatio, pœnitentia autem & præmortuo donatario corruit. Et præter *d. l.* idem expreſſum eſt in *l. ſenatus* 35. § *mortis* 4. *h. t.* & illud ipſum eſt, quod ait Juſtin. in *l. ult. Cod.* donationes has fieri ſive juxta mortem, ſive longiori mortis cogitatione.

7 *Cum quis donat.*] Duplici † modo, vel ut ſtatim dominium transferatur in accipientem: vel ut non ſtatim transferatur, ſed ſecuto caſu mortis. *l. 2 inſ. de mort. cauſ. don.* Cujus differentiæ in hoc fere conſiſtit effectus, quod hoc caſu ſublata cauſa donationis, actionem in rem donans utpote dominus adhuc habeat: illo condictionem & actionem perſonalem *l. ſi mortis* 29. *cum l. ſeq. h. t.* & quod in *d. l.* 29. iſto caſu in rem actio competere dicitur, accipiendum eſt de actione utili in rem aut ſtrendum erit, ipſa poteſtate juris ſublata donandi cauſa reſolui donationem, & in nihilum redigi. Et juxta hanc poſteriorem ſententiā, obſervandum erit, quod in *in d. l.* 29. agitur de caſu quo periculum ob quod donatio eſt facta, ceſſavit; ceteroquin per pœnitentiam non poteſt dici ſublata ipſo jure donatio; itaque hoc caſu tantum actioni perſonali erit locus.

Sin autem ſupervixiſſet.] Tres proponuntur modi, quibus reſolvitur hæc donatio, aut jus repetendi competit donatori. Unus eſt, ſola pœnitentia donatoris *h. §. & l. mortis* 16. *eod. l. qui mortis* 30. *eod.* Alter ſi ſupervixit, qui donavit. Tertius, ſi prior deceſſit cui eſt donatum; qui modi ne videantur nō differre, & ita ſunt diſtinguēdi, & ita explicanda verba Juſtiniani, ut poſterior ſignificet ſimpliciter caſum præmortui donatarii, licet, durāte adhuc periculo cujus contemplatione donatum fuit: prior autem liberationem à periculo, licet ſuperſtite adhuc donatario.

Redacta ſunt per omnia.] Ita quidem hic ait Juſtin. ſed mox addit particulam FERE, quæ omnino neceſſaria eſt: & ſi per omnia inſtar legatorum eſſent, jam eſſent legata, at enim omnino differentias aliquas ſupereſſe fateri oportet; neque probo quod Baro particulam *fere* eo refert, quod donatio non ſit omnino legatum, ratione modi relinquendi & verborum, ceteroquin nullam penitus supereſſe differentiam: adeo nec verum puto, quod omnes differentiæ, quas poſt gl. Dd. referunt, ſunt ſublatæ per *l. ult Cod. de mort. cauſ. donat.* Et rectiſſime iſta ita conjunxit Theoph. κατὰ πάντα σχεδόν. Etiam olim inſtar legatorum obtinuiſſe has donationes docent *l. Marcellus* 15. *l. illud.* 37. *h. t.* Et comparantur 1. quod ſicut legatum, legatario, ita hæc donatio præmortuo donatario corruit. 2. quod ut legatum, ita & hæc donatio ſola pœnitentia revocatur 3. quod ut in legatis, ita & in iſtis donationibus Falcidia locum habet *l. Seia* 42. §. 1. *h. t. l.* 5. *& l. pen C. ad l. Falcid. l. cum pater* 77. §. 1. *de legat.* 2. Addit Juſtin. quod præcipuum eſt, & in quo maxime ad ultimas voluntates accedit hæc donatio, ut opus ſit quinque teſtibus *l. ult. C. de mort. cauſ donat.* cum in conventionibus regulariter ad earum probationem ſufficiant duo teſtes: ut appareat, in donatione mortis quinque teſtes ad ſolemnitatem actus pertinere. Superſunt tamen non pauca, in quibus etiamnum à legatis & ultimis voluntatibus differt donatio mortis cauſa. Et 1. donatio mortis cauſa ut plurimum fit ab ipſo donante ita ut res ſtatim tradatur donatario: ſed legatum qua tale ſemper præſtatur ab herede 2. quod donatio mortis cauſa in annos ſingulos, una eſt, ſed legatum tale multiplex eſſe cenſetur *l. ſenatus* 35. §. *ult. h. t.* 3. quod non ut legatum, ita donatio mortis cauſa ad confirmationem ſuam ulla aditione hereditatis opus habet, ſed ſola morte donantis confirmatur. 4. quod in donatione mortis cauſa an capax ſit donatarius inſpicitur tantum tempus mortis *l. in mortis* 22. *de mort. cauſ. don.* cum in legatis ſpectetur etiam & præcipue teſtamenti facti tempus *l.* 1. *de reg Caton.* Et denique quod legatum perficitur ſola voluntate diſponentis, abſente etiam & ignorante legatario; ſed donatio mortis cauſa confertur in præſentem *l. Inter* 38. *h. t.* vel utique quod iſti loco addendum eſt in ſcientem, veluti ſi quis abſenti per nuntium aliquid mortis donationis cauſa mittat, aut etiam ſe donare citra traditionem promittat: ſiquidem quod in *l. ſi quis* 35. *Cod. de donat.* ſancitum eſt, ut etiam pactum nudum de donando efficax ſit, procul dubio ut ex communiſſima Dd. ſententia etiam ad donationem mortis cauſa pertinet. Hæc ita ſi revera debent eſſe donatio mortis cauſa. Quod ſi enim dicat quis ſimpliciter, ſe aliquid donare abſenti & ignoranti, valiturum jure fideicommiſſi communiter hic tradunt Interpp. Et his de cauſis hæc donatio quodammodo ad contractus referri videtur *d. l. ſenatus* 35. §. 3. *h. t.* ex quo etiam eſt ut filiusfam. qui nullo mo-

lo modo nec patris conſenſu ultimam voluntatem condere poteſt, in *pr. inſ. quibus non eſt perm. fac. teſt.* patris tamen conſenſu mortis cauſa donare poteſt *l. tam is* 25. §. 1. *h. t.* Et communiter Dd. quos refert Weſemb. hic *Gomez* 2. *reſol.* 4 *n.* 16. hanc donationem accenſent magis contractibus, cum in eſſe producitur; ſed magis legatis, dum in eſſe producta eſt: quamvi illi non ſatis conveniat, quod ex *l. ult. C. de don. mort. cauſ.* requiruntur quinque teſtes; quod utique ad conſtitutionem pertinet: ceteroquin quo ad eſſentiam intrinſecam donatio fit inter duos, non autem legatum.

Prudentibus ambiguum fuerat.] Ita ſolet fere ſemper Juſtin. dum aliquid novi conſtituit, allegare ambiguitatem veterum ICtorum. Sed ſæpe falſo, forſan & hic: apparet enim ex jam dd. interprudentes ſic conveniſſe, in quibus donatio mortis cauſa cenſeretur jure legati, & in quibus non.

Utrum donationis] S. il inter vivos.

Utriuſq; cauſa] In quibuſdam enim ſapiebat naturam legati, in quibuſdam donationis.

A nobis conſtitutum eſt.] Extat conſtitutio in *l. ult. C. de mort. cauſ. donat.*

Et in ſumma] Ex ICto in *l.* 1. *& l. ſenatus* 35. §. 2. *h. t.* & apparet ratio, cur hæc donatio pœnitentia revocari poſſit, quia mavult ſe habere &c. Ceterum hæc deſcriptio etiam legato competit.

Sic apud Homerum] Apparet igitur nec hanc donationem eſſe pure juris civilis: licet per conſtit. dictam Juſti. & ante quoque, quædam habeat & habuerit introducta à jure civili (Locus apud Homer. eſt in *lib.* 17. *Odyſſ.*) Itaque licet admittas cum *Gomez* 2. *reſolut.* 4. *num.* 17. *VVeſemb. ad rubr. hic. Schneid. in h §.* (qui in plures allegant) ex donatione hac citra traditionem tranſire dominium ad inſtar legati, per *l. ultim. Codic. h. t.* ubi Juſtinian. omnino, quo ad effectum iſta inter ſe comparat, (licet contradicat *Cuiacius* 1. *diſp* 12.) non tamen propterea ſine vitio ſimpliciter juris civilis adquiſitio iſta dici poteſt, ſufficit tamen hoc ad excuſandum Juſtin.

TEXTUS.

2. Aliæ autem donationes ſunt, quæ ſine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus: quæ non omnino comparantur legatis: quæ ſi fuerint perfectæ, temere revocari non poſſunt. Perficiuntur autem, cum donator ſuam voluntatem ſcriptis, aut ſine ſcriptis manifeſtaverit. Et ad exemplum venditionis, noſtra conſtitutio eas etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis voluit; ut etiamſi non tradantur: pleniſſimum habeant & perfectum robur, & neceſſitas traditionis incumbat donatori. Et cum retro principum diſpoſitiones eas actis intervenientibus inſinuari volebant, ſi majores fuerant ducentorum ſolidorum: noſtra conſtitutio eam quantitatem uſque ad quingentos ſolidos ampliavit, quam ſtare etiam ſine inſinuatione ſtatuit: Sed & quaſdam donationes invenit, quæ penitus inſinuationem fieri minime deſiderant, ſed in ſe pleniſſimam habent firmitatem. Alia inſuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia ex noſtris conſtitutionibus, quas inſuper his expoſuimus, colligenda ſunt. Sciendum eſt tamen, quod etſi pleniſſimæ ſint donationes, ſi tamen ingrati exiſtant homines, in quos beneficium collatum eſt, donatoribus per noſtram conſtitutionem præſtitimus licentiam, certis ex cauſis eas revocare: ne illi qui ſuas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur injuriam vel jacturam, ſecundum enumeratos in noſtra conſtitutione modos.

COMMENTARIUS.

1 *Donatio propria quæ.*
2 *De modis donandi.*
3 *Inſinuatio donationum.*
4 *De donatione in piam cauſam.*

Hic agitur de donatione propria quæ † dicitur inter vivos; *h. §.* & in *leg. ubi ita* 27. *de donat.* 1
 mort.

mort. cauſ. quoniam fit ſine ulla mortis contemplatione. Directam eam appellat Conſtantinus in *leg. donatio 25 Codic. h. t.* propriam Juriſconſultus in *l. 1. eod.* Diximus ſup. hanc donationem eſſe rei in aliquem gratuitam & perpetuam tranſlationem. Per verbum *gratuita* excluditur 1. datio, quæ fit ex vinculo aliquo obligationis; tali videlicet, quod vel actionem vel utique ſoluti retentionem & exceptionem inducit; veluti ſi quis ſolverit, quod nudo pacto promiſit; quæ obligatio multos quoque Jure civili effectus habet alios, de quibus *lib. ſeq. tit. 14.* Ceteroquin nuda obligatio honeſtatis, qua qui beneficium accepit naturaliter ad *ἀντίδωρον* obligari dicitur, *l. ſed & ſi 25. §. conſuluit de petit. hæred.* non impedit quo minus donatio gratuita habeatur, & inſtar propriæ donationis: ſecus ſi quis pro opera aliqua præſtita, alicui honorarium (quod in factis locari ſolitis merces eſſet) dederit, quo pertinet, quod Dd. donationem remuneratoriam propriam donationem eſſe negant, *arg. l. hoc jure 19. §. 1 l. Aquilius 27 l. ſi pater 34. §. 1 h. t.* itaque nec hic inſinuatio necopus erit. Deinde per verbum iſtud excluditur datio, vel donatio quæ ita fit, ut viciſſim quid detur vel fiat: quod genus incidit in contractum innominatum, de quo *ſub. t. t. C. de don. quæ ſub. mod.* Addo in definitione verbum, *perpetua* ſive *irrevocabilis*, ut diſtinguatur à donatione mortis cauſa. quæ facile revocatur & corruit, juxta *dd. ad § præced.* Eadem qualitas, removet donationem propter nuptias; quæ amplius juxta formam, quam hodie habet, de qua in *§. ſeq.* nec vere gratuita dici poteſt. Dicitur autem perpetua & irrevocabilis, tum oppoſitive ad donationem mortis cauſa, quæ facile revocatur: tum ratione intentionis ejus qui donat, *l. 1 in pr. h. t.* ibi *ne ullo caſu ad ſe revert.* in & *l. ubi ita 27. de mort. cauſ. donat.* ibi, *ut nullo caſu revocetur.* Et omnino rebus ita ſe habentibus nullum jus revocandi eſt. Verum ubi donatarius pro beneficio accepto graviſſimas rependit injurias, quod ſi futurum cogitaſſet donator, numquam contuliſſet beneficium, placuit locum eſſe retractationi donationis, juxta *l. ult. C. de revoc. donat.* ubi cauſæ ex quibus revocare licet hanc donationem, recenſentur.

Et hac gratia adjecit hic Juſtin. *Temere* revocari non poſſe; Nam donatio mortis cauſa pro libitu, & ita temere poteſt revocari. Addunt Dd. communiſſime & alium modum revocandi, ſi poſt, donatori, qui omnia, aut partem bonorum donavit, liberi nati fuerint, ex *l. ſi umquam 8. Cod. de revoca donat.* ſed, quod præſertim ejus nullam hic facit mentionem Juſtin. verius eſt, eam conſtitutionem, tantum ad caſum ibi expreſſum, quo patronus donavit liberto, pertinere; quæ plerorumq; ex Neotericis ſententia eſt *Coraſ. 7. miſcell. 20. Hottom. 1. amicab. reſp. 12. A. Fab. 7. coniect. 14. & 15.* & veterum quoq; multorum quos refert Tiraq. ad *d. l. ſi umquam*, de quibus pluribus hic agere fuerit præter inſtitutum.

Non omnino.] Notavit Cuj. in veteribus legi, *omnino non*; nam & de alienatione mortis cauſa ita dici poſſit. Et ineptum eſt, quod affertur, pro recepta lectione à Pacio, quod comparentur omnino, ſiquidem uterque ſit titulus lucrativus, & utrobique modus adquirendi particularis; Neque enim ullæ res tam inter ſe diverſæ ſunt, ut non in aliquo generali concurrant.

Perficiuntur autem] Non ſatis plenus hic locus eſt. Donatio † perficitur, aut traditione, (quæ vera perfectio eſt,) aut conventione, ita ut juxta dicta ad *prin. tit.* donatio ſumatur pro conventione de dando aliquid gratuito, quomodo emptio perfici dicitur nudo conſenſu; Conventio eſt vel veſtita, veluti ſtipulatio, vel nuda. Et cum ſtipulatio ſcriptis fieri non poſſit, Juſt n. hoc loco, dum ſcribit de voluntate ſcriptis, aut ſine ſcriptis manifeſtata, videtur reſpexiſſe fere tantum ad pactionem nudam, & ad conſtitutionem ſuam, in *l. ſi quis arg. 35. C. h. t.* ubi conſtituit ut quævis declaratio voluntatis etiam citra ſtipulationem, valida ſit & obſtringat donatorem: & ita pactum donationis ut legitimum eſſet, effecit; idque eſt quod hic ait, habere conventionem & declarationem quamvis neceſſitatem tradendi; & quidem, ut ait, ad exemplum venditionis. Quæ comparatio ſecundum quid accipienda eſt; venditio enim contractus eſt; at ſimplex pactio de donando contractus recte dici non poteſt. In eo conſiſtit autem comparatio; quod emptio perficitur ſtatim, ubi de re & pretio conventum eſt in *pr. inf. de emption.* & mox ex ea conventione emptori efficax actio ad rem tradendam competit; Ad hunc modum per *d. l. 35. C. h. t.* ſi vel ſcriptura quis & per Epiſtolam, vel quibuſcunque idoneis verbis ſi quid donate dixerit, utcunque ſtipulatio nulla intervenerit, tenetur ad rem tradendam. An potius, ait, ſcriptis & ſine ſcriptis, ut inſinuet donationem quandam, de qua mox, indigere inſinuatione, quæ non fit ſine ſcriptis? An autem præciſe em-

ptor

ptor tradere teneatur, an liberetur præſtando intereſſe, alia quæſtio eſt nec hujus loci; ſicut nec iſta, in quo differat præſtatio ex donatione, ab obligatione ex venditione, cum donator ad dandum, ſed venditor tantum ad tradendum tenetur, verbo traditionis in ſpecie ſumpto, de quibus agemus infra *d. verbor. obligatione & de empt.*

Et cum retro principium] Intereſt Reipubl. ne quis re ſua male utatur, & bona ſua temere profundat. Donare jure noſtro fere eſt, perdere. & verendum ne potius ſit actio prodigi quam hominis liberalis. Itaque & L. vetus Cincia modum impoſuit donationibus; & illa ipſa cauſa principes poſteriores, donationes paulo majoris quantitatis, non
3 aliter validas eſſe voluerunt, quam ſi actis † inſinuarentur, id eſt in acta referrentur; & literis publicis conſignarentur; & quiſquis liberali animo alterius inopiam ſublevare vult, non gravabitur aperire & palam apud magiſtratum quoq; hoc agere. Summam 200. ſolidorum Juſtinianus porrexit uſque ad 500. ſolidos, infra quam ſummam non ſit opus inſinuatione; forte quod aurei ejus ſeculi minoris erant valoris & ponderis, quam olim; ex quo quidam exiſtimant, cum hodie noſtri aurei viliores ſint, quam Juſtiniani ætate, quo tempore 72. aurei faciebant libram, hodie quoque ampliorem debere ſtatui ſummam, uſque ad quam citra inſinuationem etiam liceat donare. Fortaſſe autem ea nobis licentia non eſt conceſſa; & forte nec vera ratio illa, ob quam ſummam veterem Juſtinianus auxit; ſed quia (an ob illius ſeculi divitias) plus voluit indulgere privatorum liberalitati, de qua re præter alios tractat *Alciat in leg etiam aureos. de V.S. & diſpunct 9.* Et illam rationem veram non eſſe inde patet, quod Juſtinianus initio ſummam veterem 200. ſolidorum produxit tantum ad 300. ſolidos *leg. Sancimus 34. in princ. Codic. h.t.* mox ſolita levitate ad 500. ſolidos *l penult. in fin. Cod. eod.* neq; vero ipſius ætate mutatio tanta aurei facta fuit.

Illud communiſſime receptum eſt inter omnes, ſi donatio excedat ſummam definitam, nec inſinuata ſit, eam ſolum modo irritam quoad ſummam excedentem, non autem penitus nullam eſſe, ut expreſſum eſt in *l. ſancimus 34. in pr & §. 1 inf. C. h.t* Porro cum Juſtin. hic principibus tribuat diſpoſitionem de 200. aureis, non puto verum eſſe quod Cuj. ſcribit 6. obſerv. 18. eam eſſe ex Lege Cincia. Notant autem Dd. hic inſinuationem eſſe juriſdictionis voluntariæ, & poſſe adeo fieri apud judicem & magiſtratum non ſuum, per *leg. data 27 & leg. in hac 30. Codic. h. t.* Equidem illud in genere affirmatum verum non videtur, tum longe alia Reipubl. Roman. ratio fuit, ubi omnes magiſtratus, unum communem principem habebant; nec umquam crediderim quidquam coram valuiſſe, quæ civis Rom. apud magiſtratum extra Remp. Rom. egiſſet. Et quod ad hanc rem attinet illud non requiri docet *l 27. inf.* ut res donata ſit ſub juriſdictione magiſtratus, apud quem fit inſinuatio; Ceteroquin oportere & debere magiſtratum eſſe competentē oſtendit ipſa *l. 30. C h.t.* quod id fieri poſſit in provinciis, (ſi municeps aliquis donet) apud præſidem provinciæ, & magiſtratus ſcilicet civitatis, aut municipii ita in ſpecie dictos, & apud defenſores civitatum, nam & hi inſtar cujuſdam magiſtratus ſunt, ſecundum quid, ut patet ex *l. 1 C de defenſ. civit. & Nov 15.*

Et quaſdam donationes invenit.] Nimirum quæ fiunt à principe, & in principem conferuntur *dict. leg. 34. in princ. verſ. exceptis. Nov 52. c. 2.* Item donationes propter nuptias & ſponſalitias largitates, *d l 34. §. 1 authen. ut ſponſalit. largit.* & alias quaſdam *leg. penult. Codic. h. t.* Ubi notandum quaſdam donationes ſimpliciter liberari à neceſſitate inſinuationis; quaſdam hactenus privilegiatas, ut major ſumma poſſit ſine inſinuatione donari; qualis eſt donatio ad pias cauſas juxta *dict. leg. ſancimus 34. §. 1. Codic h. t.* quæ citra inſinuationem valida eſt uſq; ad 500. aureos, cum ex illo adhuc textu ceteræ donationes tantum uſq; ad 300. aureos non inſinuatæ, ſubſiſterent. Ex quo non immerito dubitatur: cum poſt ex *l 36. inf. Cod. h. t.* hoc jus commune ſit, ut uſq; ad 500. ſolidos valeant donationes quævis, an nullum privilegium hodie habeant hactenus donationes ad pias † cauſas; an vero proportio- 4
naliter privilegium in *d. l. 34.* iis conceſſum, cenſeri debeat productum per *d. l 36.* ut circiter uſque ad 700. ſolidos, & paulo amplius iſtæ donationes abſque inſinuatione ſubſiſtant. Sed difficile eſt, citra LL aliquid ſtatuere; & cum Juſt *d. l. 63.* ubi diſponit de 500 aureis, nō auxerit privilegium cauſarū piarum, (cum tamen ibi ab obſervatione illa liberet donationes pro redimendis captivis) non eſt noſtrum, producere iſtud: & igitur, quod ante privilegium erat, hodie non amplius, ſed piæ cauſæ utentur jure communi privatorum; quæ etiam communis Dd. ſententia eſt in *l. illud 19. C. de ſacr. Eccl.* & in *d. l. ſancimus 34. in pr. C. h. t.*

Alia inſuper multa.] Quænam ſunt iſta, quæ hic

inveniſſe ſe profitetur ad uberiorem exitum donationum? nam quod etiam nudum pactũ efficax eſt, de eo jam ante h. § dixerat. An intelligit; quod etiã omiſſa inſinuatione non vitiatur tota donatio *d. l. ſancimus 34 §. 1. C. h. t.* an quod diverſis temporibus plures factæ donationes non conjunguntur, *dict. l. 34. §. ſi quis 3.* adeo ut licet conjunctim excedant ſummam 500. aureorum, non ſit opus inſinuatione, ubi tamen videndum, ne in fraudem dividatur donatio, quam quis alias ſimul facturus fuiſſet. Illa autem quæ addit Acc. hic plane ſpecialia ſunt, quod ſufficerat eum qui recipit pecuniam donatam in redemptionem captivorum, jurare de pecunia bona fide expendenda *l pen. inf. pr. C h. t.* quod iidem habeatur fides domino cujus ædes ruerunt, juranti ſe pecuniam donatam in ædes novas expẽdiſſe, *dict. l. pen §. 1. inf.* quæ ipſa nec quidem proprie pertinere videntur, ad uberiorem exitum donationum. Rectius forte huc referatur *l. ultim. Codic. h. t.* ubi vult rejici verba, quæ in donationib. apponi ſolebant, *Seſtertii nummi, &c.* quibus ſcilicet uti ſolebant, cum, ut notavimus ad *pr. tit.* donatio per interveniientem mancipationem & nexum perficiebatur, &, unus nummus dicis cauſa interveniebat, ut hoc modo Quiritarium dominium in donatarium transferretur; quas ſolemnitates imaginarias ſuſtulit Juſtinianus.

Si ingrati exſiſtant homines.] De hoc diximus ad pr. § Ratio optima eſt, quod donatarius, naturaliter tenetur gratiam referre *l. ſed & 25. & conſuluit de petit. her.* Qui ergo eſt ingratus exuit naturam donatarii: cui proinde merito aufertur quod donatum eſt. Et jus tamen revocandi datur ſoli donatori, non ejus hæredi; quoniam eſt vindicta quædam injuriæ; perſecutiones autem injuriarum non dantur hæredibus injuriam paſſi, de quo in §. 1. *infr. de perp. & temp. act.* Iſtud expreſſum eſt in *l. his ſolis 7. & l. ultim. Codic. de revocat. donat.* Sed quid ſi ſucceſſor donatarii ſit ingratus, an poterit donator revocare. Rectius negatur argument. dd. textuum, nec proprie donatarii ſucceſſor ingratus dici poſſe videtur. Et alia ratio eſt feudorum, ubi ipſe vaſallus primus, & ſucceſſores ad certa officia obligantur. Quid ſi donatarius ingratus præmortuus ſit, an poterit donator revocare bona ab hærede? Si comparationem ſequimur actionis injuriarum, non poterit, ſi poſt annum deceſſit donatarius.

Tractatur & hoc à Dd. *d. l. ult. Cod de rev. donat.* an præter cauſas ibi expreſſas admittantur aliæ ſimiles, vel graviores; quod mihi recte & inprimis à Johann. Fabro hic affirmari videtur, ſicut & communiſſime placet admitti alias exheredationis cauſas præter enumeratas in *N. 115. c. 3.* de quo forte dicemus *infr. de inoff. teſt.*

TEXTUS.

3. Eſt & aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum. Poſtea autem à junioribus Divis Principibus introductũ eſt, quod ante nuptias vocabatur, & tacitã in ſe conditionem habebat, ut tum ratum eſſet, cum matrimonium eſſet inſecutum. Ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, & numquam poſt nuptias celebratas talis donatio præcedebat. Sed primus quidem Divus Juſtinus, pater noſter, cum augeri dotes & poſt nuptias fuerat permiſſum, ſi quid tale eveniret, etiam ante nuptias augeri donationem, & conſtante matrimonio, ſua conſtitutione permiſerat. Sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidẽ vocabatur, poſt nuptias autem tale accipiebat incremẽtum. Sed nos pleniſſimo fini tradere ſanctiones cupientes, & conſequentia nomina rebus eſſe ſtudentes, conſtituimus, ut tales donationes nõ augeantur tantum, ſed etiam conſtante matrimonio initium accipiant, & non ante nuptias, ſed propter nuptias vocentur, & dotibus in hoc exæquentur: ut quemadmodum dotes conſtante matrimonio non ſolum augentur, ſed etiam fiunt: ita & iſtæ donationes, quæ propter nuptias introductæ ſunt, non ſolum antecedant matrimonium, ſed eo etiam contracto augeantur & conſtituantur.

COMMENTARIUS.

1 *Progreſſus hujus donationis.*
2 *De revocatione non ſecutis nuptiis.*

3. *Quæ hodie natura iſtius donationis.*
4. *Ius uxoris in donatione propter nuptias.*

E*St & aliud genus.*] Si Stichus & Pamphilus ſpecies ſunt, ut jure noſtro appellari ſolent, homo poterit dici genus: & ita quoq; donatio propter nuptias: ceteroquin ſicut homo ita & donatio iſta revera & Logice loquendo, non genus, ſed ſpecies infima eſt.

Veteribus incognitum.] Prout ſcilicet poſt iſta donatio fuit conformata, & quæ omnino eſt juris civilis, & impropria donatio. Ceteroquin originem
1 traxit hæc donatio † à donatione vera; & quæ juris gentium fuit. Nimirum ſponſi & ſponſæ affectionis & amoris erga munera ſibi dare ſolebant, & quidem efficaciter; quoniam inter jam conjuges erant prohibitæ donationes, ſed non inter adhuc ſponſos, qua de cauſa diſtingnit JCtus an ante nuptias an poſt aliquid ſit donatum *l penult. in fi. de donat. int vir & uxor.* & eodem modo Imp *in l. cum in 6. C de don. ant. nupt.* & de validitate hujus donationis, ad inſtar alterius cujuſvis inter vivos, ſunt textus *in l ſi ante 8. cũ 6. ſeqq. C. de don ant. nupt.* Et licet frequentius eſſet, ut ſponſus donaret ſponſæ, *l. ſi à ſponſo 16. C. de don. ant. nupt.* ibi, *quod raro accidet*, tamen & ſponſam recte donaſſe ſponſo dubiũ eſſe non poteſt, *arg l. ſi mater 12. C d. t. & l. 1. §. 1. de donat.* ubi ait JCtus ſimpliciter: inter ſponſum & ſponſam valere donationem, Jure alterius donationis, quę liberalitatis gratia exerceatur, cum donans rem donatam numquam ad ſe reverti velit. Adeoque apparet etiamſi nuptiæ ſecutæ non fuiſſent, tamen donationem manſiſſe integram, quæ pure facta fuiſſet. Potuit autem hac lege donari, ut ſi nuptiæ ſecutæ non fuiſſent, res reſtituatur, *d. l. 1. §. 1. in fin.* ubi quod ait, *hac mente* intelligendum eſt, mentem fuiſſe etiam expreſſam, *arg l. 2. C. de donat. ant. nupt.* ibi, *niſi Eutychia tibi nupſerit, & ut Eutychiam uxorem duceres.* Item *l. ſi mater 12. eod. tit.* ibi, *ſine ulla repetendi lege*, quamvis admitti poſſit, aliquando ex conjecturis etiam hanc mentem colligi potuiſſe, ſemper autem hoc ſubintellectum non fuiſſe apertiſſimum eſt ex oppoſitione *dict. l. 1. §. 1. de donat. & ex l. cum veterum 5. Cod. de don. ant nupt.* ubi Conſtantinus ait ſibi diſplicere veterum ſententiam, ſecundum quam donationes manebant firmæ, licet nuptiæ ſecutæ minime fuiſſent. Et igitur hoc demum eſt ex Imp. Conſtantini conſtitutione, ut omnis donatio inter ſponſum & ſpon-
2 ſam † facta, habere in ſe cenſeatur tacitam conditionem, ſi nuptiæ ſequutæ fuerint: videlicet non ſuſpenſivam, ſed reſolutivam. Etenim ita non poteſt fieri donatio, ut res ſit ſponſæ cum ſecutæ fuerint nuptiæ, quoniam incideret in caſum à quo incipere non poteſt *l. quod ſponſa 4. Cod. de donat. ant. nupt.* ſed donatio pura, nuptiis non ſecutis reſolvitur *l. 1. §. 1. in fin de donat.* Et non immerito ita conſtituit Conſtantinus: quoniam præſumitur quiſque adfectione ſponſi donaſſe, nec id fuiſſe facturus, ſi nuptias nõ ſecuturas putaſſet. Et igitur ſi nuptiæ ſecutæ non ſint, condictio datur, ſi videlicet per donatarium ſteterit, quominus ſequerentur, quia cenſetur ob cauſam datum. Ceteroquin ſi ſteterit per donantem, non tantũ donati retentio, ſed etiam exactio eſt *d l. 15. C de don ant nupt.* Hæc ita, ubi ſtat per donantem vel donatarium, ubi autem alteruter mortuus eſt, diſtinguitur, quod aut ſponſa donavit, aut ſponſus: Illo caſu omnimodo repetitio eſt & repetitio totius, hoc ſubdiſtinguitur, quod aut intervenit oſculum, aut non intervenit; hic totum, illic dimidium tantum repetiturẽ (quaſi per oſculum aliqua delibata videatur pudicitia) *l. ſi à ſponſo 16. C. de donat. ant. nupt.* Iſta occaſionem dederant donationi, de qua hoc §. agit Juſtin. quia † nunquam à ſponſa, ſed à ſolo fit ſponſo; 3 nec eo effectu quo olim, ut res omnino fiat ſponſæ, ſed imo ita ut ſponſæ vel uxori revera non adquiratur, ſed tantũ jus aliquod in ea uxori conſtituatur. Solet dici *ἀντίφερνα*, antidos, quæ quaſi à marito conſtituitur uxori ſicut ab uxore dos conſtituitur marito. Quæ ipſa res arguit eſſe inventum Græculorum Impp. qui nimio quam multum uxoribus tribuerunt, quid enim turpius quam ut maritus quaſi dotem afferat uxori, & ita ei quodammodo nubat. Jus autem quod mulier adquirit, eſt 1. Quod ita donatum † ſecuriorem 4 & cautiorem facit dotem, pro qua ſpeciatim res donatæ propter nuptias obligatæ eſſe intelliguntur, *l. ubi 29. C de iur dot. N. 61. cap. 1.* ex qua nec oppignorandi quidem aut alienandi eas res facultatem habet maritus, ita ut alienatio ſit nulla, licet mulier conſenſerit, etiam iterato, ubi videlicet nõ alia ſunt bona ex quibus uxori ſatisfiat, adeo apparet, hanc cautionem eſſe pleniorem, quam hypothecæ generalis, cui renunciare poſſe mulierem, ſimpliciter reſcriptum eſt *in l. jubemus 21. C. ad SC. Velleian.* & ſpecialis hypotheca in quibuſdã utilior eſt. Alterum jus eſt, ut ſicut mulier temere divertens mulctatur parte dotis, vel etiam integra; ita & maritus temere divortium faciens amittat par-

tem ex

tem ex iſta donatione vel eam totam, quæ cedat lucro uxoris, *l. conſenſu* 8. §. *hac n ibi* 4. *C de repud.* Tertium jus, ut quibus caſib. maritu. expectoparrem dotis vel decem, iiſdem mulier donationem propter nuptias vel partem lucretur, ut docet *N. 61. cap 1. in princ.* ibi, *eveniente lucro, Nov. 91. c. 2. & Nov. 97. cap. 1.* ubi etiam hac ipſa can'a voluit donationem propter nuptias eſſe æqualem doti. Extra hos caſus, ſicut mulier ſoluto matrimonio dotem, ita maritus donationem propter nuptias recipiet, *cap ult. de donat. int. vir. & ux.* vel potius retinebit. Neque enim ſicut dos in maritum, ita donatio propter nuptias actualiter in uxorem confertur. Poſſeſſionem rerum transferri in eam poſſe crediderim, ſed id minime neceſſarium erit: quippe cum fructus earum rerum ad uxorem non pertineant: ſiquidem ea non dicitur ſuſtinere onera matrimonii, ſed maritus: & alias omnino fructus dotis evacuarentur, quod præſertim juxta *d. Nov.* debeat eſſe æqualis doti donatio propter nuptias. Sed an dominium tranſit in uxorem harum rerum? Licet Dd. communiter affirment, magis tamen eſt, ut negandum putem: cum ſpeciales ſint LL. expreſſi caſus, quibus ſine traditione dominium tranſit, traditio autem rerum hic neceſſaria non eſt; & ut diximus certos tantum fines habet donatio, quos ut conſequatur, non eſt neceſſum, ut dominium transferatur in uxorem: adeo non videtur eſſe iſta habilis cauſa transferendi dominii; nec eadem eſt ratio hujus donationis & dotis, cujus tamen dominii exigua veſtigia reliquit Juſtin. per *l. in rebus Cod de jur dot.* & ſi ſunt hæ res mulieri hypothecatæ, non poſſunt eſſe in ejus dominio. Sed & fruſtra interdixiſſet Juſtin. in *N 61.* marito alienationem & oppignorationem, ſi dominus ipſe amplius non eſſet. Nec movet; quod *in d. Nov. 61 §. 1. verſ. non enim*, uxori pro iſtis rebus datur vindicatio; quoniam ea demum ſoluto matrimonio compe it, neque directa, ſed utilis eſt; ejuſmodi aliis quoque non dominis aliquando conceditur ex æquitate. Et ait Juſtinian. in *d. N. 61.* non immoderate feciſſe quoſdam judices quod uxori rerum harum dederint vindicationem: à judicibus aliis autem hoc fuiſſe contemtum, quod ſi ordinatio jure dominium rerum ita donatarum fuiſſet in uxorem tranſlatum, nullus judex actionem in rem negare uxori potuiſſet, ut appareat actionem iſtam in rem, non tam nativam quam dativam eſſe. Et hæc pro explicatione donationis hujus ejuſque naturæ ſufficiant. Ejus videlicet quam Juſtinian. propter nuptias vocat, rectius dixiſſet propter dotem. Etenim propterea non eſt negandum, poſſe maritum ante nuptias ita donare ſponſæ, ut pleno & perpetuo jure res ejus fiat; quod genus donationis, penitus ab iſta Juſtinianea differt. Percurramus, quæ in textu porro ſequuntur.

Iunioribus principibus.] Hic Conſtantinus intelligi ſolet, qui introduxit, ut donatio ante nuptias tacitam conditionem haberet *l. cum veterum 15 Cod de donat ant. nupt.* Sed enim ea conſtitutio non fecit, quo minus quod do atum erat pleniſſimo jure, ſecutis nuptiis maneret donatarii; & ut apparet ex *l. 16. C. eod. tit.* etiam tum ſponſa ita ſponſo donare potuit. At quin donatio iſta penitus à ſponſa fieri non poteſt, ſed à ſolo ſponſo, & quidem ita ut plene res non fiat ſponſæ; ex eo quin non potuiſſet permittere Juſtinus, ut poſt nuptias augeretur donatio iſta; quippe quæ inciſſet in donationem inter conjuges, vetitam; nec a Juſtino quidquam mutatum aliud ait Juſtinianus, ſed tantum hoc diſpoſitum, ſcilicet in eadem ſpecie donationis, ut poſt nuptias augeri poſſe, aucta dote: quod ipſum argumentum eſt, jam tum, quaſi fuiſſe iſtam antidotem, quod à donatione veteri in ſponſas collata eſt alieniſſimum. Itaq e intelligendi ſunt principes, qui poſt Conſtantinum rerum potiti ſunt, ſub quib. ſenſim hoc receptum, aut etiam ita conſtitutum fuit, ut donatio vetus ante nuptias, in aliam quaſi ſpeciem degeneraret & tum valeret demum ubi matrimonium eſſe ſecutum; tum non ita valeret, ut uxor plenum & verum dominium conſequeretur, ſed tantum jura aliqua, ut paulo ante expoſuimus; qualem jam ſub Theodoſio eam donationem fuiſſe, apparet ex *l. conſenſu* 8. §. 4. *C. de repud.*

Sua conſtitutione.] Eſt in *l ſi conſtante 19. C de don. ant nupt* Juſtinianus inſuper & conſtitutionem & augmentum iſtius donationis æquale vult eſſe *N. 97. c. 1.* adeo cum ex *d. l. 19.* aucta poſt nuptias dote poſſit augeri donatio propter nuptias, hodie per *d. N 97.* augenda neceſſario eſt, quod tamen & iſtam æqualitatem uſu non obſervari, alii no ant.

Nomen inconveniens.] Recte ait Hotto. non propterea fuiſſe nomē inconveniens, licet aliquando poſt nuptias aliquid accederet; cum appellari rem ſatis ſit à principali & quod ut plurimum accidit. Jejuna obſervatio eſt hic Interpp quod iſtud procedat in nominibus rerum appellativis, ut vocant, non propriis, quibus ſæpe minime reſpondeut homi-

homines, quippe quæ ſint mere ex arbitrio hominum, & adhuc in infantib. imponuntur. Nomina autē rerum ſæpe ad ipſarum cognitionem deducunt, de quo prolixe tractat Plato in Cratyl.

Sed nos pleniſſimo.] Iſta & levia, & jam ſatis explicata ſunt.

TEXTUS.

Erat olim & alius modus civilis adquiſitionis, per jus adcreſcendi, quod eſt tale. Si communem ſervum aliquis cū Titio habens, ſolus libertatem ei impoſuerit, vel vindicta vel teſtamento: eo caſu pars ejus amittebatur, & ſocio accreſcebat. Sed cum fuerat peſſimum exemplo, & libertate ſervum defraudari, & ex ea dominis quidem humanioribus damnum inferri, ſævioribus autem lucrum accedere: hoc quaſi invidia plenum pio remedio, per noſtram conſtitutionem mederi neceſſarium duximus. Et invenimus viam, per quam & manumiſſor, & ſocius ejus, & qui libertatem accepit, fruātur noſtro beneficio, libertate cum effectu procedente, (cujus favore antiquos legūlatores multa etiam contra communes regulas ſtatuiſſe manifeſtū eſt) & eo qui eam libertatem impoſuit, ſuæ liberalitatis ſtabilitate gaudente, & conſervato indemni ſocio, pretiumq; ſervi ſecundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.

COMMENTARIUS.

Alius mod. civilis.] Hinc ſane apparet, Juſtinianum hactenus de modis adquirendi civilis juris agere voluiſſe, adeoq; adjicit hic extra hujus tituli materiam, quaſi pro concluſione, proprium modum adquirendi ejuſdem juris.

Per jus adcreſcendi.] Hic eſt caſus quo extra cauſam ultimæ voluntatis locum habet jus accreſcendi: quod alias habere in contractib. locum, negant Dd. communiter per *l. ſi mihi & Titio* 110. *de verbor. oblig.* ſed parum ſubtiliter, ut enim de jure adquirēdi quæri poſſit, oportet, ut pluribus ad rem jus ſit quæſitum. Atqui in terminis *d. l.* 110. ubi quis ſibi & Titio ſtipulatus eſt, cum ex ratione juris Titii perſona nulliter ſit adjecta, non poteſt eſſe locus quæſtioni de jure accreſcendi.

Vel vindicta vel teſtamento.] Non eſt abs re, quod in ſpecie Juſtinianus facit mentionem horum modorum, per quos nimirum ſervus conſequebatur juſtam libertatem & fiebat civis Roman. in quibus terminis hoc obtinuiſſe, quod hic ſcribitur, ceteroquin nihil actum fuiſſe per unū ex dominis, non obſcure traditum eſt à *Paulo* 4. *ſent.* 12. *in pr.* & ab *Ulpiano tit. de libertis.* §. *cōmunem* 13. ſed generalius loquitur Juſtin. *in l.* 1 §. 1. *C. de cōmm ſerv. manu.* nec hodie poterit diſtingui, poſtquam ex quavis manumiſſione ſervi fiunt cives Romani.

Pars amittebatur.] Cum enim per modos illos pars ſocii ab eo abiiſſet, nec tamen ſervus per unū dominum in libertatem perduci poſſet, eveniebat neceſſario, ut pars illa accreſceret, & accederet alteri ſocio; quo modo accidiſſe diximus *in* §. *pen. ſup. de uſufr.* non diſſimili ratione, ut ſi fructuarius in jure cederet uſumfructum extraneo, nihil ageretur quo ad extraneum, ſed uſusfructus recurreret ad proprietatem.

Sed cum peſſimum fuerat.] Emendatio juris veteris, ex *l.* 1. *C de comm. ſerv. manum.* ubi quod ante in militibus obtinebat, ipſe fecit jus commune. Res perſpicue exponitur hic & *in d. l* 1. & caſus hic eſt, quo quis res ſuam cogitur vēdere, cujuſmodi plures notant *Ioh. Faber. Angel. & Plat. hic.* Plura in non diverſis valde terminis, ſervi communis ab uno domino heredis inſtituti, dicemus ad §. 1. *infra de hered. inſt.*

Quam nos definivimus.] Videtur accurate diſtinguere circa quantitatem pretii *in d. l.* 1. §. *ne autem* 5. *C de comm. ſervo manum* ſed imprudenter meo judicio: Neque enim certa hic definitio dari poteſt, ſed arbitrio magiſtratus id permittendum eſt.

AD TITULUM VIII.
LIBRI SECUNDI INſtitutionum,
QUIBUS ALIENARE LICET vel non.

TEXTUS.

1. Accidit aliquando, ut qui dominus rei ſit, alie-

alienare non poſſit, & contra qui dominus non ſit, alienandæ rei poteſtatem habeat. Nam dotale prædiū maritus invita muliere, per Legem Juliam prohibetur alienare: quamvis ipſius ſit, dotis cauſſa ei datum. Quod nos Legem Jul. corrigentes in meliorem ſtatum deduximus. Cum enim Lex in ſolis tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant, & alienationes inhibebat, quę invita muliere fiebant: hypothecas autem earū rerum etiam volēte eas, utriq; remedium impoſuimus, ut etiam in ea res, quę in ſolo provinciali poſitæ ſunt, interdicta alienatio ſit vel obligatio: ut neutrum eorum neq; conſentiētibus procedat mulieribus, ne ſexus mulíebris fragilitas in perniciem ſubſtantiæ earum convertatur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Ratio Legis Juliæ.*
3 *An res mobiles poſſit maritus alienare.*
4 *An & quatenus maritus ſit dominus dotis.*

POſt explicatos ſingulares adquirendi modos, (nam cur de legatis ſeparatim agat, in fi. tit. ra-
1 tiónem redditurus eſt) ſeqq. duobus titulis † tractat, tum quis alienare poſſit tum per quos nobis adquiratur. Nam niſi perſona jus alienādi habeat, dominium accipienti non quæritur, & ubi de adquirendi modis agitur, illud vel præcipue explicandum eſt, an quiſque ſibi tantum an per alios etiam adquirat. Oportebat autem juxta rubr. inprimis doceri, quis nam haberet jus alienandi, propoſita regula aliqua & nota generali. Et inprimis ita conſtituendum eſt, quod qui dominus eſt, & adminiſtrationem habet, alienare poſſit, vel ipſe, vel alius ejus voluntate per §. *nihil autem 43. ſup. de rer. diu.* ceteroquin ſæpe fit, ut qui domini ſunt, alienare non poſſint, veluti minores ætate, furioſi, prodigi, qui jus adminiſtrandi non habent. At
2 dixerit quis, maritum & dominum † eſſe rei dotalis & ejus adminiſtrationem habere, nec tamen alienare poſſe. Sed ipſe Juſtinian. in pr. hujus tit. reſpondet, id fieri ob Legem Juliam, hæc enim eſt poteſtas Legis, ut p[illegible] mo[illegible] ſtatuere alienationibus rerum ex juſta cauſa; cujuſmodi eſt hic in rebus dotalibus, & quidem nō omnibus, ſed tantum immobilibus, & uno verbo, in prædio dotali. Nam cum interſit Reip. mulieres eſſe dotatas *l. 2. ſolut. matrim.* agendum hoc fuit, ut mulieri in caſum ſolut. matrimonii dos integra eſſet, ut porro iterum nubere poſſet. Enimvero cum maritus ſoluto matrimonio teneatur jure dotem reſtituere uxori, revera nec iſta exceptio eſt, à regula, ſecundum quam is demum pro libitu alienare poteſt, qui dominiū perpetuum & irrevocabile habet; quale ſane dominium non habet maritus. Et tamen quia matrimonia hac intentione contrahuntur, ut perpetua ſint, quo reſpectu dotis cauſa perpetua dicitur *l. 1. de jure dot.* ne alienatio prædii dotalis ob id valida cenſeretur, Legi perſpiciendum viſum fuit. His præmiſſis jam textum videamus.

Qui dominus rei ſit.] Ad hanc partem etiam pertinet §. 2. de pupillo, qui dominus cum ſit, alienare non poteſt, ut ibi dicemus.

Qui dominus non ſit.] Hujus partis exemplum proponitur in §. 1.

Dotale prædium.] Et maxime fundum; *arg. 1. t. de fund. dot.* nam fundi quoque pupillaris aut minorum alienatio vetita eſt, ſine decreto, quo opus non eſt in alienatione prædii urbani, juxta *tit. de reb. eor. qui ſub tut.* licet id poſtea fuerit mutatum *l. lex quæ 22. Codic. de admin. tut.* ſed Lex Julia de qua hic agitur, cùm de prædio locuta ſit, etiam ad ædes dotales pertinet. Mobilium alienatio † inhibita marito non eſt, ut patet *ex l. 3 §. 2 de ſuis & legit. l. 3 Cod. de iur. dot. l. ult. C. de ſervo pign. dat. man.* quod & diſerte ſcribit Theophil. hic, alienando res dotales maritum transferre dominium excepto prædio dotali. Neque obſtat limitatio *ſi ſolvendo ſit d. l. 1. & l. ſervum 21. de manumiſſ.* quoniam talis maritus cenſetur in fraudem id facere uxoris, quæ præſumitur dotem mox repetitura, & factura divortium; idque jure Juſtinianeo minus dubium eſt, quo etiam conſtante matrimonio, hoc caſu dotem repetere poteſt uxor *l. ubi 29. Cod. de jur. dot. l. ſi conſtante 24. D. ſolut. mat.* qui locus procul dubio à Tribon eſt interpolatus. Errant adeo manifeſte Dd. qui putant maritum tantum poſſe alienare res mobiles, quæ ſervando ſervari non poſſunt, inepte adducta *l. res 42. de jur. dot.* inepta enim conſequentia eſt, poteſt alienare res fungibiles. Ergo has tantum: ſed iſtas maritus liberrimo jure alienat, tamquam quaſvis res æſtimatas, quia non dantur, ut 3

eædem

eædem, ſed ut tantundem reſtituatur. Et plus habet juris maritus quam tutor, ideo fruſtra adducitur *l. Lex quæ 22 C de adm. tut.*

Invita muliere] Iſtud mox apertius proponit, quod ex L. Jul. fundum non poterat oppignorare maritus etiam cum conſenſu mulieris, ſed alienare poterat ea conſentiente. Ratio vulgo nota eſt, quod L. Julia voluerit non nimium derogare juri mariti, & proſpicere in caſum in quem majus erat periculum. Facile conſentit mulier in oppignorationem, ex qua nullum oſtenditur periculũ præſens: & ſperat mulier maritum luiturum pignus ſoluto debito: proinde omnino hoc ne fieret prohibuit Lex Julia; ſed non ita facile in alienationem, quæ omnino rem ſtatim transferr. Eademque ratio eſt, cur SCto Velleiano irritentur intercesſiones mulierum, in quas ſunt faciliores, ſed non irritentur donationes, in quas mulier minime eſt facilis *l. ſed ſi ego 4. in fin. ad SC. Vell.* ubi nominatim hæc ratio redditur, quod facilius ſe mulier obligat, quam donet; eoque non ita fuit neceſſarium in hunc caſum auxilium Velleian. & hanc rationem L. Juliæ affert quoq; *Theoph. hic.* ſed quoniam tamen mulieres perſuaſæ à maritis poſſunt conſentire alienationi prędii dotalis, non immerito Juſtinianus hactenus derogavit Legi Juliæ, & diſpoſuit nullam quoq; eſſe alienationem, licet ei conſenſerit mulier.

Quamvis ipſius ſit.] Dotis † cauſam & titulum eſſe habilem ad transferendum dominium, probat *tot. tit. pro do. e.* nec enim alias ex hac cauſa prœcederet uſucapio; & *§ unde in rebus ſup. de uſucap.* ibi, *aut dotis nomine dederit §. per traditionem 41. inſt ſup de rer. diviſ.* ibi, *donationis aut dotis:* & amplius marito dominium adquiri probant *l. dotis 7. §. ſi res. 3 de iur. dot. l. ex dotale 13. §. 2. de fund. dot. l. quoties 47. §. ult. de fund dot. l. 3. §. 1 de public. act. l ſi prædium 13. C. de iur. dot.* neque neceſſaria fuiſſet L. Julia prohibens alienari prædium dotale, niſi maritus dominus fuiſſet; idque & arguit effectus, quod actiones quæ dominis dantur, pro re dotali competunt marito *l. dote 9. Cod de rei vind. l. de his 11. C. de iur. dot.* & ſervus dotalis heres inſtitutus, juſſu mariti adit aut repudiat hereditatem *l ſervus 58. ſolut. matrim.* argumentum etiam certum eſt, quod ſoluto matrimonio uxori pro repetenda dote olim nõ niſi actio perſonalis competebat. Quæ omnia confirmant maritum effici dominum rerum etiam non æſtimatarum, ſed nimirum dominium habet non abſolutum & irrevocabile, ſed revocabile, ſublata cauſa quæ eſt dos, & tollitur ſoluto matrimonio, quod ubi accidit, maritus rem reſtituere uxori tenetur, quod non tenetur facere ubi res ſunt æſtimatæ, quas & libere alienat, & ſoluto matrimonio pretium reſtituit, qua conſideratione de hoc caſu in ſpecie reſcriptum eſt, marito dominium quæri *l 5. C. de iur. dot.* ſcil. perpetuum & irrevocabile, quamvis ex textibus præſertim Codicis, argumentum à contrario ſenſu & quidem contra expreſſos textus nullam vim habeat. Iſtud autem plane novum & rationi juris veteris contrarium eſt, quod Juſtin. *in l. in rebus 30. in pr C. de iur. dot.* uxori etiam pro rebus æſtimatis actionem in rem concedit, quod tamen de utili accipiendum eſt, & quidem ſoluto matrimonio in ſubſidium, ubi maritus non eſt ſolvendo, & alii creditores cum uxore concurrunt. Itaque nec attendendum eſt, quod *in d. l. 30.* ſcribit Juſtinian. naturaliter rem dotalem in dominio uxoris permanſiſſe; quod ita ſcribere neceſſe habuit, ne alias videretur cõtra rationem dediſſe actionem in rem, quamvis tamen fatendum eſt, ineſſe hic aliquid juris civilis, quod maritus ſit rei dotalis dominus: Nam ut maxime nuptias & dotis quoque dationes à jure gentium eſſe fateamur, non tamen ob id conſequitur, hoc quoque eſſe juris gentium, ut maritus ſit dominus dotis, cum ſatis eſſe poſſit, ſi maritus interim habeatur pro fructuario, cum nec multo plus civili jure habeat in effectu, ſiquidem ſi cæciderit arbores, earum pretium, ſi in fundo theſaurum repererit, ejus dimidium tanquam inventi in alieno cogitur reſtituere uxori *l fructus 7. § ſi fundum 17 ſol. matr.* & omnino intuitu ſoluti matrimonii, res dotalis qualis aliena mariti habetur *L. Pomponius 6. de pact. dot l. in rebus 17. de iure dot. l ſi conſtante 24. §. ſi maritus 5. ſolut matrim iunct l. 8 §. 1. qui ſatiſd. cog.* & licet ſervus dotalis mariti juſſu adeat, ſi ſit heres inſtitutus, lucrum tamen (quia in fructu hoc non eſt) ad uxorem pertinet *l ſervus 58. ſol. mat.* hinc etiam quod legatur ſervo dotali, non marito, ſed uxori quæritur, ita ut ſcilicet poſt ſolutum conjugium ei ſit reſtituendum *l 3. de fund. dot.* Ex quo ipſo hujus controverſiæ explicatio ſumenda eſt, quod nimirum cũ ſoluto matrimonio uxor jus habeat repetendi dotem, eamq; maritus reſtituere cogatur, videatur dos quodammodo non tam mariti quam uxoris eſſe, quo reſpectu etiam proprium filiæ patrimonium dici videtur *l. 3. § ergo 5. de minorib* quamvis illud potius dicatur ad diſtinctionem dotis à profectitio peculio, & comparative non ad mari-

 tum,

Digitized by Google

tum, ſed ad patrem, quod licet dos ſit profectitia, tamen proprium quoddam ejus in ea filia habeat, de quo alibi tractatur. Plane autem hac conſideratione dicitur, *in l. quamvis 75. de jur. dot.* quãvis dos ſit in bonis mariti, tamen eſſe mulieris. Quod autẽ quidam hinc inter dominium Quiritarium & bonitarium ex ratione juris veteris diſtinguunt, & huc etiam afferunt, quod itidem *in l. 7. § ſi res de jure dot. & in l. Lucius 21. §. Idem 4. ad municip.* dos in bonis mariti eſſe dicitur, ex his cauſis admitti non poteſt. 1. Quod plurimis locis maritus ſimpliciter dominus appellatur. 2. Quod cauſa dotis ſimpliciter confertur cum titulis & cauſis, ex quibus adquiritur etiam dominium bonitarium. 3. Quod pro dote titulus, eſt habilis ad uſucapionem, quæ eſt modus adquirendi dominium Quiritarium. 4. Et præcipue, quod diſtinctio dominii bonitarii & Quiritarii, non pendet à titulo & cauſa adquirendi, ſed à qualitate & diverſitate modi, quo res accipitur & transfertur; & non dubium eſt, olim rerum mancipi, ſimplici tantum interveniente traditione, dominium tantum bonitarium translatum fuiſſe, interveniente vero mancipatione & nexu, aut ceſſione in jure, translatum fuiſſe Quiritarium: vix autem quis dubitare poſſit, quin etiam res dotalis per aliquem eorum modorũ transferri potuerit, ex quibus hoc dominium adquirebatur, quos refert *Ulp. tit. 19. de adquiſit. rer.* ſed plus ſatis de iſta quæſtione.

In rebus quæ Italica fuerant.] Ergo prædium dotale provinciale ſtipendiarium & tributarium maritus libere potuit alienare, quod durius videtur, poſtquam præſertim ab Antonino omnes quoque provinciales cives Roman. effecti ſunt. Et licet earum rerum & ſc. prædiorum iſtorum nõ eſſet Quiritariũ dominiũ tamen erat jus valde affine dominio, & ꝙ omne emolumentum poſſeſſori præſtabat, excepto quod ſtipendium ſolvendum erat. Et ita fiebat, ut mulier eſſet indotata in provinciis alienato prædio: ſi maritus forte non eſſet ſolvẽdo. Hottomannus putat id per cõſequentiam effectũ, quod Lex Julia de civib. Romanis tãtum locuta eſſet, ea a. prædia & bona tantum, quæ juris Italici erant, utebantur jure civili. Et ante L. Juliam quoq; quæ poſterioribus temporibus lata fuit, remedia fuerunt quibus conſuleretur uxoribus: nec proinde adeo abſurdum, ſi in provinciis non obtinuit ea Lex. Sed Juſtin. hoc quoque mutavit, hic & *in l. un. §. Et cum 15. C. de rei ux. act.*

Alienationes.] Alienatio hic ut & alibi ſignificat omnem actũ per quem dominium transfertur *l. 1. C. de fund. dot.* adeo nec legari poteſt *l. dotalem 16. de milit. teſt.* Pertinet Lex etiam ad uſucapionẽ, ut dotale prædium uſucapi non poſſit juxta *l. ſi fundũ 16. de fund dot.* & quorũ Lex alienationem vetat, in his uſucapioni locus non eſt, ex ratione *l. ſi ab eo 11. de uſucap. l. qui fundũ 7. §. quo ſciens pro empt.* Et habet Lex locum in quovis marito etiã milite *d. l. 16.* quin & in ſponſo *l. 4. de fund. dot.* Illud deniq; addendum, quod Lex Julia non tantum pertinet ad fundum in dotem datum, ſed etiam ad eum quem mulier per ſervum dotalem adquiſivit *l. 3. de fund. dot.*

Ne ſexus fragilitas.] Ratio eſt, ob quam nec conſentiente muliere alienatio rata eſſe debet, quæ ob fragilitatem mulier facile perſuadetur.

TEXTUS.

1. Contra autem creditor, ex pactione pignus, quamvis ejus ea res non ſit, alienare poteſt. Sed hoc forſitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur alienari pignus, qui ab initio contractus, pactus eſt, ut liceret creditori pignus vendere, ſi pecunia non ſolvatur. Sed ne creditores jus ſuũ perſequi impedirẽtur, neq; debitores temere ſuarum rerum dominium amittere viderẽtur, noſtra conſtitutione eſt conſultum, & certus modus impoſitus eſt, per quem pignorũ diſtractio poſſit procedere: cujus tenore utriq; parti creditorum & debitorum ſatis abundeq; proviſum eſt.

COMMENTARIUS.

ALienandi jus, eſt effectus dominii, ſi modo etiam competat jus adminiſtrandi, ut notatũ ad *pr. tt.* Conſequens hinc eſt, ut domin. alienare poſſit, & ut qui non dominus eſt, nõ poſſit, & hoc procedit expeditius; ſiquidem cum alienationis effectus ſit, translatio dominii, qui iſtud non habet, nec transferre poterit. Limitatio eſt expeditiſſima & certiſſima, ut qui non eſt dominus poſſit alienare voluntate domini, veluti qui mandatum habet de alienãdo *§. Nihil autem 43. ſup. de rer. diviſ.* Quin revera iſta limitatio non eſt, ſiquidem dominus ipſe ita videtur alienare. Adeo nec vera erit limitatio, quæ hic proponitur de creditore, qui debitore

non

non ſoluente, alienat pignoratam rem, & ſcilicet, qui alienat, ut Juſtin. hic proponit, ex pactione, qua conventum eſt ab initio, ut creditori in jam dictum caſum pignus vendere liceret. Propius accedit ad limitationem, ſi nihil ſit conventum expreſſe de alienando, ſed pignus ſimpliciter fuerit datum. Neque enim quod pactionis hic meminit Juſtinianus, exiſtimandum eſt, eam eſſe neceſſariam; ſed imo licet nihil dictum ſit, jus vendendi competit creditori ex natura pignoris, quod in debiti ſecuritatem datur; adeo quidem ut licet conventum ſit, ne diſtraheretur pignus, trina tamen denuntiatione præcedente vendere liceat, ut eſt ſcriptum *in l. 4. de pignor. act.* quia cenſetur inutile pignus, quod non liceat diſtrahere; adeoque pactum tale eſt contra pignoris naturam. Itaq; cum hoc naturæ pignoris inſit omnimodo, ut diſtrahere liceat, videatur nec iſta eſſe vera limitatio, ſed ſemper intelligi tacite quaſi conventum, ut debitore non ſoluente pignoratam rem diſtrahere liceat creditori.

Sed ne creditores.] Olim liberius erat jus diſtrahẽdi quod coercuit Juſtin. *in l. ult. C. de iur. dom. imp.* Et ſicut noluit ademptum creditorib. jus quæſitum, ita etiam proſpexit debitoribus, ne facile res ſuas amitterent: & diſpoſuit, ut poſt elapſum demum biennium à denuntiatione vendere non liceat; ut nimirum interea ſpacium debitor legitimum habeat expediendi ſolutionem. Et cum ſine controverſia Juſtin. hic intelligat *d. l. ult. C. de iur. dom imper.* & hic indefinite diſtractione pignoris agat: hinc apparet manifeſto errare Donellum, qui *d. l. ult.* & ſolemnitates ibi requiſitas ad caſum ſingularem reſtringit, quo creditor cupit adquirere & impetrare dominium rei pignoratæ: cum præterea nec hoc ſit ſingulare, ſed ita ſemper obtineat, ut ſi res pignorata venum expoſita, non repetiat emptorem, tum demum creditor ſupplicare principi poſſit, ut pro debito res pignorata domini jure ſibi addicatur. Apparet autem ex *d. l. ult. C. de iur. dom. imper.* falſum eſſe, quod Weſembec. ſcribit, non eſſe opus denuntiatione aliqua præcedente, niſi hoc conventum ſit: quippe cum expreſſe *dict. leg. 3.* denuntiationem requirat: & rationi plane repugnat, ut debitori prius non monito de ſoluendo, pignus diſtrahi poſſit: contra quam & olim obtinuiſſe patet ex *l. debitores 50. Cod. de pignoribus l. creditor. 4. Cod. de diſtract. pign.* & inepte in contrarium adducitur *§. appellamus 15. de action.* Longe enim aliud eſt, creditorem qui convenire aliquem in judicio vult, non habere neceſſum ut prius ei denuntiet actionem, vel alias admoneat: & debitore non monito de ſoluendo, poſſe diſtractionem pignorum fieri: cum præſertim debitoris magnum hic verſetur præjudicium, qui amittit rem ſuam ut docet expreſſe hic Juſtinianus iſtis verbis, *ne debitores timere ſuarum rerum dominium amittere videantur:* & omnino indiſtincte in *d. l. ult. Cod. de iur. dominii*, requiritur denuntiatio præcedens: quem textum nimis quam abſurde Weſembec. refert ad caſum, quo convenit, ne pignus diſtrahatur, abſurde etiam *Ioh. de Plat. poſt Ang.* reſtringit ad caſum fœneratoris; cum ſimpliciter loquatur de creditore, adeo etiam ſi ſine uſuris pecunia data ſit: quin ex quocunque etiam contractu. Nec poteſt pignus diſtrahi, niſi ſi pecunia debita non ſolvatur, h. §. atqui non poteſt imputari debitori, quod non ſolverit, ſi prius interpellatus non fuerit, cum nec antea conſtituatur in mora. Et licet ponas ipſo jure debitorem eſſe in mora, ſi forte ad diem ſoluturum ſe pecuniam promiſerit; tamen quo ad jus diſtrahendi pignoris, debitorem prius interpellatum eſſe oportet. Adeoque etiamſi convenerit, ut liceat diſtrahere, tamen denuntiatione opus eſt: non tamen hic requiritur lapſus biennii, ſed duobus reliquis caſibus, ubi aut nihil actum, aut ut ne diſtraheretur actum eſt: hac differentia, ut hoc caſu ter denuntietur: quæ triplex denuntiatio olim ſufficiebat intra minoris temporis ſpatium; ubi autem nihil actum erit unam denuntiationem ſufficere communiter placet, quamvis *Paul. 2. ſentent. de pignorib.* Et hoc caſu tres denuntiationes requirat: atque ita ſecundum eum nulla erit differentia, ſive de vendendo actum non ſit, ſive actum ſit ne vendatur: quamvis id non ſatis videatur convenire ſententiæ *Ulp. in l. 4. inf. de pignor. act.*

Quamvis ejus ea res non ſit.] Etenim pignore dominium mutatur, ſed res in ſecuritatem obligatur creditori.

Alienare poteſt.] Eo effectu, ſicut ſi dominus alienaret, ut in accipientem & ementem transferatur dominium *l. qui à creditore 18. Cod. de diſtrah. pign. l. 4. in pr. de ping. act.*

Creditore pignus.] Pignus in ſpecie dicitur cujus poſſeſſio in creditorem eſt tranſlata *l. 9. §. 3. de pign. act.* Quod ſi res tantum pignori obligata, & poſſeſſio ejus penes debitorem vel alium eſt, debitore non ſoluente, prius actione Serviana rem creditor evincit *§. Item Serviana 7. infr. de act.* & tum eam

Digitized by Google

diſtrahit. Vendit autem creditor pignoratam rem ei fini, ut ex precio ſibi de debito ſatisfiat, adeo quidquid ultra debitum cõſecutus eſt, pro eo reſtituẽdõ, ſibi, pignoratitiam actionem debitor habet *l. quamvis 6. §. ult. de pign. act. l. quæſitum 9. de diſt. pign.* ſicut ibidem ſi minus debito conſecutus fuerit creditor, reſiduum jure, perſequi poteſt *l 3. Cod. de diſtr. pignor.*

TEXTUS.

§. Nunc admonendi ſumus, neq; pupillum neq; pupillam ullam rem ſine tutoris autoritate alienare poſſe. Ideoq; ſi mutuam pecuniam alicui dederit, ſine tutoris autoritate, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis. Ideoque nummi vindicari poſſunt, ſicubi extant, ſed ſi nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit, bona fide conſũpti ſunt, condici poſſunt: ſi mala fide, ad exhibendum de his agi poteſt.

COMMENTARIUS.

1 *Pupillus an poſſit amittere poſſeſsionem.*
2 *De caſu nummorum ſolutorum à pupillo, & conſumtorum.*
3 *De oppoſitione condictionis & actionis ad exhibendum.*
4 *Hottomanni errores exploſi.*
5 *Singularia de actione ad exhib ndum.*

PErtinet ad primum membrum hujus tit. quo dominus alienare non poteſt: ex perſpicua ratione, quia pupillus tutorem habens, adminiſtrare ſua bona non poteſt. Itaq; omnis à pupillo facta vẽditio, aut permutatio ipſo jure nulla eſt, ſine tutoris autoritate, ut eſt in pr. *huius.* §. Et an igitur cum tutore pupillus res quaſvis poteſt alienare? Utiq; olim potuit, exceptis prædiis ruſticis, in quibus opus erit decreto magiſtratus. Poſtea magis poteſtas tutoris hac in re conſtricta *l. lex quæ 22. C. de admin. tut.* Et hinc eſt, quod juxta *verſ. & ideo h.* ſi pupillus mutuam pecuniam det, non contrahat obligationem; quoniam mutuum non contrahitur, niſi dominium transferatur in debitorem *h. §. l. 2. §. 2. de reb. cred* & in genere ita obtinet, ut pupillus ex contractibus ſuis nullo modo obligetur, & nec actio perſonalis contra eum competat, ut dictum *ſupr. libr. 1. de autor. tut.* Et hinc etiam eſt quod in extremo hujus tit. dicitur pupillum non poſſe ſolvere etiam quod ex obligatione efficaci debeat, quæ forte à patre in eum deſcendit, quia effectus ſolutionis eſt translatio dominii, quæ ſi non fiat, non poteſt liberatus intelligi debitor, *h. t. in f. obligari 9. §. 2. de autorit. tut.* Et igitur nec mutuum dando obligationem adquirit pupillus; nec ſolvendo debitum liberatur; Sed utrobique vindicatio eſt nummorum, quorum dominium non diſceſſit à pupillo, *h §.* At ſcrupulum facere poſſit, quod cum non poſſit vindicari res cujus poſſeſſionem quis adhuc habet, pupillus non videtur 1 amittere poſſeſſionẽ ſine tutore, nec naturalem quidem, ut eſt in *l. pupillus 11. de adq. rer. dom.* cui tamen videtur contradicere *l. poſſeſſionem 29. de adq. poſſ.* quæ affirmat pupillum poſſe ſine tutore amittere poſſeſſionem, quatenus facti eſt, & in corpore conſiſtit; quod ſatis eſt ut vindicatio locum habeat, maxime in reb. mobilibus, *arg. l. officium 9. de rei vind.* id; & rationi convenit. Et reſpondebo ad *d. l. 11. de adq. rer. dom.* quod non poſſit perdere naturalem poſſeſſionem, ſicut alius poteſt, qui & animo ſolo eam perdit, & deſertione; at nos ponimus caſum, quo pupillus rem naturaliter, & corporaliter, in alium transtulit. Nec dubium eſt hoc ita obtinere, ubi nummi adhuc extant. Quid autem ſi conſumpti ſint? Diſtinguitur; an qui accepit, bona an mala fide 2 eos conſumpſerit. Vel potius diſtinguendum, an pupillus ſolutionis cauſſa nummos dederit, an obligationis contrahendæ cauſa. Illo caſu, ubi videl. debitum juſtum fuit, non ab ipſo pupillo ſine tutore contractum, (quo caſu omnimodo nummorum condictio eſt *l. interdum 29. de cond. ind.*) conſumptis nũmis pupillo adquiritur liberatio, ſive ſciens pupillũ debitor eos acceperit & conſũpſerit, ſive ignorans: hoc o. utile eſt pupillo ut liberetur, quo caſu efficaciter ad ſolvendũ conveniri potuiſſet; & ita indiſtincte reſponſum eſt in *l. non omnis 19. §. 1. de reb. cr. d. l. quod ſi 14. § ult. de ſolut.* & cum utiq; ſciat creditor ſibi deberi, non videtur eſſe revera in dolo, niſi hactenus, quod à tutore vel ejus autoritate pecuniã accipere debebat. Et tamẽ in *l. 9. § 2. de aut. tut.* proponitur bona fide pecuniam fuiſſe conſumptam. An hoc forte adjectum, ut tanto minus ea de re dubitari poſſet? an facit hoc ſubtilis ratio civilis juris, ut qui mala fide pecuniam conſumpſit, non poſſit eam conſumſiſſe videri tamquam ex debiti cauſa ſolutam. Exiſtimatim plane nec maxime ſubtili jure ad exhibendum conveniri poſſit debitor

bitor, cum fore tutum exceptione, ne reſtituere cogatur, quod poſtea jure ſuo iterum petere poſſet: eum & dolo faciat, qui petat, quod reſtituturus eſt. Quid autem ſi nummi quos ſoluit pupillus fortuito caſu perierint, incendio, ruina, rapina, an pupillo damnum erit? Et quidem vulgo traditur, rem perire domino. Sed recte probant communiter Dd. ad pupillum non pertinere jacturam quoniam hoc fit ob pupilli perſonam, ut dominium nequeat pervenire recta ad debitorem, ſed hoc nō poteſt, nec debet conditionem debitoris, qui à pupillo pecuniam accepit in aliis facere meliorem, ſed omnia quoad iſtud & alia perinde habebis, ac ſi non pupillus ſoluiſſet pecuniam, ejuſque dominium in accipientem creditorem tranſlatum fuiſſet. In altero caſu, ubi obligationis contrahendæ cauſa, & v. c. pecuniam mutuam dedit pupillus, non habet dubium, quod qui mala fide pecuniam conſumpſit, ad exhibendum teneatur, juxta hunc §. *inf.* Sed qui bona fide conſumpſit, teneatur condictione quaſi ex mutuo; *h. §.* quoniam conſumptio iſta eſt modus quidam adquirendi dominium, & facit adeo, ut mutuum quod ab initio inutiliter contractum erat, quodammodo convaleſcat, ut cōmuniter notat *Dd. ex l. rogaſti 11. in f. cum 2. ll ſeqq. de r. b. cred.* & ad eundem modū diſtinguitur in *d. l. 11. § ult.* & ita Theoph. hic, [illegible] id eſt: quod non fecit pecuniæ numeratio, ut conſtitueretur mutuum, id facit, bona fide ſecuta conſumptio. Hoc autem amplius notandū,

3 non accipiendam æqualiter † iſtam oppoſitionem condictionis & actionis ad exhibendum, ubi bona vel mala fide res conſumpta eſt, nam illo caſu tantū eſt condictioni locus, non etiam actioni ad exhibēdum: at hoc caſu equidem excluditur condictio tātum ex mutuo; ſed non protinus omnis condictio, nam cum etiam contra prædonem, qui mala fide fructus conſumpſit, condictio detur *l. pen. de cond. ſine cauſ. l. 4 in f. C. de crim. hered. expil.* quidni etiam condictioni poſſit dari locus contra hunc, qui mala fide conſumpſit, cū præſertim *ſup. in §. ſi tamen 27. de rer. div.* oſtenderimus, non obſtare malam fidem, quominus per conſūptionē, aut alios id genus modos dominium adquiratur. Itaq; ſi quis mitius agere & hic velit, recte utetur condictione. Sed Juſtin. voluit proponere actionem graviorem, quæ eſt ad exhib. in qua juratur in litem, quoniam, qui mala fide conſumpſit tenetur, tamquā ſi rem dolo malo deſierit poſſidere. Explodendi autem hic nobis & confutandi ſunt errores Hottomanni † 4
hoc loco. Ait dari ita actionem ad exhib. ut poſt in rem agatur per *l. 3. §. 3. ad exhib.* Ego iſtud autem in noſtris terminis falſum eſſe dico. Actio nimirum iſta ad exhib. tum præcedit actionem in rem cum res mobilis ſeparatim extat apud poſſidentē, ſed cujus qualitates non novit exacte dominus, quæ in rei vindicatione exprimendæ ſunt *l. 6. de rei vind.* quas ut exprimere poſſit dominus, prius agit, ut ſibi res exhibeatur. Deinde actio ad exhibendum præparatoria † eſt vindicationis, ubi res ita extat a- 5
pud aliquem, ut propter conjunctionem cum alia re poſſeſſor ſummo jure rei dominium conſecutus eſt, ita ut vindicari res non poſſit: & hoc caſu effectus eſt actionis ad exhib. ut res ſeparata poſtmodum vindicari poſſit, *§. ſi tamen 27. ſup. de rer. div. l. gemma 6. ad exhib. l. in rem 23. §. Item 5. de rei vind.* Extra hoc caſus actio ad exhibendum nullam poſt ſe habet vindicationem; veluti ubi, qui rem tenebat, eam dolo malo poſſidere deſiit, quod & factum intelligimus, ubi res dolo malo conſumpta eſt: totum enim quod & quantū poteſt, conſequitur actor per hanc actionem ad exhib. ut intereſſe præſtetur, vel jurata æſtimatio *§. ſi ad 3. in fin. infr. de offic. iud.* ſiquidem perinde eſt, contumaciter rem non reſtituere & dolo malo feciſſe, quominus reſtitui res poſſit, illo autem caſu certo jure in litem juratur *l. 5 §. 2. ad exhib.* quod ſi æſtimationem juratam vel omne intereſſe actor conſecutus ſit, nihil habet amplius, quod alia actione & rei vindicatione perſequatur. Ait porro Hottoman. licet, qui rem dolo malo poſſidere deſiit, utili in rem actione teneatur, tamen quia actio ad exhib. directa ſit, eam potius Juſtinianum propoſuiſſe; quod & Cujac. in notis inconſiderate adſcripſit. Enimvero rurſus omnino falſum eſt, quod contra eum, qui rem dolo malo poſſidere deſiit, detur directa actio ad exhibendum: Fieri enim non poteſt, ut directa actio hic habeat locum, cum ut res exhibeatur; impoſſibile ſit, & hic ſaltem color ſit, quod dolus hactenus ſit pro poſſeſſione, quæ cum fictio ſit, utili actioni facit locum: nec hac in re ulla inter actionem ad exhib. & rei vindicationem differentia dari poteſt. Utraque contra poſſidentem directa, utraque contra eum qui dolo poſſidere deſiit, eſt utilis. At quæ ratio igitur eſt, cur non potius actio in rem utilis proponatur, quæ utique etiam pro re mobili competit? Subtilis & vera ratio eſt; quod hæc actio ad exhib. eſt præparatoria actionis in rem, & in caſu vero & in ficto; id eſt ſive de

utili

utili ſive directa actione in rem quæratur. Igitur, ſicuti actio ad exhibendum directa, præparatoria eſt vindicationis, ubi res mobilis extat apud poſſidentem; ita & actio utilis ad exhibendum, eſſe debet præparatoria actionis in rem, ubi rem dolo malo reus poſſidere deſiit. Fit autem ex accidenti, ut actio in rem non poſſit ſequi hoc caſu: ſicut nec ſequitur ubi reus conventus directa actione ad exhib. rem quam revera poſſidet, contumaciter reſtituere recuſat, ſiquidem propter contumaciam ex ipſius actionis ad exhib. natura juratur in litem; quo facto cum conſequatur actor, quod agendo in rem conſecutus fuiſſet, non habet, quod jam alia actione utatur. Idem autem eſt ut diximus; ſive reus contumaciter non reſtituat, ſive ante dolo fecerit, quominus eam reſtituere poſſit. Quæ omnino notanda ſunt.

TEXTUS.

4. At ex contrario omnes res pupillo & pupillæ ſine tutoris autoritate recte dari poſſũt. Ideoque ſi debitor pupillo ſolvat, neceſſaria debitori eſt tutoris autoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentiſſima ratione ſtatutum eſt in conſtitutione quam ad Cæſarienſes advocatos ex ſuggeſtione Triboniani viri eminentiſſimi, quæſtoris ſacri palatii noſtri promulgavimus, qua diſpoſitum eſt, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem ſoluere, ut prius judicialis ſententia ſine omni damno celebrata hoc permittat: quo ſubſecuto, ſi & judex pronuntiaverit & debitor ſoluerit, ſequatur hujuſmodi ſolutionem pleniſſima ſecuritas. Sin autem aliter quam diſpoſuimus, ſolutio facta fuerit, pecuniam autem ſaluam habeat pupillus, aut locupletior ex ea ſit, & adhuc eandem pecuniæ ſummam petat, per exceptionem doli mali poterit ſubmoveri. Quod ſi male conſumſerit, aut furto, aut vi amiſerit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, ſed nihilominus condemnabitur: quia temere ſine tutoris autoritate, & non ſecundum noſtram diſpoſitionem ſolverit. Sed ex diverſo pupilli vel pupillæ, ſoluere ſine tutoris autoritate non poſſunt; quia id quod ſoluunt, non fit accipientis: cum ſcil. nullius rei alienatio eis ſine tutoris autoritate conceſſa ſit.

COMMENTARIUS.

PUpillus ſine tutore conditionem ſuam poteſt facere meliorem, & ſine eo ſibi adquirere in *prin. ſup. de aut. tut.* Ad eum modum hic dicere videtur Juſtinianus, licet pupillus ſoluere non poſſit, ſicut neq; poteſt obligari *d. princ.* tamen ei recte ſolvi poſſe, etiam ſine tutoris autoritate. Sed cõparationem hanc ineptam eſſe, ex eo apparet, quod Juſtin. mox ait, ſi debitor pupillo ſoluere velit, neceſſariam eſſe tutoris autoritatem. Et igitur falſum eſt, quod ei ſine tutoris autoritate omnes res ſolui poſſunt. Et omnino inepte iſta ita ſimpliciter proponuntur, eaque de cauſa Weſemb. aliquid ſubintelligendum eſſe putat, aut pro *ideoque* legendum, *quamquam*, ſed nimirũ hactenus pupillo recte ſolvitur, quod ipſe nullam damnum inde ſentit; & hoc modo accipiendum eſt prin. hujus §. Sed ſi velit debitor eſſe ſecurus, male omnino ſolvet pupillo ſine tutoris autoritate, (pupillo ſc. debitoris nam ſi adjectus ſit ſolutioni per ipſum creditorem recte ei etiam ſine tutore ſoluitur *l. ſi ſtipulatus 11 de ſolutio*) quippe cum hoc modo omnimodo ipſo jure non liberetur, ſed demũ ope exceptionis ſi pupillus vel pecuniam adhuc habeat penes ſe, aut illam utiliter expenderit, vel locupletior inde vel certe non ſit factus pauperior: *l. in pupillo 47 de ſolut.* Hoc enim cum æquitati repugnet, ut bis idem conſequatur pupillus obſtat ei rurſus petenti exceptio doli mali *h. §. ver ſin autem. l. pupillo 15 de ſolut. l. ult C. pro empt. l. 4. § ſi quis 4 de doli excep.* quæ eadem æquitatis ratio facit, ut licet pupillus ſummo jure non obligetur, tamen ſi locupletior ſit factus, ex re alterius, utili actione conveniatur *l. pupillus 5. in fin. princ. de autorit. aut. l. naturaliter 13. in fin. cum l. ſeq. de cond. indeb.* Conſequenter ſi pupillus, qui rem accepit, locupletior factus non ſit, debitorem nulla exceptio defendit, ſed iterum ſoluere cogitur *h §. verſ. quod ſi male.* quantum ſcilicet pupillo abeſt, nam ſi partem utiliter impenderit, aut penes ſe habeat,

in par-

in partem eam exceptio doli utilis erit. Debitor itaque ſoluere debebat pupillo autore tutore, vel ipſi tutori, quo caſu liberari tutorem ipſo jure reſpondet Juriſconſultus in *l. Luc. 46. §. tutela C. de adminiſtr tut.* Sed Juſtinian. hoc amplius accedere voluit, ut autoritate judicis fieret ſolutio *l. ſancimus 25. C. de adminiſtr. tut.* ad quam conſti ut. ſe hic refert in *verſ ſed hoc etiam*, & fallitur Hottom. qui negat exſtare conſtitutionem illam, cujus hic meminit ipſa enim verba hujus loci & *d. l. 25.* arguunt, eam ipſam intelligi conſtitutionem, & non concludit ejus ratio, quod illa l. 25. ſit inſcripta Johanni præfecto prætorio, non advocationi Cæſarienſi: nam & *l ult. C. de pact.* recte dicitur ſcripta ad Cæſarienſes advocatos, quorum in *pr. l.* mentio fit, licet eadem ibi ſit inſcriptio ad eundem Johannem; in cujus auditorio Cæſarienſes Advocati militabant. Sed & ut Weſemb. putat, poteſt ad utroſque diverſo tempore ſcripta & miſſa fuiſſe. Ita facta ſolutione ſequitur pleniſſima ſecuritas citra periculum reſtitutionis; quia debitor tenetur ſolvere ex neceſſitate. Itaque non obſtat, quod minori detur reſtitutio contra alienationem ex decreto factam *l ſiquidem 11. C. de præd minor.* Quod ſi tutor hoc omiſerit, & debitor ſine ſolennitate iſta ſolverit, non erit debitor ſecurus omnino: Sed ſi tutor ſolvendo non ſit, pupillus in integrum reſtitutionẽ habebit: quod tamen in ſolutione ſortis, non etiam redituum annuorum neceſſarium vult eſſe Juſtin. *d. l. 25.* quod declarat ipſe & limitat *l. conſtit. 27. C. eod. tit.* ſi non excedant metas biennii, aut ſummam centum ſolidorum. Debet autem ſententia judicialis celebrari ſine omni damno, ut loquitur Juſtin. in *d. l. 25. & h.* §. id eſt, ut ne eo nomine impenſas pupillus facere cogatur; in judicem ſcribas, aut viatores. Ad extremum notandum eſt, Iſta tantum videri pertinere ad pupillos, quos etiam nominatum ſæpius ita appellat, de quibus etiam verbum *minoris*, quo poſt pr. §. utitur, accipiendum eſt, adultos enim non omnino nulliter contrahere & agere iudicio eſt, *l. 2. §. ſi à pupillo 15. pro emptore*, de qua re alibi tractatur. Et conſtat, rectius etiam ſolvi minori per *l. 7. §. 2. de minorib.* Et Juſtin. tamen hic conjungit tutorem & curatorem; & in multis ſane pupillus & minor, præſertim curatorem habens & ubi de alienatione rerum quæritur conveniunt; quod etiam probat *l. Lex quæ C. de admin. tut. & Dd. d. l. 2. §. 15 pro empt.* ad res mobiles referre ſolent. Dicitur conſtitutio *l. 25. C. de adm. tut.* lata ex ſuggeſtione Tribon. *QUÆSTORIS*: qui ita appellatur relatione ad tempus quo emiſſa fuit conſtitutio; ſed tempore Inſtitutionum editarum jam finita erat quæſtura, ut ex proœm. Inſtit. apparet.

Sed ex decreto.] Hoc explicavimus ad §. præced.

AD TITULUM IX. LIBRI SECUNDI INſtitutionum.

PER QUAS PERSONAS NOBIS adquiritur.

TEXTUS.

Adquiritur nobis non ſolum per noſmet ipſos, ſed etiam per eos quos in poteſtate habemus: item per ſervos, in quibus uſũfructũ habemus; itẽ per homines liberos, & per ſervos alienos, quos bona fide poſſidemus: de quibus ſingulis diligentius diſpiciamus.

COMMENTARIUS.

EST enumeratio perſonarum per quas adquirimus, ſed non æqualiter, nec eodẽ modo: ideoque diligentius, & diſtinctius, de ſingulis diſpiciendum eſſe ait. Adquirimus ſcilicet, aut immediate per noſmet ipſos, aut per alios mediate, quos in poteſtate habemus, qui vel ſunt liberi noſtri, vel ſervi; & adquirimus vel omnimodo & omnia; vel non omnimodo nec omnia. Et citra liberos ſubjicitur diſtinctio mox in *ſeq.* §. 1. De ſervis in §. 3. & 4. omnino enim ut quis nobis adquirat, aliqua oportet eſſe ſubjectum, & qua talis nobis ſolummodo adquirit. Et juxta *dict.* § 3. & 4. ita diſtinguendi ſunt ſervi, quod alii ſunt plene noſtri, alii non plene, & hoc vel ratione proprietatis quæ pro parte noſtra eſt (qui dicuntur ſervi communes de quib. nihil hic, ſed *infr. de ſtipul. ſerv. & per quas perſ. oblig adquir.* tractatur) vel uſusfructus, quem tantum habemus. Et rurſus vel ſunt vere ſervi, vel non vere, ſed interim pro talibus habentur veluti quos bona fide pro ſervis, aut noſtris ſervis poſſidemus, & ſunt vel ſervi alieni vel homines liberi

conditionis ſuæ ignari, de quibus ſingulis mox explicatius tractatur. Illud parum intereſt, an hic & in ſeqq. lega ut in ſecunda perſona, *adquiritur vobis*, ut habēt vulgarę editiones. an in prima perſona *Nobis*. quod magis probant *Cui. Bar. VVeſemb arg. l. adquiruntur* 10 *de adquir. rd. rerum domin.* quam lectionem etiam Theophil. expreſſit.

TEXTUS.

2. Igitur liberi noſtri, utriuſque ſexus quos in poteſtate habemus, olim quidem quidquid ad eos pervenerat, (exceptis videlicet caſtrenſibus peculiis) hoc parentibus ſuis adquirebant, ſine ulla diſtinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam licentia eis eſſet, quod per unum vel unam eorum adquiſitum eſſet, alii filio vel extraneo donare, vel vendere, vel quocunq; modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum viſum eſt, & conſtitutione generali emiſſa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reſervavimus. Sancitum etenim à nobis eſt, ut ſi quid ex re patris ei obveniat, hoc ſecundum obſervationem antiquam totum parenti adquiratur: quæ n. invidia eſt, quod ex occaſione patris profectum eſt, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia cauſa filiusfam. ſibi adquiſivit, hujus uſuſructum patri quidem adquirat, apud eum autem dominium remaneat, ne quod ei ſuis laboribus, vel proſpera fortuna acceſſerit, hoc in alium perveniens luctuoſum ei procedat.

COMMENTARIUS.

1 *Peculium unde dictum.*
2 *Peculii diſtinctio, & unde ſumta.*
3 *An filius quid juris in peculio profectitio habeat.*
4 *De peculio adventitio extraordinario.*
5 *Quid ſit, ex re patris adquiri.*
6 *Peculium quaſi caſtrenſe.*

Diximus *ſup. lib. 1. ad tit. de pat. pot.* quale jus & quantum ex lege Romuli, & 12. tabb. parentes in liberos habuerint ex Dionyſ. præſertim Halicarnaſſeo. Secundum quod omnia omnino parenti filiusfam. adquirebat, quod idem autor diſerte ſcribit l. 8. & eo jure nulla penitus fuit peculiorum diſtinctio: & quod in militia ſibi liberi pararunt, id demum conſtitutionibus Impp. qui oppreſſa Republ. milites ſtudebant ſibi conciliare, ſub tit. caſtrenſis peculii propium liberorum factum eſt, ut patet ex *tit. 12. inf. in pr. verſ. quod quidē*, ubi ipſe Juſtin. hoc tribuit Auguſto ſecundum quod fallacia homonymiæ eſt, in *prin. hujus § in verbo olim*, olim, ait Juſtin. omne acquiſitum fuiſſe parentibus, exceptis caſtrenſibus peculiis; olim nimirum, & annis quingentis circiter ante ipſius ætatem. Et hujus exemplo videtur poſtea exceptum fuiſſe & peculium quaſi caſtrenſe Peculium quidam notant dictum à pecudibus, † qua imagine ab initio pecunia fuerit 1
ſignata. Sed hinc non poteſt ſumi ratio quare hoc tantum dicatur de bonis, quæ ſervi & filii f. tenent. In *l ſi chorus* 79. §. 1. *de leg.* 3 peculium dicitur, quod præſidii cauſa ſeponitur: An forte hinc origo, ut q domini concederent ſervis peculiariter ſeparatim à rationibus ſuis, diceretur peculium? Videtur hoc longius petitum; Ceteroquin deſcrabitur peculium iſtud in *l* 4 & 5. § 3 *de pecul.* quamvis latius pateat: nam & in peculio ſervi eſſe dicimus, quod ille clam domino comparſit. Unde illud Senecæ *peculium quod v. ntre fraudato comparaverunt pro capite numerant.* Unde non uno in loco juris noſtri mentio, ſuis nummis empti *leg. ſed ſi* 10. *in princ. de in ius voc.* quos ſcilicet ſervus alteri dabat, qui eum redimeret à domino: quo pertinet illud *Terent. in Phorm. quod ille de dimenſo ſuo comparſit miſer.* Porro ex ratione juris Juſtinianei diſtinguitur peculium, quod vel ſi caſtrenſe, † vel paganicum. 2
Utrumque duplex. Illud vel vere tale vel quaſi; hoc vel adventitium vel profectitium. Caſtrenſe & quaſi ita dicuntur ab adquirendi cauſa. Illud enim eſt quod in militia & ejus occaſione adquiritur, quin imo & amplius, ſi quid rerum mobilium euntiin militiam donatur juxta *l* 1. *C de caſtr. pecul. l.* 12. ubi fit mentio cognatorum donantium; probo tamen quod *Iob Fab.* notat, ſi quid directo ad militiam pertineat, velut, equus, arma, id eſſe peculii caſtrenſis, à quocunque etiam datum ſit, v. & *l. caſtrenſe* 11. & *l. de hered.* 19. *de caſtr. pec.* Quaſi caſtrenſe eſt, quod ex militia togata & ex officiis publicis adquiritur, ut oſtendit *l ult. C. de inoff. teſt.* de quo & in *§. ult. inf. de milit teſt. l. cum oportet* 6. *in f. pr. C. de bon. quæ lib.*

nam

nam & advocati v.c. militant *l. advoc. 14. C. de advoc. div. jud.* & pluſquam notiſſimi ſunt in fionti juris loci io 3 *poſter. libr. Codicis*, quibus emota pene officia civilia quoque, militiæ appellantur; & peculii quaſi caſtrenſis mentio eſt 10 *l. 1. §. nec caſtrenſe 15. de col. lat.* add. quæ noto 10 *f. in §. ult. de milit. teſtam.* Et hæc peculia ſunt pleno jure liberorum *infr. in pr. tit. 12. verſ. ex hoc*, in quibus etiam cum patre litigare poſſunt *l. 4. de judic.* quippe cum patris famil. loco habeantur *l. 2. ad SC. Maced.* excepto quod ſi deceſſerint inteſtati iſta quoque bona jure poteſtatis occupat pater, ut dicemus *ad d. pr. tit. 12 quibus non eſt perm. fac. teſtam.* Ex pagano peculio profectitium totum eſt patris, adventitium hodie diviſo jure eſt patris & filii; quod Juſtinianus fecit univerſale in *l. cum oportet. Cod. de bon. quæ liber.* cum jam ante ipſum non paucæ ſpecies adventitiorum hoc eodem modo per Impp. eſſent exceptæ, ita ut pater uſumfructum, filius proprietatem haberet; veluti bona materna, itemque materni generis ex materna cognitione delata, lucra nuptialia & ſponſalia, & quæ alias ex matrimonio obvenerunt; ut docet *t. 5. C. Theod. de bon. mat. l. 1. & 2. C. de bon. mat. l. 1. & 4. C. de bon. quæ l. &c.* Quæſitũ memini cui bono eſſet
3 apud filium peculium † profectitiũ, ſi quidem illud totũ eſſet patris. Sed quæ ſierit aliquis eadẽ ratione, cui bono apud ſervum ſit peculium, quod utique omnimodo eſt domini. Parẽtes concedendo peculio non tam commodum liberorum, quam proprium reſpexiſſe videntur, dum iis conceſſerunt peculium, quo negotiarentur in utilitatẽ parentum; quæ etiam ratio fuit, ob quam poſtea præter actionẽ de peculio in parentes conceſſit ex contractib. filiorũ *§. actiones 10. inf. de actionib.* Et tamen habuerunt aliquas commoditates in peculio hoc quoque liberi; nã ex juſta cauſa donare filiusf. de hoc peculio poteſt, ut eſt in *l. filiusf. 7. § 1. de donat.* & filiumf. emancipatum ſequitur hoc peculium, niſi nominatim pater ademerit *l. donationes 31. §. pater 2 de donat.* & damnato patre publicatis bonis peculium profectitium reſervatur filio, nec publicatur *l. 3. 1. §. ſed utrũ 4. in f. de minoribus.* Eſt porro iſta quam diximus, or-
4 dinaria natura peculii † adventitii, ut pater uſumfructum filius habeat proprietatem; Ceteroquin idem Juſtin. introduxit aliquot caſu quibus in hoc peculio plenam proprietatem habet filius *N. 117. cap. 1. l. cum multa 7. & ult. in pr. verſ. ſive è contrario C. de bon. quæ liber. N. 118. cap. 2. verſ. ſi vero cum Auth. idẽ eſt Cod. de bon. quæ l. l. ult. inf. Cod. de bon. quæ li N. 134. c. 11* perſpicua autem falſum eſt, quod *Angel. hic. v. 5.* ſcribit, licet non quæratur his caſibus patri uſusfructus, tamen quæri ei commoditatem utendi; ita enim LL. poſitæ eſſent verbis non rebus: nihil enim effectu intereſt ut inde apparet quod Dd. negant vendi uſumfructum, ſed tantum commoditatem utendi; & omne autem emolumentum habet emptor; & huic opinioni diſerte citati textus repugnant. Hoc autem genus bonorum, qui ad quaſi caſtrenſia referunt, vehementer errant, cum diſtinctiones peculiorum omnino dependeant ab adquirendi cauſis, & nos iſtam opinionem late & ſolide confutavimus in corollar. ad poſtrem. d. ſp. de actionibus, ac dicemus aliquod *infra ad princip. tit. quibus non eſt permiſſ. fac. teſtament.*

Ex re patris.] Ita deſcribitur peculium profectitium. † Itaque cum res ſit magni effectus, videndum 2 quid ſit ex *re patris*. Doctores quidquid contemplatione patris filio relictum eſt, ad profectitium peculium referunt: nam & alibi ubi quæſtio eſt inter duos, ita reſpondere ſolet & diſtingui, cujus contemplatione relictum ſit *l. ſed ſi plures 10. §. in arrogato 6. in fin. de vulgar. ſubſt. l. ſi ſervi 21. cum l. ſeq. de uſufr.* nam & ibi hæc gratia fructuario adquiritur, ãtequam ex re ipſius quæſitum, quod contemplatione ejus relictum eſt, quamvis Juſtin. in *l. 6. in pr. C. de bon. quæ lib.* verbis ſtrictioribus utatur, *ex ſubſtantia patris.* Illud autem penitus admitti non poteſt, quod Ang. & alii volunt, quidquid filiofam. ſub appellatione filiifam. relictum eſt, cenſeri contemplatione patris relictum, & eſſe peculii profectitii. Quid ſi filiusfamil. laboribus & negotiatione ſua ex re & pecunia patris lucrum fecerit, an erit totum peculii profectitii? Video hoc magis placere Angelo & pluribus quos citat. Sed contraria Bart. opinio mihi verior videtur, ut pars intelligatur peculii profectitii, æſtimante judice labores filii; idque confirmatur ex *h. § in fin.* ibi *laboribus*: cum ſcilicet citra ejus laborem lucrum illud ex pecunia patris non provenifſet nec talis labor fuerit, quem filius jure ſubjectionis præſtare neceſſe habuiſſet.

Sine ulla diſtinctione.] Alii intelligunt diſtinctionẽ proprietatis & uſusfructus. Alii adventitii & profectitii peculii; utraq; conjungẽda videtur: & hanc tamen potius videtur innuere Juſtin. & quod olim exceptis peculiis caſtrenſibus, cetera omnia undecunq; etiam filio obveniſſent adquirebantur patri. Notãtur tamen caſus quibus & olim adventitia patri non adquirebantur, ſed imo in iis filius poteſtat

rat habere plenam proprietatem : quid enim ſi pater repudiet hereditatem delatam filio *arg. l. is qui 13. §. ult. de adq. hered.* Item ſi pater ſit furioſus *arg. l. cum heres 52. eod tit.* ſimilis caſus *in l. Imper. 50. ad Trebell.*

Ut etiam eſſet licentia.] Cum enim pleno jure adquirerentur patri, conſequens fuit, ut pro libitu de ſuper ſtatuere poſſet.

Quod nobis.] Viſum & aliis ante Juſtin. qui & pleraque adventitia bona ita exceperunt , ut paulo ante diximus.

Liberis pepercimus.] Ut proprietatem haberent.

Parentibus honorem debitum.] Ita quidem cenſuit Juſtin. ſed viſum fuit aliud priſcis Legumlatoribus, qui putarunt omnia eſſe concedenda patri; contra quos tamen faciũt quæ ſupra diſputavimus *ad tit. de pat. pot.* jus patris in liberos , & juris gentium ratione eſſe regium , non tyrannicum. Tyranni omnia ſubditorum bona ſua eſſe putant. Bona autem ſubditorum rex ſua eſſe non putat; itaque hoc ut liberi omnia parentibus adquirant, non ex jure gentium , ſed poſitivo eſt; & parentes habent ſatis, ſi uſusfructus conceditur in bonis liberorum.

Si quid ex re patris.] In bonis profectitiis nihil mutavit Juſtinianus , ſed ut hic loquitur reliquit antiquam obſervationem.

Dominium remaneat.] Hic uſurpat dominium pro nuda proprietate.

6 *Suis laboribus.*] Notandum hoc inprimis eſt, peculii eſſe adventitii , † quod filius adquirit laboribus ſuis; ſcilicet extra cauſam togatæ militiæ & officii publici, juxta late tradita à Juſtiniano, *in l. ult. C. de inoffic. teſtam.* Ut proinde errent & labantur perſpicue, qui ſalaria & honoraria quorumvis procuratorum referunt ſub peculium , quod quaſi caſtrenſe dicimus id ſane hodie fuit recte illis locis, quibus procuratorum in judiciis ſuperioribus officium publicum habetur. Et in genere placet Joh. Fab. & aliis , quidqud adquiritur ex ejuſmodi officio quod publicum eſt, & in quo quis cuivis inſervire tenetur , id eſſe peculii quaſi caſtrenſis; veluti quod advocati aut Notarii adquirũt. Apparet primo id iis conceſſum , qui non omnino alieni erant à caſtrenſi militia, arg. *l. un. C. de caſtr. pal. pec.* poſt ſenſim productum *l. fin. C. de ſilent.* & generalius à Juſtin. ſtatutum *l ult. C. de inoff. teſt.* ut fere temere extendendum non ſit. Utique quod hujuſmodi perſonę extra cauſam officii adquirunt, erant adventitii peculii. Et ſpeciale omnino eſt *in d. l. un.* ut quod etiam parſimonia & ex donatione principis quæratur, ſit jure caſtrenſis peculii , quod nimirum ad perſonas ibi expreſſas reſtringuendum eſt. Singulare etiam eſt in militibus cæleſtis militiæ , presbyteris diaconis; ut quidquid adquirunt, teneant jure caſtrenſis peculii. Et in talibus diſpoſitionibus fruſtra accurata juris ratio quæritur ex qua omnino cauſa adquirendi diſtinguit peculia.

TEXTUS.

3. Hoc quoque à nobis diſpoſitum eſt & in ea ſpecie, ubi parens emancipando liberos ſuos, ex rebus quę adquiſitionem effugiebant, ſibi tertiam partem retinere, ſi voluerat, licentiam ex anterioribus conſtitutionibus habebat, quaſi pro pretio quodãmodo emancipationis , & inhumanum quiddam accidebat , ut filius rerum ſuarum ex hac emancipatione dominio pro parte tertia defraudetur, & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, hoc per diminutionem rerum decreſceret. Ideoque ſtatuimus , ut parens, pro tertia parte dominii quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum retineat, ſed uſusfructus. Ita enim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ſumma ampliore fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.

COMMENTARIUS.

IN *L. 1 & 2. C. Theod. de bon. mat.* ita ſcriptũ eſt, quod filius quaſi pro beneficio emancipationis patrem ita debeat remunerari , (quo dubio procul hic reſpicit Juſtinianus) ut quaſi pro pretio emancipationis pater retineat partem tertiam bonorum, ſiquidem emancipando facit, ut tum filius omnia omnino bona pleno jure ſibi adquirat. Et ſcil. tertiam partem bonorũ quę adquiſitionem effugiebãt, ut hic loquitur , adquiſitionem ſcil plenariam , & propter ætatis intuitu , quæ jam ante ex pleriſque bonis adventitiis juxta notata ad §. præced. ad filium pertinebant, hæc enim procul dubio intelligit hic Juſtin. non autem peculium caſtrenſe , ex quo eũ id

jure

jure pleniſſimo eſſet filii, & filius in eo pro patre-fam. haberetur, certum eſt; apud patrem nihil relictum fuiſſe, quod & perſpicue tradit *Juſtin. in l. cum oportet 6. §. cum autem 3. C. de bon. quæ lib.* ex quo totus hic locus deſcriptus eſt, & ubi ſient & hoc loco pro parte tertia dominii bonorũ, quæ pater pleno & perpetuo jure retinebat, vult partẽ dimidiam uſufructuario relinqui. Et Juſt. videtur hac in re detraxiſſe juri patris, ut proinde non recte quidam hinc ſumant proportionem ad alios caſus quaſi ſemper & ubiq; dimidia pars uſusfructus reſpondeat tertiæ parti proprietatis. Poteſt ſane huic juri pater renunciaſſe, quod niſi expreſſe fecerit, retinet, uti cũque ſibi expreſſe id nõ reſervaverit. Cui objicitur, quod cum in peculio profectitio jus potentius habeat pater, & tamen emancipando, niſi revocet & adimat donaſſe filio cenſeatur *l. donationes. 31. §. 2. de donationib. arg. l. 1. C. de pecul. ejus qui lib.* multo magis videbatur ſimpliciter emancipando peculium adventitium filio reliquiſſe. Rationem differentiæ reddit hic Joh. Fab. quod pater iſtud habeat ex diſpoſitione Legis, & quod cum in profectitio peculio pater plenum diſponendi jus habeat, videatur donaſſe quod non ademit. Puto & hanc dari poſſe rationem, quod filiusf. tenet corporaliter peculium profectitium, ſed adventitium regulariter tenet pater qui uſumfructum habet, itaque in dubio cenſetur jus in illo ſibi reſervaſſe, & cenſetur uti velle beneficio à jure ſibi conceſſo, niſi id remiſerit. Quid ſi nulla adventitia habeat filius, an deducetur aliquid ex caſtrenſibus vel quaſi, aut an pater ex poſt quæſitis aliquid ſibi vindicabit? Negandum utrumque puto, quod nec uſpiam ſcriptum eſt. Ait Juſtiniam. *quaſi pro precio quodammodo.* duplici nota improprietatis: neque enim æſtimationem veram recipit emancipatio: cum & jus patris & poteſtatis alibi inæſtimabile dicatur.

Liberos ſuos] Cujac. & Hottom. legunt *libellum ſuum.* Sed haud ſcio an ita locutus ſit Juſtinianus: quamvis alias ſciam à quibuſdam notatum, cum moribus Rom. filii eſſent in poteſtate parentum, ut hi in eos jus vitæ neciſque haberent, ideo ne putarẽtur eſſe ſervi, ſed ab his diſtinguerẽtur, ita appellatos fuiſſe ut liberi dicerentur. Adeo cũ hoc ſenſu ſine controverſia etiam ſingularis numerus in notiſſimo ſit uſu, tanto minus mirum erit, per *liberum* filium intelligi. Et ſolet huc adduci *l. ſi quis ſuo 33. in pr. C. de inoff. teſt.* ibi, *libero relinquat* (ſed ſane Juſtin. cujus eſt ea conſtitutio, peſſimus eſt Latinitatis autor) *l. ius adq 34. de pact.* ibi, *nolle ſuum liberũ eſſe.* (ita quidem vulgo, ſed Florentina habet, *nolle ſuum eſſe*) *in pr. infr. de ſervil. cogn.* ibi, *liberum vel liberos* (ſed iſte quoq; locus eſt Triboniani ſicut & ejuſdem eſt *l. ſi quis 8. §. in illo. 4. C. de ſec. nupt.* ubi legimus, *liberũ vel liberos*) *l. nemo prædo. 12. 6. de reg. iur* ibi *qui liberum adquiſivit.* Sed & hic in Flor. eſt *qui libertum.* & procul dubio rectius, nulla enim ratio dub. cur debeat videri locupletior, cui natus eſt filius; & inepte pro vulg. adducitur *l. pretia 63. in pr. ad L. Falcid.* quæ eſt de filio naturali ſervo, quem alias quis magno redempturus fuiſſet, qualem caſum ut reſpexiſſe credamus JC. *in d l. 126.* ridiculum eſt. Et JC. *in l. non eſt 148. de verb. ſign.* teſtatur verbum hoc tantum plurali numero proferri, eoque etiam eum qui unum filium habet, dici non eſſe ſine liberis. Tamen Valla *3. elegant 8.* ita ſcribit Liberum pro filio, & apud Quintilianum & apud Paulum Cajumq; reperio, ſed ſane quod ad hos attinet, vellem textus citaſſet, nam ſupradd. textus *in l. 34. de pactis l. 125. de reg iur.* Modeſtini ſunt & Ulp.

Quod honoris ei.] Honos hic poteſt intelligi tum ratione lucri, quod ſibi exinde totum adquirit, tum quod emancipatus ipſe jam paterfam. & caput familiæ eſſe incipit, quod honorificum eſt, cum filiusf. ſit familiæ pars, & patri ſubditus & ſubjectus.

TEXTUS.

4 Item nobis adquiritur, quod ſervi noſtri, ex traditione nanciſcuntur, ſive quid ſtipulentur, ſive ex donatione, vel legato, vel ex qualibet alia cauſa adquirunt. Hoc enim nobis invitis & ignorantibus obvenit. Ipſe enim ſervus, qui in alterius poteſtate eſt, nihil ſuum habere poteſt. Sed ſi heres inſtitutus ſit, non alias niſi noſtro juſſu hereditatem adire poteſt. Et ſi nobis jubentibus adierit, nobis hereditas adquiritur, perinde ac ſi nos ipſi heredes inſtituti eſſemus. Et convenienter ſcilicet nobis legatum per eos acquiritur. Non autem ſolũ proprietas, per eos quos in poteſtate habemus, nobis adquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Cujuſcunque enim rei poſſeſſionẽ adepti fuerint, id nos poſſidere videmur. Unde etiam per eos uſu-

Digitized by Google

capio, vel longi temporis poſſeſſio nobis accidit.

Commentarius.

1 *Invito domino quomodo adquirat ſervus.*
2 *Cur ſecus in hereditate.*
3 *Poſſeſſio an & quatenus quaratur domino.*

DIxit de liberis, ſequitur de ſervis, qui vere & plene noſtri ſunt, in quorum perſona nulla diſtinctio eſt peculii, ſed omnia omnino & omnimodo dominis adquirunt, & in ſumma & dominium & obligationem. Hoc enim ſignificat Juſtinian. dum ait, ſive ex traditione naneiſcantur, ſive ſtipulentur; ſtipulatio nimirum frequentiſſima eſt, & quæ quibuſvis contractibus ſolet accedere; Ceterum quidquid contrahat & quomo locunque ſervus, obligatio domino quæritur. ſed cur ſubjicit, *ſive ex legato. ſive ex donatione?* Et initio abutitur verbo, *adquirant*, ſervi enim ſibi nihil adquirunt: & rectius ante dixerat, ex traditione *nanciſcuntur*, quod verbum generalius eſt. Et legati ideo mentio videtur facta, quoniam ex hac cauſa citra traditionem & apprehenſionem jure civili dominium adquiritur; ex donatione autem aut obligatio, aut per traditionem dominium adquiritur, itaque plenius repetere jus adquirendi voluit, ut apparet ex verbis, *vel ex qualibet alia cauſa.*
1 Addit Juſtinianus, ita per ſuum † nobis adquiri, ut etiam adquiratur ignorantibus & invitis. Ubi Hottomannus inter principium ſive initium & inter progreſſionem diſtinguit. Sed expedita res eſt, & mox ejus rei rationem addit Juſtinian. quod qui eſt in poteſtate alterius, qua ratione, nihil habere proprium poteſt, & cum ſervus fungatur vice domini in adquirendo, & hactenus una ſervi & domini fingatur eſſe perſona, fit neceſſario, ut hoc quod in ſervi perſona ſubſiſtere nequit, protinus adquiratur domino. Et igitur adquiritur ignoranti & invito. Sed non manet penes invitum. Et ſcilicet dominus ita ſibi quæſitum poteſt repudiare & pro derelicto habere. Ideoque fruſtra affertur, quod invito non adquiratur liberalitas & beneficium, *l. invito 69. de reg. jur l hoc jure 19. §. 2. de donatione* neque enim beneficii ratio hoc facit, ſed ratio juris. Concordant cum hoc textu *l. etiam 32. de adq. rer. dom l ſervus 62. de verb. oblig. l. quemadmodum 46. in pr. de iur. dot.*

Sed ſi heres inſtitutus.] Limitatio eſt ad id quod
2 † dixit, per ſervum domino invito & ignoranti adquiri. Hoc ita obtinet in particularibus adquirendi modis, non in iis qui per univerſitatem: ſi ſervus inſtitutus ſit. Ratio eſt aperta, quoniam ſine juſſu noſtro nequit ſervus adquirere nobis hereditatem; & ſi aliter fiat, & ſervus adeat non jubente domino nihil agit; præcedere enim juſſum oportet *l. ſi quis 25. §. juſſum de adq. her.* ſed quæ porro ratio eſt, cur præcedere juſſum debeat? Quoniam qui heres efficitur, non tantum adquirit, ſed etiam aliis, creditoribus hereditariis & legatariis obligatur: at ut eo modo ſervus dominum obligare, & deteriorem ejus conditionem efficere poſſet, permittendum non fuit, qua fere ratione utitur *Theoph. hic.* Cui accedit, quod aditio hereditatis eſt actus legitimus *l. actus 77. de R. I.* quam facere per ſe ſolus ſervus non poteſt: itemq; quod ſervi inſtitutio non ſubſiſtit per ſe, ſed ex perſona domini *l. non minus 34. de hered. inſtit.*

Et convenienter.] Jejuna hæc eſt repetitio de legato, cum jam ſupra in pr. §. hoc dixiſſet. Inſperſit id incaute Trib. ex *l. adquiruntur 10 §. 1. verſ. & hic de adq. rer. dom.* ubi hoc recte proponitur, quoniam in præmiſſis mentionem nullam legati JCtus fecerat, convenienter autem hoc dici intelligendum eſt, non ad proxime præcedens de hereditatis adquiſitione, ſed ad id quod in pr. præmiſit, omnia nobis per ſervos adquiri.

Sed etiam poſſeſſio.] Aliqua hic erat ratio dubitandi, quoniam in poſſeſſione multum dicitur † eſ- 3
ſe facti; hujuſmodi a. quæ ſunt, in ipſius ſervi perſona ſubſiſtere videntur, *arg. §. ſed cum factum 2. infra de ſtip. ſerv* ſed poſſeſſio multum etiam juris habet, præſertim reſpectu effectus, quod per poſſeſſionem uſucapimus rem. Itaq; etiam ſtatim ſubjungit tamquam conſequens, Juſtinian. quod per ſervos etiam uſucapio nobis accedat. Diſtinguendum tamen eſt circa poſſeſſionem. Et ſiquidem ſervus apprehendat poſſeſſionem nomine domini, non dubitãdum eſt adquiri eam domino, quippe cum etiam extraneo ita poſſit adquirere poſſeſſionem *l. 1. § hæc quæ 19. de adq poſſ.* Ceteroquin diſtinguunt pleriq; an poſſeſſio adquiſita vel apprehenſa ſit à ſervo ex cauſa peculii, an non ut hoc caſu ſciens quidem dominus adquirat poſſeſſionem, ignorans autem demum ex illa cauſa. Poſſeſſio enim quoad adquiſitionem plurimum facti habet, & in ea animus tenendi requiritur, qui fingitur cõcurrere in domino, quo ad cauſam peculiarem, *per l. 1. §. Item adquirimus 5. de adq. poſſ.* eo quod dominus ſemel conceſſit peculium; quæ ratio *d. l. 1.*

non

non eſt in aliis cauſis; Quę ſententia itidem probatur *in l. 3. §. ſaltus 11. alias §. cæterum 11. l. quod ſervus 24. l. peregre 44 §. 1. de adq. poſſ. l. quia ſervo 16. in fin. de obl. & act.* Itaque limitandum erit, quod ſimpliciter ſcriptum eſt alibi per ſervos adquiri dominis poſſeſſionē, veluti in *h. §. l. 1. §. per communem 7. l. ſi me 34. § ult. de adq. poſſeſſ. l. adquiruntur 10. §. 2. de adquir. rer. dom.* Et extāt Dd. cōmuniter, qui probant contrariam ſententiam, quod ſcil. indiſtincte per ſervum etiam domino ignoranti poſſeſſio quæratur, & ob id textus, quos pro altera ſententia adduximus, reſtringunt ad quæſtionem de uſucapione. Ita enim juris eſt, omnino ut dominus per ſervum quem ignorat poſſidere, non uſucapiat extra cauſam peculiarem *l. ſi emptam 47. de uſucap.* Atque ita accipiendum omnino eſt, quod in fin. hujus §. traditur, ſiquidem accipitur in genere etiam extra cauſam peculiarem, quod dominus uſucapiat per ſervum; ſcilicet omnimodo quidem ex cauſa peculiari: cæteroquin ſcire dominum oportet, quod ſervus rem teneat; & plane facit hoc ipſum, ut quod de poſſeſſione adquiſita domino hoc loco dicitur, recte ad peculiarem cauſam, aut ad caſum ſcientis domini referatur. Cur autem ignorans uſu non capiat, licet ignoranti poſſeſſio ſit adquiſita, ut in caſu *l. 1. C. de adq. poſſeſſione d. l. 47. de uſuc.* hæc ratio reddi ſolet; tum quod poſſeſſio adquiratur per actum naturalem, dum alius nomine meo poſſeſſionem & rem adprehendit; ſed ad uſucapionem miniſterium juris civilis requiritur, ut notat *Iaſon in l. 1. § per procuratorem 20. de adq. poſſ.* tum quod in uſucapiente requiritur titulus & bona fides, quæ vix ſunt ut cadant in ignorantem.

TEXTUS.

5. De iis autem ſervis, in quibus uſumfructum tantummodo habemus, ita placuit, ut quidquid ex re noſtra, vel ex operis ſuis adquirunt, id nobis adjiciatur, quod vero extra eas cauſas conſecuti ſunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque ſi is ſervus heres inſtitutus ſit, donatumve quid ei aut legatum fuerit, non uſufructuario, ſed domino proprietatis adquiritur. Idem placet & de eo, qui à nobis bona fide poſſidetur. Quod enim placuit de uſufructuario, idem placet & de bonæ fidei poſſeſſore. Itaq; quod extra iſtas duas cauſas adquiritur, id vel pertinet ad ipſū, ſi liber eſt, vel ad dominum, ſi ſervus eſt. Sed bonæ fidei poſſeſſor cum uſuceperit ſervum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus cauſis per eum ſibi adquirere poteſt. Fructuarius vero uſucapere non poteſt: primū quia non poſſidet, ſed habet jus utendi fruendi deinde quia ſcit alienum ſervū eſſe. Non ſolum autem proprietas per eos ſervos, in quib. uſumfructum habemus, vel quos bona fide poſſidemus, aut per liberam perſonam, quæ nobis fide bona ſervit, nobis adquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Loquimur autem in utriuſque perſona, ſecundum diſtinctionem quam proxime expoſuimus, ſi quam poſſeſſione ex re noſtra, vel ex ſuis operis adepti fuerint.

COMMENTARIUS.

1. *Quid ſit, ex re alicuius adquirere.*
2. *De iure poſſeſſoris bon. fid. in iis qua in fructu ſunt.*
3. *Quid iuris in hereditate aut legato.*
4. *Cuius iuſſu ſervus adire debeat hereditatem.*

SEQUITUR de iis qui vel non vere, vel non plene ſunt ſervi, quorum tres ſunt ſpecies, fructuarii, ſervi alieni bona fide pro propriis poſſeſſi: homines liberi bona fide pro ſervis poſſeſſi. De his commune & generale jus ſtatuitur, ut fructuariis & poſſeſſorib. adquirant hæ perſonæ ex operis ſuis & re illorum, quæ intelliguntur eſſe in fructu, reliqua adquirantur proprietario nudo & vero domino aut ipſi homini libero. Et in proprietario diviſionis hæc ratio, ſtatim locum habet, non itidem in reliquis duobus, qui cum pro ſervis poſſideantur, & poſſeſſor omnimodo ſe pro domino gerat, huic quoq; interim omnia adquiri de facto videntur; ſed ſententia h. §. eo pertinet, ut ſi poſtea verus dominus evincat ſervum, vel liber homo vindicaverit ſe in libertatem, poſſeſſor huic, & vero domino omnia reſtituere teneatur, quæ ad eum pervenerunt, extra ea, quæ ex re ejus & operis ſuis quæſivit homo poſſeſſus pro ſervo.

Quidquid ex re noſtra.] *L. qui bona 23. de adq. rer. dō. l. 10.*

l.10.§ 3.eod. Explicandum, quid ſit EX RE fructuarii, vel bona fide poſſeſſoris. *Et in l.1. Cod.de*
1 *re.vindic.* cum hoc ipſum † dixiſſent Impp. bonæ fidei poſſeſſorem quærere per ſervum alienum Ex Re ſua: ſubjicitur, quæ per ſervum ex nummis poſſeſſoris comparata ſunt, ei adquiri. Sed enim totum hoc ad iſtum caſum reſtringendum non eſt, quid enim, ſi pecuniã fructuarii aut poſſeſſoris, fœnoravit? utique uſuræ illis quærentur. Jam, merces, ſi quam rem domini locavit, & ſi quæ ſunt alia id genus, & procul dubio, ſi ex hujuſmodi cauſis ſtipuletur, fructuario vel poſſeſſori bonæ fidei obligatio & actio quæretur, & adeo fructuario iſta quęruntur, ut ſi ſervus nominatim ex his cauſis ſtipulatus ſit proprietario, contra hunc condictio detur fructuario, ut ab eo repetat, quod ſummo jure proprietario eſt adquiſitum, *l.pen.de ſtip ſerv.* Theoph. hic. Ex re mea, inquit ἐκ τῆς ἐμῆς φροντίδος αὐτῷ τῶν ἐμῶν κτημάτων καταπίστευσα ἢ ἐπέτρεψα αὐτῷ τὰ ἐμὰ ἐκδανείζειν χρήματα, ἢ ἐποίησα αὐτὸν λογιστὴν ἐπιτροπεύοντα, id eſt, quando curam rerum mearum ei cõcrediditi, ut permiſi pecunias meas fœnerari, & feci eum diſpenſatorem.

Quod vero extra eas cauſas.] Quoniã iſtud in fructu non eſt, quæ ratio non ſolum ad fructuarium, ſed etiam ad bonæ fidei poſſeſſorem pertinet, quoniam hoc juris habet bonæ fidei poſſeſſor, ut fru-
2 ctus faciat ſuos. Cum autem qui bona † fide fundum poſſidet, fructus extantes reſtituere teneatur, ut diximus *ad §.ſi quis 36.ſup.de rer.div.* non immerito quærat aliquis, ſi pecunia, vel quod aliud ex ſervi operis quæſitum extet apud poſſeſſorem, an hoc domino vindicandi & evincenti ſervum ſit reſtituendum. Iſta enim quæ poſſeſſor per ſervum adquirit cum fructibus comparari, qui ex fundo percipiuntur, præter jam dicta diſerte probat *l.qui ſcit 25.§.1.de uſur. l. quæſitum 40. in fin de adq.rer.dom.* Plane quod iſta dicantur adquiri poſſeſſori, non facit, ut non teneatur reſtituere, nam & fructus fundi adquirit poſſeſſor, quos tamen extantes reſtituit. Rurſus & ex diverſo cõparatio iſta nõ facit, ut in omnib. eadem horum & fructuũ ratio eſſe debeat, etiam quo ad reſtitutionem. Et quod attinet ea quæ ex re poſſeſſoris quæſita ſunt irrevocabiliter poſſeſſoris effici non dubitaverim, pene etiam quę ex operis, quod præſertim *in d.l.40. in fin.de adq.rer.dom.* conferuntur cum fructib. conſumptis, quorũ nomine non teneri bonæ fidei poſſeſſorem conſtat. Et videntur iſta relicta poſſeſſori pro impenſis & alimentis, quæ ſine certa determi-

natione fiunt in ſervum, & pecuniæ, quæ pro[...] ris ſervi, v.c. locatis dari ſolet facilior & ma[...] revocabilis videtur eſſe adquiſitio.

Itaque ſi heres inſtitutus ſit.] Legati do[...] hereditatis cauſæ non obveniũt ex aliqu[...] vi, nec ex re poſſeſſoris itaq; ad hunc, ſic[...] ctuariũ pertinere non poſſunt. Rec[...] mitationem notabilem. Niſi iſta data[...] ſint ſervo, vel is heres inſtitutus ſit con[...] ne fructuarii, vel bonę fidei poſſeſſoris.[...] qui controverſiam ſui domino move[...] guit fere *in l.cum aliquis 21 C.de iur.de*[...] fructuario text. eſt *in l.ſi ſervi 21 cum l ſe*[...] *fructu* nec diſſimilis diſtinctio eſt *in l fac*[...] *res 4.ad SC Trebell.* & in terminis hon[...] bona fide poſſeſſi *in l aditio 45.§. ult. de*[...] *propter me heres inſtitutus fuerit.* Quærun[...] ſervus fructuarii ſit inſtitutus contempl[...] ctuarii, an juſſu fructuarii † poſſit adi[...] ſit juſſu proprietarii: & gl. hic Joh. Fab.[...] m..nius putant adeundam eſſe heredit[...] proprietarii, eo quod aditio hereditatis[...] pera ſervili *d.l.aditio in pr.* adeo acqui[...] hæreditatẽ proprietarius, ſed reſtituit e[...] rio, ſicut & reſtituit, quod adquiſivit in [...] *de ſtip.ſerv.* ſed videtur ſane abſurdum, [...] tarius, fiat heres, & implicetur oneri[...] tatis: nec poteſt hic locum habere SC.[...] num, ut transferantur actiones. Et quod[...] re hoc caſu juſſu fructuarii, probatur e[...] *45 § ult.de adq hered* ubi JCtus ex hoc f[...] defendit, liberũ hominem pro ſervo p[...] contemplatione poſſeſſoris inſtitutum, [...] juſſu poſſeſſoris, quod ita intelligatur[...] ſeſſori adquirere, non ex operis ſuis [...] aditio ad operas ſervi non pertinet, ut i[...] L. reſpondit JCtus. Et igitur eadẽ ratio[...] tii contemplatione inſtitutus ſervus ad[...] juſſu ex re ejus ipſe intelligetur adquir[...] operis ſuis Neq; obſtabat *d.l.45.§ præte*[...] intelligendus eſt de ſervo ſimpliciter [...] non contemplatione fructuarii, quo caſ[...] poſſit dici adire ex re fructuarii, ſi adqui[...] reditas, adquireretur ex opera ſervi [...] non patitur: porro, quod dicimus adqu[...] rio, quod contemplatione ejus ſervo da[...] ſtare videtur *l.quod fructuarii 49.de adq.*[...] JCtus ait, quod extraneus donat ſervo [...] cte proprietario adquiri. Sed enim non [...] dũ eſt, excludi diſtinctionem, an conte[...]

fructuarii donetur vel non, ſed quæ *in pr. §.* proponitur, an donetur ex re ipſius donantis, an eo animo, ut adquiratur proprietario: & utique ſi quid donetur ſimpliciter, proprietario adquiritur, & errant procul dubio, qui putãt in dubio præſumi donatum contemplatione fructuarii: Sed quid ſi liber homo non inſtitutus contemplatione poſſeſſoris, ignarus conditionis ſuæ, adeat eo animo, ut poſſeſſorem faciat heredem? Et cum non poſſit adquiri poſſeſſori extra iſtas duas cauſas, aut adquiretur ipſi homini libero, aut aditione nihil actam erit: cum ratio juris impediat, ne adquiratur poſſeſſori: nec videatur ſibi acquiſiviſſe, qui hoc animo adiit, ut alium faceret heredem, idque magis putant Dd. *argum. l. qui in al. 6. §. ſi is 4. de adq. her.* nam & ſervus alienus non contemplatione poſſeſſoris inſtitutus, ſi adeat ejus juſſu, nihil agit *l. ſi quis 25. in pr. de adq. hered.* utiq; ſi liber homo ſimpliciter adeat, ſibi hereditatem quæſiviſſe intelligetur, & tamen ſi juſſu poſſeſſoris adierit, non adquiret ſibi niſi eã mentem habuerit; *l. homo 54 in pr. de adq. rer. dom.* qui locus accipiendus eſt de caſu quo non eſt inſtitutio facta contemplatione poſſeſſoris: ceteroquin falſum eſſet, quod ibi dicitur non adquiri poſſeſſori propter *l. aditio 45. §. ult. de adq. her.* plane in hac re nec conveniſſe JCtis apparet ex *l. liber 19. de adq. rer. dom.* at obſcurum eſt, quale ſit quod dicitur *in d. l. 54. de adq. rer. dom.* adquirere nobis hereditatem, hominem liberum, ſi ſponte ſua gnarus conditionis ſuæ ſine juſſu noſtro adierit.

Quod enim placuit] Hæc otioſa repetitio eſt, jam enim ſatis hæc dixerat, *in verſ. idem placet.*

Sed bona fidei poſſeſſor.] Qui uſucapit, exinde fit plenus dominus; quod in ſervo locum habet, hominis enim liberi nulla uſucapio eſt.

Fructuarius non poteſt] Rationem duplicem reddit, quare fructuarius nõ uſucapiat ſervum. 1. Quia non poſſideat, ſed habeat jus utendi fruendi; hoc enim à poſſeſſione eſt ſeparatum, quod exemplo conductoris apparet. Dicitur tamen naturaliter poſſidere fructuarius *l. naturaliter 12. in pr. de adq. poſſ.* quin ſimpliciter, dicitur poſſeſſor *in l. 5 in fi pr. ſi uſusfr pet.* & habet Interdictum unde vi *l. 3 §. unde vi 13. de vi arm.* cum pleniſſimum jus utendi uſque ad tempus vitæ & omnino res inſiſtendi rei habeat, de quo hic pluribus agendi locus non eſt. Plane non poſſidet hoc modo, qualis requiritur ad uſucapionem, cum proprietarius quoque jus habeat morandi in fundo. Illud notum, quod ſine poſſeſſione uſucapio non procedat *l. ſine 25. de uſucap.*

Altera ratio certior eſt, quia utiq; non tenet rem animo domini, quod omnino ad uſucapionem neceſſarium eſt, & hoc ipſo, quod fructuarius tantum eſt, alium dominum eſſe agnoſcit. Locus eſt *in l. 10. §. ult. de adq. rer. dom.*

Non ſolum autem.] Quæ ratio eſt domini pleni, quoad jus adquirendi ex omnibus cauſis; eadem eſt fructuarii & bonæ fidei poſſeſſoris, quoad jus adquirendi ex re illorum & operis ſervi. At dominus adquirit & dominium & poſſeſſionem, ut §. præc. dictum, ergo & hi adquirent poſſeſſionem ex re ſua & operis ſervi. At dixerit quis, non videri poſſe quæri poſſeſſionem per eum quem nõ poſſidemus; fructuarius autem non poſſidet, ſed neganda eſt conſequentia; ceteroquin dixerit quis nos poſſe per eum adquirere nec dominium, cujus domini non ſumus, at utique fructuarius ex re ſua & operis ſervi dominium adquirit, & patet non eſt dominus nec poſſeſſor filii, quin & per ſervum penitus alienum *l. 1. § hæc quæ 19. de adq poſſ.* & per procuratorem *d. l. 1. § per procur. 20.* adquirimus poſſeſſionem, aut dicemus fructuarium quoad iſtas duas cauſas & domini & poſſeſſoris jure uti, & ſervum hactenus perinde haberi, ac ſi in ejus eſſet poteſtate.

In utriuſque perſona.] Fructuarii & bonæ fidei poſſeſſoris, qui caſus abit in duos, quia vel homo liber pro ſervo, vel ſervus alienus, pro proprio poſſidetur.

TEXTUS.

6. Ex his itaq; apparet, per homines liberos, quos neque jure veſtro ſubjectos habetis, neq; bona fide poſſidetis: item per alienos ſervos, in quibus neq; uſumfructũ habetis, neque poſſeſſionem juſtam, nulla ex cauſa nobis adquiri poſſe. Et hoc eſt, quod dicitur, per extraneam perſonã nihil poſſe adquiri: excepto eo, quod per liberam perſonam, veluti per procuratorem, placuit, non ſolum ſcientibus ſed & ignorantibus vobis adquiri poſſeſſionẽ, ſecundum Divi Severi conſtitutionem, & per hanc poſſeſſionem etiam dominium, ſi dominus fuerit, qui tradidit: vel uſucapionem, aut temporis longi præſcriptionem, ſi dominus non ſit.

Digitized by Google

Commentarius.

1 *Cur dominium potius, quam oblatio quæratur per procuratorem.*
2 *Qualem oportaat eſſe procuratorem.*
3 *Quid ſi nomine ſuo procurator rem acceperit.*

Ex *his itaq; apparet.* Notant Dd. hoc eſſe argumentum a contrario ſenſu: adquiritur per jam dd. perſonas: ergo per alios non adquiritur.

Per liberos homines.] Enumeratio perſonarum, per quas hucuſq; adquiri docuit, ut inde concludat, per alios nõ adquiri: excepta poſſeſſionis cauſa *l. 1. C per quas perſ. adq.*

Nulla ex cauſa]Quæritur aut de dominio, aut obligatione. Et de dominio per procuratorem
1 quærendo mox agit: & cur dominium potius † mediante poſſeſſione quam obligatio per alium adquiratur, Dd. communiter hanc rationem reddunt, quod adquiſitio poſſeſſionis fiat per actum naturalem, in quo facilius alteri operã navare poſſit, quam contrahendo & ſtipulãdo, quæ ratio fundatur in *l. ea quæ 53. de adq. rer. dom.* de qua dicemus plura *inf. d. inutil. ſtip.* Ratio quam addunt Dd. quod jura perſonalia & obligationes magis inhæreant quaſi oſſibus hominum, per ſe quidem vera eſt, ſed impertinens: non enim dicimus poſſeſſionem vel dominium adquiſita procuratori trãſire in dominum, ſed recta domino adquiri, non procuratori. Et tamen hoc ipſum ut per procuratorem poſſeſſio nobis adquiratur, contra ſtrictam rationem juris ex conſtitutionibus admiſſum fuiſſe ex hoc ipſo loco apparet: quo Juſtin. hæc adſcribit conſtitutioni Severi, quæ eſt *in l. 1 C. de adq. poſſ.* ubi tamẽ dicitur, id non tantum utilitatis gratia, ſed etiam à Juriſprudentia receptum eſſe; ut adeo ipſi juris ratio hoc quoq; admiſiſſe videatur, aut an forte prius Severus adhibuit in conſilium JCtos, quod Auguſtum feciſſe circa fideicommiſſa, legimus *in prin. inſr. de codic.* Et igitur per alium adquirimus poſſeſſionem, & conſequenter dominium, ſed non adquirimus obligationem, extraneo enim inutiliter ſtipulamur *l. ſi mihi 110. in princ. de verb. obl.* & notiſſima regula eſt, neminem alteri recte ſtipulari *l. ſtipulatio 38. §. alteri 17 eod. tit. §. alteri 18. infra de inutil. ſtipul.* ſed ad illam regulam ſenſim nimium quam multæ admiſſæ ſunt exceptiones, ut ſi non directa, ſaltem utilis alteri per alterum quæratur actio: quos caſus proponemus *in d. §. alteri*: plane cum hi plurimi ſint, vix videtur generalis hujus loci negativa ſuſtineri poſſe: Nulla ex cauſa per liberam perſonam adquiri poſſe; niſi J. ſt. de modis & ratione dominii tantum adquirendi, non etiam obligationis, locutum quis opinetur.

Velut per procuratorem.] Non dubitatur de pro-
2 curatore † qui ſpeciale mandatum habet: ſed quæritur, an ſufficiat procuratorem eſſe omnium bonorum, & an in hoc quoque locum habeat conſtitutio *l. 1. C. de adq. poſſeſſ.* Diſtinguunt quidam inter procuratorem generalem, qui liberam habẽt adminiſtrationem & qui non habet. Alii ſimpliciter putant ſufficere mandatum generale, ut videre eſt ex iis quæ ſcribunt præter alios *Iaſon & Zaſius in l. 1. § per procuratorem 20. de adq poſſ.* Sed ego malim hunc locum *& d. l.* 1. accipere de procuratore ſpeciali; quoniam, ut diximus ſingulariter hoc jus introductum eſt, nec ideo late interpretandum & *in l. communis 42. §. 1. de adq. poſſ.* agitur haud dubie de procuratore ſpeciali; & quod ſequitur, recte accipitur de procuratore generali; utique vix poteſt dici recte procurator generalis mandatum habere de hac vel illa re emenda, cum imo mandatum generale adminiſtrationem bonorum concernat, non emtionem novorum. Niſi forte quis dixerit, eo quod utilitatis ratio hoc expreſſerit *d. l. 1 Cod. de adq. poſſ.* benigne & latius hoc acceptum. Et cum procurator generalis utique ita exigente adminiſtrationis ratione vendere & emere poſſit, ut diximus ad *§. Nihil autem 43 ſup. de rer. div.* non poteſt omnino hoc negari: cum hactenus id juris habeat quod ſpecialis: & facit optime *l. ſi rẽ 41. de uſucap.* quæ omnino loquitur de procuratore generali: quia negat vitium purgari, ſi res furtiva in ejus poteſtatẽ pervenerit; quod ſane ſecus haberet, ſi mãdatum ſpeciale de perſequenda & recipienda re habuiſſet; & igitur niſi ineptum velimus facere JCtũ, oportet de eodem genere procuratoris accipi, quod ſtatim ſequitur, per procuratorem nobis adquiri poſſeſſionem. Et igitur ubi non ſimpliciter, ſed ubi negotiorum ratio exigit rem v. c. emi, idem in procuratore generali admittemus.

Sed & ignorantibus.] *l. ſi me 34. § ſed ſi 2. l. poſſeſſio 49. §. ult. de adquir. poſſ. l. ſi procur. 13. de adq. rer. dom. l. 1. Cod. de adq. poſſeſſ.* Cui non obſtat quod in *l. ea quæ 53. de adq. rer. dom.* dicitur, volentibus nobis adquiri poſſeſſionem. Utiq; enim vult poſſidere, qui mandatum dat procuratori; licet poſtmodum ignoret, quo momento temporis poſſeſſio procuratori tradatur; quod ut ſciat, juxta hos textus neceſſarium non eſt.

Ex

Et per poſſeſſionem, dominium.] Conſequentia hæc neceſſaria eſt: quoniam quiſquis rem ex juſta cauſa traditam & ſcil. habili ad transferendum dominium, poſſidet, eum dominum eſſe oportet.

Vel uſucapionem.] Hæc enim paſſim ita traduntur; ut ex juſta cauſa adquiratur dominium, aut conditio uſucapiendi; quod hic intelligit per uſucapionem Tribonian. idq; accidit propter perſonam tradentis, cum dominium transferre nō poſſit, qui non habet. Eſt tamen hæc inſignis differentia inter utrumque hunc caſum, omnino hic adjicienda: quod ſi tradēs dominus ſit, mandans ignorans quoq; efficitur dominus *d. l. 13. de adquir. rer. dom.* atquin conditio uſucapiendi non quæritur niſi ſcienti, *l. ante 47 pen de uſuc. l. 1. Codic. de adq. poſſ.* quoniam non poteſt habere bonam fidem, qui rem ignorat eſſe traditam.

Aut præſcriptionem.] Hoc addidit propter mutationem juris veteris, quam ipſe introduxit in *pr. ſup. de uſucap & l. unic. Codic. de uſucap. transform.* Ubi jura uſucapionis & præſcriptionis confudit; & potuiſſet adeo ſimpliciter uſucapionis, aut præſcriptionis meminiſſe.

Illud ad extremum hic addendum eſt, an adquiratur poſſeſſio mandanti, ſi procurator nomine ſuo accipiat poſſeſſionem. Ego ut paucis agam, in negativam ſententiam ſum proclivior, 1. quia ut ſæpe diximus, utilitatis gratia & humanitatis id receptum & admiſſum fuit, ut per procuratorem adquiri poſſeſſio poſſet: & ponendi habiles ſunt termini, nimirum, ut nomine mandantis poſſeſſio adprehendatur; alioquin conſtat jure noſtro procuratorem etiamſi ex mandatu alterius rem emat, tamen ipſum obligari & obligare, nec actionem citra ceſſionem poſſe transferri in mandantem *l. poſſeſſio 49. in fin. de adqu. poſſeſſ.* & tanto facilius itaq; nomine ſuo adprehendendo poſſeſſionem ſibi eam adquiret; maxime cum ceſſet hic ratio, quæ videtur cum aliis ſuaſiſſe jus iſtud, quod eſt in *leg. 1. Cod. de adq. poſſeſſ.* juxta *leg. 1. §. 20. de adquir. poſſ.* quod & qui tradit rem, poſſeſſionem amittit, & qui rem accipit mandantis nomine, eam non adquireret. Deinde nominatim dicitur in *dict. leg. 1. §. 20.* adquiri nobis poſſeſſionem per eos qui noſtro nomine eam accipiunt, & in *l. ſi emptam 47. de uſucap.* requiritur ut poſſeſſio meo nomine apprehenſa ſit: & emphaſin habet, quod per procuratorem dicitur nobis adquiri poſſeſſio: ſiquidem, qui rem ſuo nomine accepit, jam non habet qualitatem procuratoris. Accedit 3. quod & ſervus alterius nomine rem accipiendo, poteſt facere, ne domino quæratur poſſeſſio *leg. 1. §. hic quæ 19. de adquir. poſſeſſ.* & quanto magis igitur procurator perſona libera? Facit & 4. quod paulo ante diximus, adquiri nobis poſſeſſionem per adprehenſionem procuratoris, actum naturalem, dum operam ſuam nobis adcommodat, quod expreſſum eſt, in *dict. leg. 1. §. 20* atquin cum ſuo nomine rem adprehendit, non poteſt dici, quod nobis præſtet operam, & dicitur ita adquirere poſſeſſionem per procuratorem, dum per eum adprehendimus poſſeſſionem *l. ſolutam 11. §. ultim. de pignor. act.* atqui non poſſumus dici adprehendere cum procurator ſibi negotium gerit. Unicus objicitur locus in *l. qui mihi 23. in fin. de donat.* ubi dicitur nihil agere procuratorem ſi rem tamquam ſibi adquiſiturus acceperit, ſed nihilominus adquiri eam domino mandanti, ſi ejus nomine tradita fuerit. Ergo & ſatis erit, nomine mandantis rem traditam eſſe, ut ei adquiratur poſſeſſio, licet alia mente procurator eam acceperit: quomodo quidem communiter arguunt Dd. referente *Ias. in d. l. 1. §. 20. de adquir. poſſ. col. 7.* Ipſe tamen putat aliam rationem dominii, aliam poſſeſſionis eſſe. Sed ei contradicit hic §. qui docet quod mediante poſſeſſione adquiratur dominium. E. poſita hujus adquiſitione etiam poſſeſſio erit adquiſita, aut hac negata, negabitur etiam dominium. Tum quæ uſucapionis, eadem & dominii ratio eſſe videtur, *argum hujus § inf.* atquin uſucapio ſine poſſeſſione non poteſt procedere. An diſtinguemus, ut ſi procurator ſimpliciter accipiat rem, ea licet mente ſit, ut ſibi adquirat; an expreſſe præ ſe ferat, ſe velle ſibi adquirere: ut illo caſu adquiratur mandanti, & poſſeſſio, & dominium, non etiam hoc; An diſtinguimus inter donationem & alios adquirendi modos; ſiquidem ex donatione non poteſt adquiri obligatio procuratori; ſunt enim textus, qui ut dominium adquiratur mandanti, videntur exigere, ut res ejus nomine ſit accepta *l. ſi procurator 13. de adquiren. rerum domin. l. falſus 43. §. 1. de furtis, leg. cum quis 38. §. 1. de ſolution. l. ſi ego. 24. de neg. geſt.* An diſtinguimus, an procurator ſimpliciter contraxerit, an nomine domini. Plane Theoph. hoc tantum requirit, ut noſtro nomine poſſeſſio tradita ſit, ſed idem ponit à nobis ipſis fundum emptum, & procuratorem ſpecialem ejus apprehendendi cauſſa miſſum; in quibus terminis quidem id ſufficere non difficulter concedam. Illud denique addo, videri errare cum aliis

Johann. de Platea hic dum ſcribit, per modos
3 quoſdam de † jure civili receptos, non quæri domino poſſeſſionem, ſed tantum procuratori, veluti per clavium, aut inſtrumentorum traditionem *l. 1. Codic. de donat. leg. clavibus 73. de contr. empt.* Omnino enim contra puto, ſi claves & inſtrumenta nomine mandantis tradita ita procurator acceperit, mandanti poſſeſſionem adquiri. Alia ratio eſt conſtitut, & ejus termini non poſſunt huc accommodari; aut enim conſtituit v. c. venditor poſſidere nomine mandantis, & non opus eſt, ullo facto procuratoris, aut nomine procuratoris, & contradictorium eſſet adquiri mandanti; quoniam nullum intervenit factum procuratoris, ex quo poſſit adquiri mandanti; Ceteroquin quæſtioni locus eſt ſi apprehendat rem procurator nomine mandantis. Et vero ſi venditor dicat eam tradere hoc animo, ut procurator adquirat, (qui caſus contrarius eſt ei quem tractavimus,) an poſſeſſio adquiratur mandanti. Et videtur magis probari, dominium quidem non adquiri mandanti, cum deficiat voluntas domini tradentis, (de quo fere conſtat.) Sed adquiri tamen poſſeſſionem, quippe quæ nova eſt, & alia ab ea, quæ fuit penes tradentem; Et omnino ad poſſeſſionem adquirendam factum & animus procuratoris ſufficere videntur.

TEXTUS.

Hactenus tantiſper admonuiſſe ſufficiat, quemadmodum res ſingulę nobis adquirantur: nam legatorum jus, quo & ipſo ſingulæ res nobis adquiruntur, item ſideicommiſſorum, ubi nobis res ſingulæ relinquuntur, opportunius inferiori loco referemus. Videamus itaque nunc quibus modis per univerſitaté res nobis adquirátur. Si cui ergo hæredes facti ſimus, ſive cujus bonorum poſſeſſionem petierimus, vel ſi quem adrogaverimus, vel ſi cujus bona libertatum conſervandarum cauſa nobis addicta fuerint, ejus res omnes ad nos tranſeunt. Ac prius de hæreditatibus diſpiciamus: quarum duplex conditio eſt: nam vel ex teſtamento, vel ab inteſtato ad nos pertinent. Et prius eſt, ut de his diſpiciamus, quæ ex teſtamento nobis obveniunt, qua in re neceſſarium eſt initium de ordinandis teſtamentis exponere.

COMMENTARIUS.

Q*Vemadmodum ſingula res.*] Videtur magis modos adquirēdi ſingulares intelligere, dę quibus hactenus egit; Ceteroquin etiam per emptionem univerſitas adquiritur utiq; adquirebatur olim, juxta *tit. de ſucceſſ. ſubſ. infr. l. 3.* Quin & per donationem univerſitatem bonorum transferri poſſe conſtituit Juſt. in *l. ſi quis 35. § ſed ſi quis 4. C. de donat.* & potuiſſe ante eum docet *l. ſi unquam C. de revoc. donat.* Sed & univerſitas vendi poteſt *t. t. de hered. vend.* Et tamen iſti caſus ſingulares non faciũt, quo minus recte his modis adquiri dicãtur res ſingulæ, maxime cum hoc modo tantum actio ex cõventione contra donantem, aut vendentem, non (niſi utilis) contra alium adquiratur; quod in hæreditatibus ſecus eſt.

Nam legatorum.] Eſt & hic ſingularis acquirendi modus; Sed quia legata teſtamento relinquuntur, commodius putavit, poſt ma eriam teſtamentorum de his agere.

Per univerſitatem.] Adquirimus univerſitatem bonorum, vel viventis, vel defuncti. Illud fit per adrogationem; & antiquitus quidem omnia omnino adquirebantur; poſt, excepta caſtrenſia, & inde adventitia quo ad proprietatem, juxta tradita *tit. ſup. h. tit. ad § 1. junct. inf. tit. de adquis. per adrogat.* Neq; enim ratio patitur, ut plus habeat juris pater adrogator quam naturalis; & conſequenter adrogatio hodie non eſt verus modus adquirendi univerſitatem, ſed tantum ſecundum quid, & quatenus utique bonorum omnium, (extra caſtrenſia vel quaſi) adrogator conſequitur uſumfructum. Adrogationis autem meminit Juſtin. quoniam ex ipſius conſtit. *§ ſed hodie ſup. de adopt.* adoptatus non tranſit in poteſtatem, niſi ab aſcendẽte facta ſit adoptio. Sed ponamus igitur patrẽ dediſſe in adoptionem filium ſuum avo materno: an uſusfructus quæretur patri adoptanti; an manebit penes naturalem patrem? Si rationem ſequemur, cum hoc ſit jus & effectus hic poteſtatis patris, ut uſumfructum quis habeat in bonis adventitiis filii, ſoluto jure poteſtatis, quod hoc caſu contingit, non poterit uſusfructus manere penes naturalem patrem; & notandus erit modus hic finiendi uſusfructus. Ita de univerſitate viventis; vetus n. ille modus

modus adquirendi univerſitatem per emptionem bonorum à Juſtiniano eſt ſublatus. Defuncti univerſitatem bonorum adquirimus per ſucceſſionem, dum alicui exiſtimus hæredes; idque vel ab inteſtato vel ex teſtamento; & rurſus utrumque vel jure civili vel prætorio; nam & qui bonorum poſſeſſor in ſpecie dicitur; effectu eſt hæres, & ita paſſim dicitur; quin & cui libertatum conſervandarum gratia bona addicuntur (*de quo inf. lib. 3.*) hæredis loco eſt. Rurſus adquirimus hæreditatem, ſive univerſitatem, aut directo & immediate, aut per manum alterius, dum hæreditas nobis ex fideicommiſſo reſtituitur, hoc enim quoque modo actionibus tranſeuntibus ex Trebelliano univerſitatem conſequimur; quem modum Juſtinian. omiſit hoc loco, fortaſſe, quia fideicommiſſum præſupponit, hæredem vel ex teſtamento vel ab inteſtato, vel civili, vel prætorio jure factum fuiſſe. Non dubitarim etiam partem bonorum poſſe mortis cauſa donari, verum ſicut & cum donatur univerſitas inter vivos, non adquiretur qua univerſitas, ut in donatarium recta tranſeant jura activa & paſſiva, ſed ut ſaltem habeat actionem ex donatione, qua conſequatur ut partem bonorum donator tradere cogatur, (quod & in legatario partiario juris eſt) ita & in mortis cauſa donatione obtinet.

Prius quã ex teſtamento.] Quoniam quamdiu ex teſtamento defertur hæreditas, ceſſat ſucceſſio ab inteſtato. Et ideo neceſſarium eſſe ait, de ordinandis teſtamentis exponere; quoniam non poteſt ſuccedi ex teſtamento, niſi juſtum ſit & confectum ſecundum regulas juris civilis.

AD TITULUM X. LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE TESTAMENTIS ORDInandis.

TEXTUS.

1. Teſtamentum ex eo appellatur, quod teſtatio mentis ſit.

COMMENTARIUS.

1 *Etymologia teſtamenti.*
2 *Definitio ejuſdem.*
3 *An ſit juris gentium.*
4 *An juris publici.*

TEſtamentum verbum ſimplex eſt, à teſtando dictum, & alluſio iſta ſaltem eſt, quam propoſuit Juſtin. quia convenit hoc rei ipſi, quod quis † mentem ſuam teſtatur. Neque ferri poteſt, quod 1
Gadd. in l. nomen 164. de V. S. n. 6. hanc derivationem etiam putat accommodari recte, ad verba, *veſtimentum*, *calceamentum*, *&c.* neque enim poteſt dici veſtitio, aut calceatio mentis; & quod ſutor, vel ſartor judicio mentis in faciendo opere utuntur, nihil facit ad defendendam iſtam etymologiam; & quid dicemus de verbis *rudimentum*, *atramentum, excrementum?* Definitur † teſtamentum, in 2
l. 1. h. t. quod ſit juſta ſententia de eo quod quis poſt mortem ſuam fieri velit. Neque convenies definitio iſta codicillis, ſi intelligas voluntatem ſolemnem, vel potius integram & de omnibus bonis; ſiquidem ubi tantum codicillos quis fecit, quod præcipuum eſt, relinquitur diſpoſitum legis, ex qua proximus vocatur ad defuncti hæreditatem. Et fruſtra hic de peregrinorum teſtamentis objicit Vulterius hæc enim, ſi in Rep. propria in qua peregrini vivunt, conſiderentur, omnino vere teſtamenta ſunt: Sed ad temp. Rom. conſiderata, teſtamenta non ſunt. Dici breviter poteſt, quod teſtamentum ſit legitima ſucceſſoris deſignatio, nam legata ad teſtamenti eſſentiam non pertinent. Eodem fere ſenſu definitur à Græcis *datio hæreditatis*; nam cum pater liberos etiam, qui ſui dicuntur, exhæredare poſſit, recte etiam his dari hæreditas dicitur; & codicillis non datur hæreditas vere. Sed qui ex Lege hæres eſt, de reſtituenda hæreditate rogari poteſt, quæ non confundenda, ſed accurate ſunt diſtinguenda, *per §. pen. infr. de codicill. l. 10. de iur. cod.* & inſuper hæres detrahit quartam. Videndum etiam hic breviter eſt, † an teſta- 3
mentum juris gentium an civilis ſit. Et ſane, qui hoc tit. deſcribitur, modus teſtandi, is haud dubie juris civilis penitus eſt; Ceteroquin ipſa diſpoſitio, & ut liceat teſtari & morituro diſponere de bonis ſuis, ad gentium jus omnino eſt referendum, quo longe ante Romam natam, Græci & generaliæ uſæ fuerunt. Neque obſtat *l. 6. de iuſt. & iur.* dicitur enim jus civile ratione uſus, aut formæ ſpecialis, quam quæque Reſpub. addit; Ceterum cui aliquid additur & detrahitur, id oportet, ut ante fuerit; alias omnia pene ad jus civile

reſerrentur. Nec obſtat, quod deportatus, qui dicitur retinere ea quæ ſunt juris gentium *l. ſunt quidam 17. de pœnis*, non poteſt teſtari: hoc enim fit propter jus quod fiſco vel alii in ejus bonis eſt quæſitum: Ceteroquin ſi ille evaſerit terminos Imperii Romani, utique poterit jure gentium teſtari. Neq; verum eſt, quod hoc repugnet ſimplicitati juris gentium, ut diſponatur in id tempus, quo quis non futurus eſt amplius dominus; quid ni enim hic qui adhuc dominus eſt, poſſit diſponere, ut ſub certa lege res tranſeat ad heredem, quem ratio ſumma obligat, ut exſequatur voluntatem defuncti, & diſpoſitio diverſa eſt ab executione, ut not. hic Vigl. qui etiam putat hoc non eſſe benignitatis, ut teſtari liceat, ſed recti juris. Cujac. hic vult videri ſubtilis. Ait teſtamentum eſſe juris gentium, ſed factionem teſtamenti eſſe juris civilis: quod quæque gens ad LL. reip. ſuæ teſtetur. Sed revera inſubtile eſt; & ita matrimonium, ſucceſſiones ab inteſtato & alia multa eſſent juris civilis: Nimirum jus gentium eſt quoddam jus generale, ex quo omnes gentes, ut ita loquar, hauriunt, & rebuſpubl. ſuis applicant, aliquo proprio addito: quod ad formam ſpecialem pertinet, ut non propterea ipſa res recte dicatur juris gentium; & iſtud hic quæritur, an non facultas diſponendi de bonis ſuis ſub mortem, ſi juris gentium, quod affirmamus, & inde confirmamus, quod omnes pene gentes hoc jure uſæ ſunt; ceteroquin jure mero gentium, in nulla Repub. vivitur: & id magis in Idea conſideratur. Addo tamen, multa in hereditatibus occurrere, quæ ſunt juris civilis. Laxior enim ex jure gentium eſt diſponendi ratio, nec eo neceſſum erit inſtituere heredem, ſed ſatis erit, bona ſua variis aſſignare & inter eos dividere; ſalvo tamen jure creditorum: ne non omnino errent, qui rationem tranſferendi hereditatem & jura activa & paſſiva magis ad jus civile referunt; & Laertius in vitis Philoſoph. aliquot diſpoſitiones ultimas refert, in quib. nulla mentio heredis inſtituti. Sed quid eſt, quod in 4 *l. 3. h. t.* dicitur, factionem teſtamenti eſſe juris † publici? Non placet, ut hoc dictum intelligamus, in ritu juris veteris, quo calatis comitiis fiebant teſtamenta, cum præſertim jam tempore ICtorum ratio iſta teſtandi procul dubio in deſuetudinem abierit. Sententia ſimplex eſt, quod publico jure & Lege XII. tabb, ſit permiſſa teſtamenti factio, & quidem ſub certis ſolemnibus quæ omnino ſervanda ſunt, cum alias contractus pro libitu & arbitrio noſtro, & quibus volumus, conditionibus celebremus: Ceterum ſi jus publicum accipiamus in ſpecie, ut in *l. 1. de juſt. & jur.* pro eo quod ad ſacra & magiſtratus & ſtatum Reipub. pertinet, nec teſtamenta quidem quæ calatis comitiis olim fiebant, recte ad jus publicum poſſunt referri: quia autoritatis tantum gratia & confirmationis ita publice quaſi inſinuabantur.

TEXTUS.

2. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, ſciendum eſt, olim quidem duo genera teſtamentorum in uſu fuiſſe: quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabatur: altero cum in prælium exituri eſſent, quod procinctum dicebatur. Acceſſit deinde tertium genus teſtamentorũ, quod dicebatur per æs & libram, ſcilicet, quod per emancipationem, id eſt, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque teſtibus & libripende civibus Romanis puberibus præſentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera teſtamentorum ex veteribus temporibus in deſuetudinem abierunt: quod vero per æs & libram fiebat, licet diutius permanſerit, attamen & hoc partim in uſu eſſe deſiit.

COMMENTARIUS.

1 *Jura antiqua an tractanda.*
2 *Error VVeſembecii circa comitia.*
3 *Teſtamentum in procinctu.*
4 *Teſtamentum per æs & libram.*

Diviſio teſtamenti principalis eſt in paganum & militare, à † perſonis teſtantibus: & quia 1 plurima militibus ſunt conceſſa privilegia, ratione formæ, dividetur eodem ſenſu in perfectum & imperfectum: licet militare quoq; teſtamentum alias ſuo ſenſu recte dicatur perfectum. Paganum olim factum fuiſſe calatis (id eſt convocatis) comitiis docet Juſt. & hoc repetit ex antiquitate. Teoph. ait, licet iſta poſſint ignorari ſine periculo, tamen conferre ad hiſtoriam, & ut intelligatur, quomodo iſta progreſſu temporis ſint mutata. Et ſcil. antiqua jura

jura in foro quidem allegari vetuit Juſtinianus *tit. de vet. jur. enucl.* ſed alia jura antiqua non parum contulerunt ad ſcientiam & cognitionem juris novi, & ita in *l. 1. pr. Cod. de Lat. lib. toll.* allegatur jus vetus: item in *l. un. §. 3. cum 2. Cod. de cadu. toll.* Welembecius tamen mallet hoc potius in Pandectis traditũ, quam in his Inſtitutionibus, cum præſertim ipſe in præfatione, dicat, tradi hic nihil inutile, nec quidquam, ut ait, ex antiquis fabulis At. LL. aut quæ & quæ etiam extra corpus juris ſunt, veluti ex *Theodo. Cod.* poſſint in argumentum adduci in foro, late tractat *Vigil. hic.*

Calatis comitiis.] Centuriata magiſtratus, calata Pontifices comitia cogebant, inquit hic Welemb.
2 † unde hic hanſerit neſcio. Sed inſignem lapſum eſſe ſcio: quod calata fuerint certa ſpecies comitiorum: nec minus falſum quod magiſtratus tantum centuriata comitia coegerint. Varia erant, quæ comitiis agebantur, pro quorum diverſitate populus, per curias, centurias, aut tribus ſuffragia ferebant, unde tres ſpecies comitiorum, nec plures, de quibus latiſſime Gruchius & Sigonius ſcripſerunt. Curiatis comitiis fiebant Lege Curiata adrogationes, autoritate Pontificali, ut conſtat ex *orat. Cic. pro domo*: adeoque oportet Pontifices jus habuiſſe cogendi comitia Curiata: neq; aliud ſunt comitia calata, quã convocata. Et igitur Pontifices cogebant comitia Curiata, non autem ſoli, nã Conſulib. ad bellum profecturis Imperium lege Curiata deferebatur, an autẽ ſpecialis fuerit modus quo Pontifices ad comitia populũ vocabant, unde ea in ſpecie dicta calata, haud ſcio: quamvis id videatur innuere *Gellius 15. c. 27.* Notat Hotom. quod Pontifices olim omnibus fere actibus ſolemnibus præfuerint, & proinde etiam in comitiis convocatis à pontificibus, & quibus hi præerant, teſtamenta facta fuiſſe, quod præſertim ſacra quædam una cum hæreditate tranſire. t. Vicem hujus teſtamenti videtur ſcribere, quod hodie principi inſinuatur, qui populũ totum repræſentat, de quo in *l. omnium 19. C. h. t.* & aliquatenus, quod fit apud acta publica magiſtratus. *d. l. omnium.*

Quod procinctum dicebatur.] Teſtatur *Plut. in vita Coriolani* hunc morem † fuiſſe militibus Romanis, ut exituri in prælium, (in quo mors imminebat) antequam ſumerent ſcuta, ſuccincti vel præcincti togas, (ut pugnarent expeditius) tribus aut quatuor audientibus, facerent teſtamẽta (*διαθήκας ἀγράφους*) heredem nuncuparent: quod teſte Feſto dicebatur teſtamentum. Unde (in) procinctu, cujus & meminit *Gell. d. loco & l. 1. 5. & 9. Cic. 1. & 2. de nat. Deor. & de orat. V. p. de teſtam. tit. 20. §. 1.* adeo aut cum Cujac. hic legendum eſt *in procinctu* pro, *procinctum*, aut fatendum eſt Tribonianum ſubinepte locutũ: (neque enim ulla ratione ipſum teſtamentum procinctum dici poteſt:) & hoc magis eſt, nam & Theoph. vocat procinctum.

Tertium genus per † æs & libram.] Hanc teſtandi 4
rationem receptam ait Theoph. quod non ſemper eſſet copia teſtandi in comitiis: & quod aliqui ominoſum, *ἀπαίσιον* exiſtimabant, ſano corpore teſtamentum condere. Antiquitus Romani graviore ſpecie pecuniam non numerabant ſed appendebant; hoc æs & libra; quæ maxime & proprie in venditionibus interveniebant. Et tamen poſt etiam cum pecunia ſignata uterentur, veterem ſolemnitatem remanſiſſe ex compluribus locis apparet; quo pertinet illud Horatii.

Si proprium eſt, quod quis libra mercatur & ære. Ita res mancipi optimo jure tranſibãt in accipientem, ceteroquin hic tantum bonitarius dominus efficiebatur, ut docet *Ulp. t. 1. §. qui tantum 11.* & hic modus alienandi mancipatio dicebatur *d. §. 11 & tit. 20. de domin. §. 2.* ubi ait mancipationem fieri certis verbis, quinque teſtibus & libripende præſentibus: & Theoph. in *§. præterea ſup. Quib. mod. tus pot. ſolu.* ait interveniſſe libripendem, cum ſtatera & nummo æneo: qui nimirum ſolemnitatis cauſa adhibebatur: & non tantum in venditionibus, ſed etiam in aliis translationibus; quippe quod veteres optimum hunc per emptionem adquirendi modum exiſtimarent: Et formulam hanc refert Boeth. in Top. Cic. Ego hanc rem ex jure Quiritium meam eſſe aio, emptã mihi hoc ære æneaq; libra, qua de re bene ſcribit *Marcell. ad LL. XII tabb. capp 5. 14. 15. 16.* & faciunt quæ ſcribit *Priſcian. l. 6. in extremo & Plin. lib. 33. cap. 3. poſt. pr.* Inde translationem univerſitatis hoc quoque translatum, ut quaſi emeret quis bona à teſtatore, & juſto ita hoc titulo ea poſt mortem ejus poſſidere intelligeretur: de quo & de familiæ emptore dicemus ad *§. ſed neq; 10. inf. h. t.* Conſtat autem nummũ unum quẽ emptor dabat teſtatori, infinitis partib⁹ fuiſſe inferiorem hereditate: quod & in ceteris translationibus obtinebat: itaque in genere verum eſt, fuiſſe iſtam imaginariam mancipationem, (ita enim malim quã emancipationem. Eſt tamen & apud Theophilum, *emancipatio*, quam vocat *εἰκονικὴν πρᾶσιν*: ut Juſtin. Id ſane ita hic obtinebat; non tamen ſemper mancipatio imaginaria venditio erat. Et emancipatio dicta fuiſſe

poteſt

poteſt, quod de manu & poteſtate unius res in alium tranſibat: quin & hinc forte emancipatio liberorum dicta quod ſine tribus venditionibus fieri non poterat. ſed maxime in hac ſpecie, hereditatis & omnium bonorum venditorum: Cui alii & hanc rationem adjiciunt, cur imaginaria ſit iſta venditio: quod alius erat emptor familiæ à vero herede, de quo jam *d. loco & ad* §. 1 *h. t.* agemus. Hinc apparet quam ridicule hoc loco Joh. Faber, ſcribat, quoniam liberi ſui, ſint vivo patre domini, ideo ut pater plenus eſſet jure dominus, cum antequam teſtamentum conderet, debuiſſe jure veteri emancipare liberos ſuos: quod etiam ex aliis refert *Nic. de Neap.* qui aliter putat venditionem ideo factam, ut magis faveretur heredi tamquam habenti cauſam oneroſam. Ignoſcendum eſt Interpp. qui iſta ignorarunt.

Indeſuetudinem abierunt.] Equidem cum non ſemper comitia fierent, alius modus amittendus fuit teſtandi, quo cives ubi vellent, uti poſſent. Sed protinus recepto hoc modo per æs & libram, veterem illum, calatis comitiis, deſitum fuiſſe minime probabile eſt: quin ſatis diu & hunc perduraſſe: iſtud indicio eſt, quod *Gellius* 15 *noct.* 27. ſimpliciter tres ſpecies ſive modos teſtandi proponit, calatis comitiis, in procinctu, & per æs & libram: & ipſe Juſtin. hoc §. acceſſiſſe dicit tertiam ſpeciem. Plane ſublato jure comitia cogendi, quod ſane ſub Principibus vere accidit, & utiq; tranſlata in Orientem Imperii ſede, conſequens eſt, & hunc modum teſtandi ceſſaſſe, quin & per æs & libram: neq; crediderim tempore Juſtiniani ita teſtamento ordinata fuiſſe: nec ſatis intelligo, quid ſibi velit Juſt. *in fin. hujus* § quod hoc genus teſtandi PARTIM in uſu eſſe deſierit: & forte SENSIM in deſuetudinem abiiſſe intelligit; aut partem aliquam ſolemnitatum remanſiſſe v. c. teſtes, aut nuncupationem, de qua Ulp. *tit. de teſtam.* Ulpianus plane *tit. de teſtam.* §. 1. ait ſolum jam in uſu eſſe, quod per æs & libram fit: ſolum ſcil. ex jure civili: nam prætorio & mixto jure tempore Ulpian. teſtamenta quoque facta, plurimi textus juris oſtēdunt. quin & longe ante eum apud Cic. non uno loco fiat obſignatorum mentio, quorum non erat uſus in teſtamento per æs & libram: imo an forte contra cum alius heres in tabulis ſcriberetur, & ita tum non erat per æs & libram, plena teſtatio, quod omnino notandum. Inepta autem eſt ratio quam affert Viglius, cum teſtamentum per æs & libram in uſu eſſe deſierit: quia pacta de futura hereditate ſint contra bonos mores: neque enim erat vera venditio, neque ejus effectus ut mutare teſtamentum non liceret. Sed penitus eſt inepta ratio, poſtquam receptum fuit, ut ab emptore familiæ alius eſſet verus heres.

TEXTUS.

3. Sed prædicta quidem nomina teſtamentorũ ad jus civile referebantur: poſtea vero ex Edicto prætoris forma alia teſtamẽtorum faciendorum introducta eſt. Jure enim honorario nullo emancipatio deſiderabatur, ſed ſeptem teſtium ſigna ſufficiebant, cum jure civili teſtium ſigna non eſſent neceſſaria.

COMMENTARIUS.

1 *Cur ſeptem teſtibus opus in teſtamento.*
2 *Cur quinq; teſtes neceſſarii in mancipationibus.*
3 *Ius Canonicum defenſum.*
4 *Cur in divortiis ſeptem teſtibus opus.*

JUre prætorio, apparet ex hoc §. ſatis fuiſſe, voluntatem ſupremam conſignatam ſcriptis ſeptẽ teſtibus ſubſignandam proponere: qui ſimplex & expeditus, citra ſolemnitates illas nexus & emancipationis imaginarias, teſtandi fuit modus: eoque pertinet, quod Ulp. ſcribit, *tit.* 28. *de poſſeſſ. dand.* §. *Etiam* 5. licet non valeat teſtamentum jure civili, tamen ſignatum ſi ſit à ſeptem teſtibus, poſſeſſionem bon. ſecundum illud ſcilicet à prætore dari.

Septem teſtium ſigna] In teſtamento per æs & libram † quinque requirebantur teſtes, una cum li- 1
bripende & familiæ emptore: § *prac.* & §. 1. *apud Vlpian. tit.* 20. *in f.* adeo interveniebant ſeptem perſonæ: quem numerum, prætor, qui ſolemnitates illas civilis juris improbavit, integrum tamen in teſtamento eſſe voluit: adeoque inde neceſſario effectum, cum nullæ eſſent ibi partes libripendis & emptoris, ut ſeptem teſtes adhibendi eſſent: Ad eundem modum de emancipatione liberorum ſcribit *Caius* 1. *Inſt.* 6. adhibitos fuiſſe quinque teſtes cum libripende & Anteſtato: poſt fieri ſolitam ante curiam, ita ut pro libripende & Anteſtato alii teſtes adhiberentur, ut ſeptem teſtium numerus impleretur. Unde liquet, non in teſtamentis ſolum, ſed etiam alibi ſeptem teſtes adhibitos fuiſſe

fuiſſe: & ſimul liquidiſſimum eſt, unde numerus ſeptem teſtium deſcendat: & nimis quam abutuntur opera, qui hic ad ſcrupuloſitates Græculorum, & præſtantiam numeri ſeptenarii confugiunt.
2 Cur autem in quavis † mancipatione olim quinque teſtes neceſſarii fuerint, ratio non ſatis liquet; niſi forte cum Servius Rex quinque civium claſſes conſtituiſſet, placuit, ut actibus illis ſolennibus, ſinguli ex ſingulis claſſibus adeſſent; licet poſtea procul dubio, etiam ex claſſe una quinque adhiberi potuerint. Hinc claſſicorum quoq;, id eſt, idoneorum teſtium appellatio nata. Nec movet, quod Dionyſ. Halic. ſex claſſes factas ſcribit: Etenim ſextæ claſſis, quam centuriam *libr.* 1. vocat Livius, nulla habita fuit ratio: quippe in quam conjecti erant tenuiſſimi cives, proletarii & capite cenſi, qui nec militabant, nec quidquam ad remp. conferebant, & ab omnibus dignitatibus excluſi erant: & juxta numerum quinque claſſium, quinque aut decem tribunos plebis fuiſſe teſtes ſunt *Liv. lib* 3. *& Aſcon. Ped. in orat. Cicer. pro Cornel.* & huc facit, quod *Feſtus libr.* 5. ſcribit, claſſicos teſtes fuiſſe dictos, qui in ſignandis teſtamentis adhibebantur. Septem teſtes ad ſubſtantiam teſtamenti pertinere volunt Dd. nec inepte omnino, ſi intelligas ipſã ordinationem teſtamenti, de qua hoc §. agitur: ceteroquin eſſentia teſtamenti eſt & conſiſtit in ipſa diſpoſitio-
3 ne teſtatoris. Porro jus † Canonicum (licet ſint qui diſpoſitionem juris Can. reſtringunt ad teſtamentum ad pias cauſas, ſed male, quia Jus Can. improbat diſpoſitionem juris civilis, quod nimis multos requirat teſtes) *c. cum eſſent c. relatum h. t.* improbat jus civile, & vult ſufficere duos teſtes cum parocho, juxta illud ex jure divino: In ore duorum vel trium ſtabit omne verum. Quæ juris Can. ſententia, quidquid alii contra diſputent omnino nititur certa ratione; neque convenit juris gentium rationi, ut tam magnus numerus teſtium adhibeatur: & apparet ex jam dictis, eſſe hoc totum & mere poſitivum, & à jure civili: nec quiſquam rationem reddere poſſit, cur in quavis mancipatione & alienatione per æs & libram debeant intereſſe quinque teſtes; & potuiſſet ſane prætor contentus eſſe numero quinario: & rurſus nulla neceſſitas fuit, ut pro emptore familiæ & libripende duo præterea teſtes adhiberentur, & poſſe alio jure civili hunc numerum minui, qui negaverit, is ad agnates & gentiles fuerit deducendus. Et ita *Leo N.* 41. ſancit, ut in civitatibus quinque, in pagis tres teſtes ſuffici-
4 ant. Sed quæ ratio eſt, cur in † divortiis opus fuerit ſeptem teſtibus? *l. nullum* 9. *de divort.* In cõventione in manum opus fuiſſe decem teſtibus ſcribit *Vlp. t.* 9. quia (ut puto) erat ea mutua & duplex emtio & quaſi mancipatio: Divortia ut plurimum fiebant πρὸς τὸ πλεῖον, ergo ſuffecerint quinque teſtes: & ſublatis priſcis ſolemnibus, hic quoque duo additi, ultra quinq;: An poſt receptum ut quivis ſolemniores actus, requirerent ſeptem teſtes. Ambigo & cogitandum relinquo.

Iure civile non eſſent neceſſaria.] Quo fiebat teſtamentum per æs & libram, & per mancipationem. Plane jure civili & in hoc genere teſtamenti duo fuiſſe neceſſaria ſcribit *Vlp. t.* 20. *de teſtam* §. 8. familiæ mancipationem, & nuncupationem, qua ſcilicet teſtator, conteſtabatur, hanc eſſe voluntatẽ ſuam, quam ipſis exhibebat; quæ videtur eſſe ſuprema conteſtatio in *l. qui teſtam.* 20 § *& veteres* 8. *h. t.* quo eodem ſenſu *Vlp. d. tit.* 20. *in pr.* teſtamentum definit conteſtationem: dicemus adhuc aliquid in §. *ſed neq;* 10. *inf. h. t.* At cui bono illa conteſtatio in teſtamento per æs & libram & in mancipatione? Puto hoc receptum fuiſſe, poſtquam placuit, palam quidem mancipari familiam emptori imaginario, ſed alium ſeparatim verum heredem ſcribi de quo in §. *ſed neque* 10. *inf. h. t.* tum etiam propter legata, quæ nihil ad emptorẽ familiæ, & omnino diverſa a familiæ mancipatione. Et puto omnino verum quod ſcribit Theoph. olim facta mancipatione, dixiſſe teſtatorem, ad familiæ emptorem, volo te huic vel illi dare agrum, ædes, tot florenos, qui quaſi modus legandi fuit. Illud perſpicuum eſt, *h.* §. jus civile non juri gentium, ſed juri prætorio opponi, ut autem per illud intelligamus quod diſputationib. ICtorum introductũ eſt, nulla ratio facit, licet iſtud communi nomine dicatur jus civile *l.* 2. § *his LL.* 5. *de orig. iur.* Et cum juri prætorio opponatur, latius accipi oportet. Et teſtandi modos calatis comitiis & in procinctu, antiquiſſimos fuiſſe certum eſt: & de hoc ex *Plut. in Coriol.* conſtat: mancipationes per æs & libram ex XII. tabb. Lege deſcendunt: an autem eam alienandi rationem, ICti traxerint etiam ad teſtamenta, haud liquido dixerim.

TEXTUS.

4. Sed cum paulatim tam ex uſu hominum, quam ex conſtitutionum emendationibus cepit in unam conſonantiam jus civile & prætorium jungi: conſtitutum eſt,

U u ut uno

Digitized by Google

ut uno eodemque tempore, quod jus civile exigebat quodammodo, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſubſcriptione teſtium, quod ex conſtitutionibus inventum eſt: & ex edicto prætoris ſignacula teſtamentis imponerentur: ita ut hoc jus tripertitum eſſe videatur: & teſtes quidem & eorum præſentia, contextu uno, teſtamenti celebrandi gratia, à jure civili deſcendant: ſubſcriptiones autem teſtatoris & teſtium, ex ſacrarum conſtitutionum obſervatione adhibeantur: ſignacula autem & teſtium numerus ex edicto prætorio. Sed his omnibus à noſtra conſtitutione propter teſtamẽtorum ſinceritatem, ut nulla adhibeatur fraus, hoc additũ eſt, ut per manus teſtatoris vel teſtiũ exprimatur nomen heredis, & omnia ſecundum illius conſtitutionis tenorem procedant.

COMMENTARIUS.

1 *De uno contextu teſtandi.*

2 *Contractus an celebrari poſſit.*

APparet ex hoc §. & §§. præcedd. teſtamentum à forma teſtandi poſſe diſtingui in purum & mixtum. Illud quod fit juxta diſpoſitionem juris civilis vel prætorii tantum: hoc quod fit obſervatis ſolemnitatibus utriuſque juris. De quo teſtamento mixto hoc §. agit Juſtinianus. Ait jus civile & prætorium cepiſſe in unam conſonantiam jungi: quod non male ita accipit & explicat Hottom. uſu & conſtitutionibus Impp. factum, ut jus civile & prætorium pro uno jure haberentur; nec adeo mirum, ſi ex utroque hoc jure una teſtandi forma fuerit conflata. Ideoq; recte ait, *ex emendationibus conſtitutionum*, quia conſtitutiones conſtituunt & ipſæ jus civile; aut potius quoniam hic à conſtitutionibus diſtinguit jus civile, intelligit, quod cõſtitutiones eodem loco habuerint jus prætorium & civile. Poſſit etiam quis ea verba Juſt. commodiſſime ad hunc caſum & hanc materiam referre: & quod homines ceperint in teſtando uti, partem civilis partem prætorio jure, idq; etiã conſtitutiones poſtea probaſſe: quæ explicatio magis mihi placet.

Uno eodemque tempore.] Teſtamentum debet fieri uno † contextu *l. heredes 21 §. ult. h. t. l. hac conſultiſſ. 21. in pr. & l. cum antiquitas 28 C. eod.* quibus locis hoc ita explicatur, ut non interveniat actus extraneus: quod plenius explicat & diſtinguit *d. l. 28.* ut videl. nõ vitietur actus teſtandi, ſi quid interveniat, quod ratio morbi teſtatoris vel neceſſitas naturæ expoſcat. Ratio hujus juris reddi ſolet quod digreſſus ad alia videtur avocare ab eo propoſito quod in teſtatore exigitur, & arguere minus conſtans propoſitum teſtantis, & inſuper efficere, ut aliquid præter mentem teſtatoris incogitanter recipiatur, ut notat *Connan. 5. comm. 2.* quod poſterius tamen tantum locũ habet in caſu, quo fit teſtamentum nuncupativũ, aut alias teſtamentũ prælegitur teſtibus, non quo teſtamentum clauſum ſignandum ſaltem & ſubſcribendum offertur teſtibus: ceteroquin privatim quiſque quomodo & quandocumque tempore teſtamentum condere, & vel millies ſcriptionem abrumpere & interrumpere poteſt. Et quod de uno contextu traditur, pertinet ad ipsã conteſtationem, ut appellant, & ordinationem ſolemnem teſtamenti coram teſtibus. Et igitur ſi abrupto actu iſto, aliud agere incipiat teſtator, vitiatũ intelligetur teſtamentum. Eſt autẽ contrahendi alius & extraneus à teſtamento † actus: & proinde 2
ſi inter teſtandum contrahat cum aliquo teſtator, actus intelligetur teſtandi interruptus. Et fruſtra hic objicitur *l. non eſt 26. D. de pignor. act.* ubi dicitur, teſtamento pignus conſtitui poſſe. Etenim non fit hoc per contractum & conventionem, ſed habet inſtar legati, dum teſtator ſolus pignori aliquam rem creditori etiam ignoranti, eſſe jubet: neque enim pignus in genere ſumptum contractus eſt, ſed jus in ſecuritatem debiti conſtitutum. Hoc jus & conventione & per modum legati ultima voluntate conſtituitur: ſicut & jura ſervitutũ. Nec magis obſtat, quod aſſignari quoque libertus teſtamento dicitur *l. 1 § 3. de adſign. l.* Licet enim neque legatum iſtud ſit proprie neq; fideicommiſſum *l. 7. d. t.* tamen effectum utique habet legati, dum jus patroni, quod patre defuncto omnibus in liberto erat pro indiviſo futurum, in unum transfertur in ſolidum, & utiq; non per contractum, ſed ſimpliciter diſponentis voluntatem. Illud huc etiam pertinet, an intervallum aliquod in hac re poſſit intercedere; velut ut poſtquam teſtator ſententiam ſuam propoſuit, teſtes ex intervallo aliquo ſignare & ſubſcribere poſſint. Et ſiquidem nihil aliud, juxta dicta

inter-

intervenerit, procul dubio actus non erit interruptus, ſi omnes teſtes manſerint in eo loco; ſed quid ſi diſceſſerint, vel omnes vel aliqui & poſtea reverſi ſignaverint? An hoc definimus exemplo ſtipulationis? cujus dicitur debere eſſe actus continuus *l. continuus* 137. *in pr. de V. O.* & tamen etiam ſi interrogatu diſceſſerit, & non ita poſt multum & non magnum intervallum reverſus reſponderit, utilem eſſe ſtipulationem docet *l. 1. §. 1. de V. O.* ut quidem ille locus communiter explicatur: quin & ſufficere ſi modo eodem die reſpondeatur, probari videtur ex *d. l.* 137. *in pr. de V. O. junct. l. ſi ex 12. de duobus reis.* Magis autem eſt, & conſentaneum ei quod uno contextu negotium debet peragi, ut omnino neceſſum ſit teſtatorem & teſtes non digredi; antequam totum negotium ſit confectum; per *d. l.* 28. *C. de teſta.* ubi Juſt. nominatim in ſpecie definit, poſſe parvo momento differri item, ſi forte ex teſtibus unus quid ſuper venerit ſi id autem tale ſit, ut longiorem afferat moram, alium debere ſubrogari teſtem: itaq; accipi quoq; debet quin *l. hac conſult. C. eod.* dicitur, debere peragi eodem die eodemq; tempore: Ita ut poſteriora verba explicent & conſtringant prius illud de eodem die, ut omnino quod eſt res perficiatur, & ita quidem et uno eodemque tempore, non vero ut interrupte & pluribus vicibus eodem die negotium expediri poſſit.

Quod jus civile exigebat.] Videlicet, de quo jam diximus, ut negotium fiat uno contextu; non autem referri ad eqq. hoc debet, de ſeptem teſtibus. Licet enim jus civile, quod præter quinque teſtes, libripendem & familiæ emptorem requirebat, dederit cauſam huic ſeptenario numero teſtium, attamen proprie & vere loquendo numerus iſte eſt juris prætorii: quod & *inf. hujus §.* Juſt. aperte affirmat. Itaque locus hic ſane involutus & contortus ita explicari debet, ut I. Juſtinianus doceat quod ſit ex jure civili, ſcil. in ſpecie ſumto, quid opponit cõſtitutionibus, (quę omnino alias faciunt jus civile) & adeo intelligere videtur diſputationes ICtorum, & mediam Juriſprudentiam, ut alibi appellatur: aut etiam jus civile vetus XII. tab. aut quavis alia lege introductum: quamquam non videtur ulla lege hac ſancitum, ut uno contextu fieret teſtamentum. Deinde Juſt. proponit ſeptem teſtes adhibendos, qui ſcilicet & ſubſcribant & ſubſignent: illud ex conſtitutionibus, hoc ex edicto prætoris, cui etiam *inf. §.* adſcribit numerum ſeptenarium: ſicut & mox aliud adhuc adſcribit juri civile, ut teſtes ſint præſentes. Sed nimirum illud generale penitus eſt, ut quoscunque jure requirantur ad aliquem actum teſtes, eorum præſentia neceſſaria ſit: ceteroquin teſtes eſſe non poſſint. Ait Juſtin. jus civile hoc exegiſſe *quodammodo* fortaſſe, quia non diſerte de hoc caſu id expreſſerat, ſed in genere definierat, actus ſolennes & legitimos ita & uno contextu fieri debere.

Oportet autem præſentes eſſe non corpore tantum ſed & animo, ut videlicet intelligant, quod agatur, quod teſtator ſupremam voluntatem ordinet, non autem neceſſe eſt ut linguam intelligãt *l. qui teſtam.* 20. *§. ult. h. t.* Et præſentes debent adeſſe & durare uſque dum negotium peragatur *d. l.* 20. & adeſſe debent ultro non coacti *d. l.* 20. *§. ult.* quin amplius & rogati, vel ſaltem ut denuntietur illis ſi teſtamenti cauſa adhibeni *l. heredes* 21. *§. pen. h. t.* Et adeſſe ita debent præſentes, ut teſtatorẽ videant & audiant, niſi aliubi ſpecialiter aliud ſit inductum *l. ſi non* 9. *C. h. t.* & contra quoſdam qui putant ſufficere ut audiat teſtis ſaltem teſtatorem, licet cortina interjecta non videbat, notat recte *Angel. in §. plane inf. tit. ſeq.*

Subſcriptiones teſtatoris.] Hoc itidem aliud eſt, quod ex conſtitutionib. requiritur, ut teſtator ſubſcribat, cum ſupra tantum meminiſſet ſubſcriptionis teſtium: eſt in *l. hac conſult.* 21. *in pr. C. h. t.* ubi additur, ut ſi teſtator ſubſcribere non poſſit, octavus ſubſcriptor adhibeatur: quod tamen ſuſtulit Juſtin. ſi quis ſua manu teſtamentum totum ſcripſerit *l. cum antiquitas* 28. *§. 1. C. eod.* Miretur autem quis, quod prætor tantum ſigna requiſierit, non etiam ſubſcriptionem: cum ex ſignis non poſſit certo ſtatui de numero teſtium, per *§. poſſunt. h. tit.* ſiquidem poſſunt plures habere annulos, una ſculptura. Notat autem unde Weſembec. ſcripturam etiam eſſe ex jure prætorio. Equidem neceſſariam eam eo jure eſſe ſequitur: ſed a jure prætorio eam primum inductam non ſequitur; & licet mancipatio non requirat ſcripturam: tamen poſtquam emptor familiæ cepit eſſe alius ab herede *§. ſed neque* 10. *infra h. tit.* utique frequentius oportuit intervenſſe ſcripturam, & illa ad conſervandam negotii geſti memoriam pene neceſſaria eſt. Porro ſcrupulum movet Hottoman. & quod ſigna neceſſaria fuerint ex Lege Cornelia loco *Cicer. in 3. Verr.* confirmat. Ipſe reſpondet poſt, hoc etiam in edicto receptum & propoſitum, eoque Edicto tribui. Sed nimirum cum primæ originis major ſit habenda ratio, aſſentior potius Weſembecio: hoc legem Corneliam teſtamenta-

tamen ex Edicto prætoris accepiſſe. Sed quid ſi teſtes ſcribere non poſſint? Et videtur eorum teſtimoniū eſſe nullum: cum Juſtin. in *l. ult. C. h. t.* per exceptionem admittat, ut in teſtamentis ruſticorum, ubi deeſt literatorum copia, teſtes non ſubſcribentes, aut pro quibus alii ſubſcribant admittantur, quo loco ſolemnitates requiſitas in aliorum teſtamentis omnino vult obſervari.

Sed hic omnibus.] Juſt. inſuper addidit, ut nomen heredis quoque ſubſcribatur manu teſtatoris vel teſtium; juxta *l. jubemus* 29 *C. h. t.* Et teſtator vel ſubſcribet coram teſtibus, vel ſcribat in aliqua teſtamenti parte, ſi nomen heredis nolit cognitum eſſe. Si ſcribere non poſſit, debet nomen coram teſtib. nuncupare, & teſtes illud memoriæ cauſa adſcribere in teſtamento. Ita hoc caſu teſtamentum futurū ſemper eſt nuncupativum, cum eſſentia teſtamenti conſiſtat in deſignatione & inſtitutione heredis. Et itaque hoc merito poſtea mutavit & remiſit in *N.* 119. *cap.* 9.

TEXTUS.

3 Poſſunt autem omnes teſtes & uno annulo ſignare teſtamentum: quid enim ſi ſeptem annuli una ſculptura fuerint? ſecundum quod Pomponio viſum eſt. Sed & alieno quoque annulo teſtamentum ſignare licet.

COMMENTARIUS.

Dixerat teſtes debere ſubſignare teſtamentum; jam de modo ſignandi aliquid addit. Et cum mentionem annuli faciat, prima quæſtio eſt, an tātum annulo ſignare liceat: quod ſane fateor, ex hoc § non probari, cum poſſit exempli cauſa hoc dictum accipi, & quod frequentius annulo ſignare ſolerent: & tamen non ſine cauſa annuli mentionem factam colligitur ex *l. ad teſtium* 22. *§. ſignum* 5. *h. t.* ubi ICtus reſpondet, magis eſſe ut tantum annulo ſignare liceret; quod Cujac. 14. *obſ.* 11. refert ad ſcrupuloſam teſtandi ſubtilitatem: ſed mihi id non probavit, ut ulla hic poſſit eſſe ſubtilitas, niſi fatua & inepta, adeoque minime ſubtilitas, ut non liceat ſignare inſtrumento tali, quod eandem exprimat formam, & eandem habeat ſculpturam quam annulus, ubi nec deprehendere quis poſſit, & internoſcere, an annulo, an alio inſtrumento ſignatum ſit. Nulla eſt ſolemnitas, quæ non habeat ſuam rationem, & aliquem finem, ut amoveatur omnis ſuſpicio fraudis; at vero hujus, ut tantum liceat ſignare annulo, nulla poteſt dari ratio neque hanc re iſiud illum finem poteſt, aut ullam commoditatem. Itaque non abſurde *Hottom.* 1. *obſ.* 20 & *hic & ibid. Baro & Weſemb.* putant legendum eſſe, *non tantum annulo*, quam lectionē firmat quod mox ſequitur, *dum tamen habeat characterem*, & ſcilicet imaginem aliquam & ſignum inſculptum, ut hinc intelligamus, poſſe ſignari & alio inſtrumento, dummodo habeat ſignum impreſſum ad inſtar annuli; & de annulo qui non habet ſignum, an eo poſſit ſignari, inepte dubitetur: Et variaſſe lectionem, indicio eſt, quod *Ioh. de Plat. ad hunc* §. ſcribit, non tantum annulo ſignari poſſe, ſed etiam alio ſignatorio, in hanc rem adducta *d. l.* 22. *§.* 5. *h. t.* Dici forte etiam poſſit, quod ICtus in *d. l.* 22. non voluerit excludere tale inſtrumentum, quod idem ſignum cum annulo habeat, ſed ejuſmodi, quo ut aliqui notant, veteres ad alia obſignanda ſolebant uti. Tum forſaſſis obtinuit ita illo ævo, ut ſigna quibus obſignare ſolebant literas, tantum impreſſa annulis haberent. Tentarit etiam quis, per annulum non tam notari ſubjectum ipſum circulare, ſed magis ſignum, quod annulo impreſſum erat, & recte eum dici ſignare annulo, qui ſignat inſtrumēto, eam figuram habente, qualem annuli vulgo dicti habebant.

Poſſunt uno annulo ſignare.] Apud Romanos non fuerunt certa inſignia familiæ, quæ annulis (ut hodie moris eſt) inſculpta ferrent: ſed quiſque ex arbitrio, quidquid ipſi videretur, inſculpi curabat; ſed & rurſus mutabat, itaque non raro accidebat, ut duo vel plures quoque uno ſigno uterentur: itaque admiſſum etiam fuit, ut teſtes omnes uno annulo ſignarent; ut tamen, quod Dd. volunt hoc ipſum adſcribant, alieno ſe annulo ſignaſſe: vel quia alias alieno annulo utens incidat in crimen falſi: vel quod teſtis facile poſſit ſit vacillaturus, in recognitione ſigilli alteri, ſi non hoc adſcripſerit. Faber tamen putat iſto omiſſo teſtamentum non vitiari, quia hoc nuſquam requiratur; quod & Vigl. magis probat, ſed & cum poſſint utique plures hodie ex una familia ad ſignandum adhiberi, accidet & tum, ut plures eodem ſigno utantur; cum nec neceſſe ſit addi nomen; & utique tantum initiales literæ poni ſoleant; & inſuper plures ex una familia cognomines eſſe poſſint. Adeo apparet ex his, non eſſe neceſſarium hoc ut nomen teſtis in circumferentia annuli ſit inſcriptum; quod in aliis terminis requiritur, ut notat hic *Viglius per cap. inter dilectos de fid. inſtrum.* & rationem Porcius

ejus hic red'dit, quod hic ſignatio requiratur ad ſolemnizandum; non ad probandum. Et tamen ex ratione juris noſtri, quidquid etiam putent Dd. verum non videtur, quod in ſigillo quo contrahentes utuntur, ut ſubſignent inſtrumenta, opus ſit inſcripto nomine ſignantis, quippe quod moribus Roman. talia ſigilla non fuerint in uſu: licet forte contrariam praxis obſervet, quod etiam cenſet *Johann. Fab.* hic per *dict. capit. inter dilectos.* Illud autem admiſerim cum Doctor. quod in contractibus non poſſit teſtis, & maxime Notarius alieno annulo ſignare.

Quid enim ſi ſeptem annuli.] Hoc eo pertinet, ut reddatur ratio, cur plures vel omnes uno annulo ſignare poſſint; quod ſcilicet ut modo dixi, evenire poſſit, ut plures uno ſigno utantur; Ceteroquin ſeptem annuli una licet ſculptura, non ſunt annulus unus. Sed tamen effectum unius annuli habent; cum perinde ſit, ac ſi uno annulo ſigna impreſſa eſſent.

Secundum quod Pomponio.] Ita apud Theoph. exſtat, & ita edidit Cujac. & ita in vetuſtis libris exſtare teſtatur Contius. In Vulgaris eſt, *Papiniano*, quod reliqui omnes Weſemb. Mynſ. Baro Hottoman. &c. ſervant. Et ego vulgatam ſequi malim; quia Papiniani præcipua ſemper & major fuit autoritas, ut patet ex *de reſpon prud. Codic. Theod.* & non tanti eſt Theoph. in quo etiam error poteſt argui exſcriptoris.

Sed & alieno annulo.] Qui videlicet non eſt unius ex teſtibus: Ceteroquin cum plures ſignant uno annulo, oportet aliquos ſignare annulo alieno. Et hinc eſt quod teſtis annulo teſtatoris ſignare poteſt *l. ad teſtium. 22 §. ſi ab ipſo 2. h. t.*

TEXTUS.

6. Teſtes autem adhiberi poſſunt ii, cũ quib. teſtamenti factio eſt. Sed neque mulier, neque impubes, neque ſervus, neq; furioſus, neque mutus, neque ſurdus, neq; is cui bonis interdictum eſt, neque ii quos leges jubent improbos inteſtabileſq; eſſe, poſſunt in numerum teſtiũ adhiberi. Sed cum aliquis ex teſtib. teſtamẽti quidẽ faciendi tempore liber exiſtimabatur, poſtea autem ſervus apparuit, tam Divus Hadrianus Catonio Vero, quam poſtea divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, ſubvenire ſe teſtamento ex ſua liberalitate, ut ſic habeatur firmum, ac, ſi ut oporteat, factum eſſet, cum eo tempore quo teſtamentum ſignaretur, omniũ conſenſu hic teſtis liberi loco fuerit, neq; quiſquam eſſet, qui ſtatus ei quæſtionem moveret.

COMMENTARIUS.

1 *Teſtamenti factio duplex.*
2 *Mulier cur non poſſit eſſe teſtis.*
3 *Qui ſint inteſtabiles.*
4 *De ſententia* l. 1. C. h. t.

IAm tractat, quinam in teſtamento poſſint eſſe teſtes. Inhabilitas teſtium vel eſt communis, de qua h. §. vel ſpecialis, de qua in § *ſeq.* Notam habilitatis communius hanc proponit Juſtin. h. §. ſi cum iis ſit teſtamenti factio; & videlicet ea, quam vocant paſſivã, & quam habere dicuntur, qui hæredes inſtitui & ex teſtamento capere poſſunt, ut non tãtum Juſtin. loquitur in §. *in extraneis 4 inf. de hæred. qual* Sed etiam JCtus in *l. filiusfam.* 16. *h. t.* quomodo & videtur hoc accipi in *l. idem* 13. §. 2. *de teſtam. milit.* cum quibus h. § & alias dicitur eſſe teſtamenti factio; *l. non minus.* 31. *de hæred. inſt. l. nemo* 7. *pro legato* § *Legari* 24 *inf de legat.* & ſane abſurde dici videtur, iſtos factionẽ habere teſtamenti. Sed cum iis teſtamenti factio eſſe rectius dicitur, ut hoc loco Juſt. loquitur; adeoq; recte id tantum de paſſiva teſtamenti † factione accipitur: neq; enim quatenus quis teſtamentum facere poteſt, cum eo poteſt eſſe dici teſtamenti factio; itaque non probo quod Theoph. ad utrumq; retulit, οἵτινες ὑφ' ἡμῶν δύνανται κληρονόμοι γράφεσθαι, καὶ γράφειν ἡμᾶς, id eſt, qui à nobis poſſunt hæredes ſcribi, & nos ſcribere. 1

Sed neque.] Eſt hæc exceptio ad regulam propoſitam, ſiquidem, qui hic enumerantur, hæredes inſtitui poſſunt. Cum autem tot ſint exceptiones, non bene ſatis pro regula iſtud poni videtur; Sed potius propriæ rationes reddendæ erant, ob quas hæ perſonæ eſſe non poterant in numero teſtium: quæ ipſæ non ſunt obſcuræ. Et in furioſo, & impubere, nullum, aut imperfectum animi judicium eſt. Et vero cum ultimæ voluntates maxime ſint fraudibus, & captionib. obnoxiæ, integræ fidei & integri quoq; judicii, & qui de omnibus recte judicare, & quæ aguntur plene intelli-

gere poſſunt, homines adhibendi fuerunt; ex quo in promptu eſt ratio, & nimirum ab improbis moribus, quare, qui inteſtabiles dicuntur, & prodigi, in teſtamento non poſſint eſſe teſtes idonei; item quare excludantur ſurdi & muti, etiamſi disjunctim tales ſint, quia omnino neceſſe eſt, ut quæ aguntur percipiantur ſenſu, & poſt mortuo teſtatore de iis teſtimonium præbeatur, quæ à mutis & ſurdis nequeunt præſtari *arg. l. 1 quemadmodum teſtam. aperiant.* quippe quod aut non rogari, aut rogati teſtimonium dicere non poſſint, & non tam teſtibus, quam teſtimoniis creditur *l. 3. §. 3. de teſtib.* Servum ipſa conditio rejicit & ſtatus, adeo ſecus eſſe in adſcriptitio putant, de quo videnda quæ not. *ſup. de jure perſ.* Miror à quibuſdã dubitari de monachis, qui hactenus inepte eum ſervis comparantur; & eum teſtimonium ferre, ſit mere perſonale non poteſt juvari, quod in inſtitutione ſervi perſona domini ſpectatur, nec concludit ratio Joh. Fab. quod monachi non debeant ſe immiſcere negotiis ſecularibus, hoc enim fit ex accidenti, ut coram judice recognoſcant ſigilla: Ceterum nec cũ licentia Abbatis poſſent eſſe teſtes quod tamen admittit Faber. De muliere non ſatis † con-
2 ſtare videtur ratio, & ridiculi ſunt, qui vel ad loquacitatem mulierum confugiunt, vel quod omnia lamentis ſint completura; quaſi vero non etiam à ſanis, & ſæpe etiam clauſa teſtamenta condantur; & quaſi ſemper teſtatores diſpoſitionem ſuam habere velint ſecretam. Neque placent, qui ex veteri jure rationem arceſſerunt, quod mulieres non haberent jus comitiorum. Utique enim mulieres & olim teſtamentum facere potuerunt; & teſtandi illa vetus ratio nihil cum iſta nova commune habet &, teſtamentum per æs & libram à mancipationibus & contractibus per æs & libram originem traxit. Nec verum eſt, quod Joh. Fab. & alii ſcribunt, teſtimonium ferre in teſtamẽto eſſe quaſi virile & publicum officiũ. Romani veteres quidem valde arcte mulieres habuerunt, & nullam pene rem ſine autore eas gerere voluerũt, ob ſexus & judicii infirmitatẽ; &, quod addendum eſt, quia pendet tota vis teſtamenti; à teſtium autoritate & fide; & non ad probationem ſolum, ſed etiam ad conſtitutionem actus teſtes hic pertinent; & nimirum in aliis caſibus & in judiciis quicunque admittuntur ad teſtimonium; quoniam judex cognoſcit & ſtatuit, quantum cuique ſit habendum fidei, qua de cauſa nec infames penitus excluduntur *leg. 3. in princip. & §. 1. 2. 3. 4. & l. quæſitum 13. de teſtibus.* Atqui ubi Lex certũ numerum teſtium, ad actum aliquem definivit, nõ licet judici poſt inquirere & rejicere teſtes, quos Lex non improbavit. Et in hanc ſententiã *Scholiaſtes ad Harmenop. lib. 1 tit. 6. §. 25.* οἱ παλαιοὶ νόμοι τὰς γυναῖκας ἐν μὲν ταῖς συναλλακτικαῖς μαρτυρίαις, μὴ μαρτυρεῖν κωλύ[illegible] ἀποφαίνονται. Excludi nimirum mulieres iis caſibus, quibus teſtimonii dictio ad conſtitutionem actus pertinet. Quin hoc amplius ego exiſtimo, ubicunque exigit Lex certum numerum teſtium ad faciendum actum aliquem, toties inter eos teſtes & in eo numero mulierem eſſe non poſſe; quoniam Lex omnimodo requirit teſtes fide dignos, & exceptione omni majores, cujuſmodi non habentur mulieres jure noſtro, & facit, quod cum, ut ſup. diximus, teſtandi ratio per æs & libram, à contractibus, & mancipationibus occaſionem habuerit, conſequenter in mancipationibus nullis, mulier teſtis eſſe potuerit. De quo accuratius hoc loco agere jam non libet, nec patitur inſtituti ratio. Efficitur autem (ut hoc ſaltem addamus) nec in codicillis quidem teſtem eſſe poſſe mulierem, cum & ibi Lex omnino requirat quinq; teſtes *l. ult. Cod. de jur. codicill.* idq; nominatim ſcribit d. loco Scholiaſtes; utcunq; Dd. communiter in contrariam iverint ſententiam. Sed an cæcus poterit eſſe teſtis? Et licet h. §. omiſſus, tamen magis videtur non poſſe, per nõtata hic à Weſembecio, quod nec teſtatorem videre, nec ſignum recognoſcere poſſit, quo requiruntur *lib. 9. C. h. t. l. 1. quemadm. teſt. aper. fac. l. 15. §. cæcum. de poſtul.*

Improbos inteſtabileſq;] Deſcriptio † ab effectu eſt in *l. cum Lege 26. h. t.* Secundũ quam inteſtabilis eſt, qui nec dicere poteſt teſtimonium nec teſtimonium ipſi dici, quod tamen per productionem quandã receptũ viderur. Et an igitur poterit iuſti eui hæres? Quæſtio in eo eſt an dicatur hæredi quoq; perhiberi teſtimonium; quod ſi dicimus juxta *d. l. 26* inteſtabilis hæres inſtitui non poterit; & cum profiteatur Juſtinianus in *§. ſed neq; 10 infr. h. t.* totum negotium agi hodie inter hæredem & teſtatorem, recte dicimus, hæredi quoque teſtimonium perhiberi; An hoc accipimus ſtrictius, & teſtimonium perhiberi ei magis proprie dicimus, qui negotium ipſe agit & teſtes advocat; cum hæres ſæpe quod agatur, & ſe inſtitutum ignoret. Et ſane in *l. ii eui. 18. h. t.* inteſtabilis dicitur, qui nec poteſt facere teſtamentum, nec ad illud adhiberi; neque omiſiſſet JCtus, ſi neq; hæredem inſtitui poſſe putaſſet: & aliquid facit, quod omnes hoc §. enumerati hæ-

redes

redes inſtitui poſſunt; ut neque ab his excipiendus videatur inteſtabilis; qui alias non ſatis recte referretur inter exceptiones iſtius regulæ *in princ.* §. & quæ eſt de iis, qui hæredes inſtitui poſſunt. Et tamen Friderici nova ſanctio in *authentic. credentes. Codic. de hæretic.* ita explicat inteſtabilem, qui nec teſtandi habeat licentiam, nec ad hæreditatis ſucceſſionem accedat; aut an forte illud reſtringimus ad hæreticum, nec enim neceſſe eſt omnes inteſtabiles unam habere naturam & conditionem. Convenit tamen cum d. auth. conſtitutio Theod. in *l.* 3. *Cod. de apoſtat.* ubi diſponitur, ut hi ſint inteſtabiles; quippe quibus hæc tria interdicuntur, ut nec perhibere teſtimonium, nec teſtamentum facere poſſint, nec ulli ſuccedere in hæreditate. Facit etiam quod in *l. Imperialis* 23 *ſed & 3. Cod. de nupt.* mulieribus ſcenicis poſt Imp. reſcriptum permittitur, ut & teſtamentum poſſint facere, & aliis ſuccedere; quod negatum utrumque illis ante videtur. & habitas iſtas fœminas pro inteſtabilibus, probabile eſt. Ita & conſtitutione Theodoſii in *l.* 44. *Cod. de his, qui ſup. rebus.* hæretici jubentur eſſe inteſtabiles. Ex SC. damnatus ob errorem famoſum *d. l.* 18. *§* 1. *h. t. l. Lex Corn.* 5. *§ ſi quis* 9. *de injur.* ubi hoc legi tribuitur; & ſæpe concurrunt circa idem Lex & SC. Aliam ſpeciem ex L. 12. tabul. refert *Gel.* 5. *cap.* 15. ſed corruptis verbis Leg. 12. tabb. quæ felicius quam Cujacius hic, reſtituit *Marcillius ad cap.* 5. *L.* 12 *tabularum Qui ſi ſint conteſtarier, libripens ve fuerit, ni teſtimonium fariatur, improbus inteſtabiliſque eſto.* Præcipuæ nimirum perſonæ in actu mancipationis erant, libripens & anteſtatus, qui dicebatur teſtis per aurem tractus; proinde his ad teſtimonium actui perhibendum, vel præcipue obſtringebantur, & adeo ſi poſtmodum teſtimonium ferre nolint, peſſima fide agere credebantur, de quo inteſtabilium genere agit Theophil. licet *Harmenop lib.* 1. *tit.* 6. §. 59. prohibetur, inquit inteſtamento teſtis is eſſe, qui cum ſe teſtamento alicujus ſubſcripſerit, (eſt quiddam ſimile genus, ſed non idem, ſubla a veteri mancipandi ratione) poſtea teſtimonium ferre recuſat, qui in alio teſtamento prohibetur ferre teſtimonium, ſed & teſtari, & alio teſtamento capere. Ex quo iterum confirmatur eorum opinio, qui inteſtabilem negant hæredem poſſe inſtitui, & confirmatur quoque auctoritate Theophili, ita deſcribentis inteſtabilem: *ἐν ἐκ τούτῳ ὁ νόμος λαβεῖν ἐξ ἀλλοτρίας διαθήκης, οὐδὲ δίδωσιν αὐτῷ τῷ δικαίῳ Σίδη παρχαίνων, οὐδὲ συγχωρεῖται αὐτῷ μαρτυρεῖν ἑτέρῳ* *διαθέσθαι*, ubi vides omnia illa tria. Extat id verbum apud Horat.

—— Vter ædilis fuerit vel
Veſtrum prætor is inteſtabilis & ſacer eſto.

Errat autem Viglius, qui fere eundem putat fuiſſe inteſtabilem & ſacrum; hic enim impune occidi poterat minime vero ille. Si itaq; inteſtabilis nec poteſt inſtitui hæres, non poterit referri inter exceptiones; & adeo forte probabilis erit ſententia Joh Fab qui ait nullam eſſe exceptionem, ſed additionem diverſorum caſuum.

Sed cum aliquis.] Teſtium habilitas eſt, vel vera vel putativa, † ſi quis revera inhabilis cõmuni opinione pro habili habeatur; quæ habilitas illi æquipollet, nõ ex ſe, ſed ex benignitate & conſtitutione Imp *h. §. l.* 1. *C. eod.* citra quã ſi fuiſſet, teſtamentũ tane irritũ fuiſſet, idq; aperte hic § docet, quod liberalitate Impp. ſubventum teſtamento huic fuerit; & proinde ineptum eſt, quod hic Interpp. notant, cõmunem errorem ejus facere, neq; n. error iſte & communis hominum opinio ſatis fuiſſet, niſi vitiũ conſtitutione Impp. fuiſſet ſublatum, & pro nullo habitum. Conſtitutio tamen Hadriani quæ extat in *l.* 1. *C. h. t.* non videtur ſatis ad hãc rem eſſe. ſi qui habitus fuerit pro libero ante apertas tabulas in ſervitutẽ evictus, aut ſaltẽ ei fuerit cõtroverſia mota, hoc enim proponit Hadrianus, hucuſq; cõtroverſiam non fuiſſe motam ſuper ſtatu. Et nimirum ſolum hoc dicit Hadrianus, ſi qui pro libero habeatur etiamnum, non audiri eum, qui ubi quæritur de aperiendis tabulis, quæſtionem movet, an aliquis teſtium liber an ſervus fuerit. Sed ſane pateteam conſtitutionem plenius acceptam, & aperte hic § oſtendit, ſat eſſe, ſi quis liber habeatur tempore teſtamẽti faciendi, nec quod poſtea accidit, invalidum facere teſtamentum; & in genere reſpondent JCti, teſtamenti facti tempus inſpici, & quo teſtes ſignarunt, ubi de cõditione corũ quæritur, an habiles ſint nec ne, nec nocere, ſi quid iis poſtea contigerit; *l. ad teſtium* 22 §. 1. *h. t.* quamvis ille locus facile ita explicari poſſit, ut non noceat aliquod vitium poſtea de novo ſupervenienſ, veluti ſi quis poſtmodum ſervus, aut prodigus fiat. Secus autem, ſi tempore teſtamenti vitium occultum revera ſubſit; Sed ut dixi, non patitur hic §. cavillationem, & oſtendit quod ſufficiat, ſi teſtamenti facti tempore ſervus liber habitus fuerit; & forte reſponſit ita Hadrianus, quod accidiſſet ita de facto; non quod omnino conſtitutionem ſuam ad eum caſum reſtringere voluerit

aut

gere poſſunt, homines adhibendi fuerunt; ex quo in promptu eſt ratio, & nimirum ab improbis moribus, quare, qui inteſtabiles dicuntur, & prodigi, in teſtamento non poſſint eſſe teſtes idonei; item quare excludantur ſurdi & muti, etiamſi disjunctim tales ſint, quia omnino neceſſe eſt, ut quæ aguntur percipiantur ſenſu, & poſt mortuo teſtatore de iis teſtimonium præbeatur, quæ à mutis & ſurdis nequeunt præſtari *arg. l. 1 quemadmodum teſtam. aperiant.* quippe quod aut non rogari, aut rogati teſtimonium dicere non poſſint, & non tam teſtibus, quam teſtimoniis creditur *l. 3. §. 3. de teſtib.* Servum ipſa conditio rejicit & ſtatus, adeo ſecus eſſe in adſcriptitio putant, de quo videnda quæ not. *ſup. de jure perſ.* Miror à quibuſdã dubitari de monachis, qui hactenus inepte eum ſervis comparantur; & cum teſtimonium ferre, ſit mere perſonale non poteſt juvari, quod in inſtitutione ſervi perſona domini ſpectatur, nec concludit ratio Joh. Fab. quod monachi non debeant ſe immiſcere negotiis ſecularibus, hoc enim fit ex accidenti, ut coram judice recognoſcant ſigilla: Ceterum nec cũ licentia Abbatis poſſent eſſe teſtes quod tamen admittit Faber. De muliere non ſatis † con-
a ſtare videtur ratio, & ridiculi ſunt, qui vel ad loquacitatem mulierum confugiunt, vel quod omnia lamentis ſuis compleant; quaſi vero non etiam à ſanis, & ſæpe etiam clauſa teſtamenta condantur; & quaſi ſemper teſtatores diſpoſitionem ſuam habere velint ſecretam. Neque placent, qui ex veteri jure rationem arceſſerunt, quod mulieres non haberent jus comitiorum. Utique enim mulieres & olim teſtamentum facere potuerunt; & teſtandi illa vetus ratio nihil cum iſta nova commune habet &, teſtamentum per æs & libram à mancipationibus & contractibus per æs & libram originem traxit. Nec verum eſt, quod Joh. Fab. & alii ſcribunt, teſtimonium ferre in teſtamẽto eſſe quaſi virile & publicum officiũ. Romani veteres quidem valde arcte mulieres habuerunt, & nullam pene rem ſine autore eas gerere voluerũt, ob ſexus & judicii infirmitatẽ; &, quod addendum eſt, quia pendet tota vis teſtamenti; à teſtium autoritate & fide; & non ad probationem ſolum, ſed etiam ad conſtitutionem actus teſtes hic pertinent; & nimirum in aliis caſibus & in judiciis quicunque admittuntur ad teſtimonium; quoniam judex cognoſcit & ſtatuit, quantum cuique ſit habendum fidei. qua de cauſa nec infames penitus excluduntur *leg. 3. in princip. & §. 1. 2. 3. 4. & l. quaſitum 13. de teſtibus.* Atquin ubi Lex certũ numerum teſtium, ad actum aliquem definivit, nõ licet judici poſt requirere & rejicere teſtes, quos Lex non improbavit. Et in hanc ſententiã *Scholiaſtes ad Harmenop. lib. 1. tit. 6. §. 25.* οἱ παλαιοὶ νόμοι τὰς γυναῖκας ἐν μὲν ταῖς συναλλακτικαῖς μαρτυρίαις, μὴ μαρτυρεῖν αὐτὰς ἀπεφήναντο. Excludi nimirum mulieres iis caſibus, quibus teſtimonii dictio ad conſtitutionem actus pertinet. Quin hoc amplius ego exiſtimo, ubicunque exigit Lex certum numerum teſtium ad faciendum actum aliquem, toties iure: eos teſtes & in eo numero mulierem eſſe non poſſe; quoniam Lex omnimodo requirit teſtes fide dignos, & exceptione omni majores, cujuſmodi non habentur mulieres jure noſtro, & facit, quod cum, ut ſup. diximus, teſtandi ratio per æs & libram, à contractibus, & mancipationibus occaſionem habuerit, conſequenter in mancipationibus nullis, mulier teſtis eſſe potuerit. De quo accuratius hoc loco agere jam non libet, nec patitur inſtituti ratio. Efficitur autem (ut hoc ſaltem addamus) nec in codicillis quidem teſtem eſſe poſſe mulierem, cum & ibi Lex omnino requirat quinq; teſtes *l. ult. Cod. de jur. codicill.* idq; nominatim ſcribit d. loco Scholiaſtes; utcunq; DD. communiter in contrariam iverint ſententiam. Sed an cæcus poterit eſſe teſtis? Et licet h. §. omiſſus, tamen magis videtur non poſſe, per notata hic à Weſembecio, quod nec teſtatorem videre, nec ſignum recognoſcere poſſit, quo requiruntur *lib. 9. C. h. t. l. 1. quemadm. teſt. aper. fac. l. 15. §. cæcum. de poſtul.*

Improbos inteſtabileſq;] Deſcriptio † ab effectu eſt b in *l. cum Lege 26. h. t.* Secundũ quam inteſtabilis eſt, qui nec dicere poteſt teſtimonium nec teſtimoniũ ipſi dici, quod tamen per productionem quandã receptũ videtur. Et an igitur poterit iſti cui hæres? Quæſtio in eo eſt an dicatur hæredi quoq; perhiberi teſtimonium; quod ſi dicimus, juxta *d. l. 26* inteſtabilis hæres inſtitui non poterit; & cum profiteatur Juſtinianus in *§. ſed neq; 10 infr. h. t.* totum negotium agi hodie inter hæredem & teſtatorem, recte dicimus, hæredi quoque teſtimonium perhiberi; An hoc accipimus ſtrictius, & teſtimoniũ perhiberi ei magis proprie dicimus, qui negotium ipſe agit & teſtes advocat: cum hæres ſæpe quod agatur, & ſe inſtitutum ignoret. Et ſane in *l. is cui. 18. h. t.* inteſtabilis dicitur, qui nec poteſt facere teſtamentum, nec ad illud adhiberi; neque omiſiſſet JCtus. ſi neq; hæredem inſtitui poſſe putaſſet: & aliquid facit, quod omnes hoc §. enumerat hæredes

redes inſtitui poſſunt; ut neque ab his excipiendus videatur inteſtabilis; qui alias non ſatis recte referretur inter exceptiones iſtius regulæ in *princ.* §. & quæ eſt de iis, qui hæredes inſtitui poſſunt. Et tamen Friderici nova ſanctio in *authentic. credentes. Codic. de hæretic.* ita explicat inteſtabilem, qui nec teſtandi habeat licentiam, nec ad hæreditatis ſucceſſionem accedat; aut an forte illud reſtringimus ad hæreticum, nec enim neceſſe eſt omnes inteſtabiles unam habere naturam & conditionem. Convenit tamen cum d. auth. conſtitutio Theod. in *l. 3. Cod. de apoſtat.* ubi diſponitur, ut hi ſint inteſtabiles; quippe quibus hæc tria interdicuntur, ut nec perhibere teſtimonium, nec teſtamentum facere poſſint, nec ulli ſuccedere in hæreditate. Facit etiam quod in *l. Imperialis 23. ſed & 3. Cod. de nupt.* mulieribus ſcenicis poſt Imp. reſcriptum permittitur, ut & teſtamentum poſſint facere, & aliis ſuccedere; quod negatum utrumque illis ante videtur. & habitas iſtas fœminas pro inteſtabilibus, probabile eſt. Ita & conſtitutione Theodoſii in *l. 44. Cod. de his, qui ſup. rebus.* hæretici jubentur eſſe inteſtabiles. Ex SC. damnatus ob errorem famoſum *d. l. 18. § 1. h. t. l. Lex Corn. 5. § ſi quis 9. de injur.* ubi hoc legi tribuitur; & ſæpe concurrunt circa idem Lex & SC. Aliam ſpeciem ex L. 12. tabul. refert *Gel. 5. cap. 13.* ſed corruptis verbis Leg. 12. tabb. quæ felicius quam Cujacius hic, reſtituit *Marcillius ad cap. 5. L. 12 tabularum Qui ſe ſiert conteſtarier, libripens ve fuerit, ni teſtimonium fariatur, improbus inteſtabiliſque eſto.* Præcipuæ nimirum perſonæ in actu mancipationis erant, libripens & anteſtatus, qui dicebatur teſtis per aurem tractus; proinde hi ad teſtimonium actori perhibendum, vel præcipue obſtringebantur, & adeo ſi poſtmodum teſtimonium ferre nolint, peſſima fide agere credebantur, de quo inteſtabilium genere agit Theophil. licet *Harmenop lib. 1. tit. 6. §. 59.* prohibetur, inquit in teſtamento teſtis is eſſe, qui cum ſe teſtamento alicujus ſubſcripſerit, (eſt quiddam ſimile genus, ſed non idem, ſublata veteri mancipandi ratione) poſtea teſtimonium ferre recuſat, qui in alio teſtamento prohibetur ferre teſtimonium, ſed & teſtari, & alio teſtamento capere. Ex quo iterum confirmatur eorum opinio, qui inteſtabilem negant hæredem poſſe inſtitui, & confirmatur quoque autoritate Theophili, ita deſcribentis inteſtabilem: οὐκ ἔξεστι οἱ νόμοι λαβεῖν, ὡς ἀπὸ τῆς διαθήκης, οὐδὲ διδόασιν αὐτῷ τοῦ διαθέσθαι παῤῥησίαν, οὐδὲ συγχωροῦσιν αὐτῷ μαρτυρεῖν ἐν τῷ διαθ. ubi vides omnia illa tria. Extat id verbum apud Horat.

——— Uter ædilis fuerit vel
Veſtrum prætor is inteſtabilis & ſacer eſto.

Errat autem Viglius. qui fere eundem putat fuiſſe inteſtabilem & ſacrum; hic enim impune occidi poterat minime vero ille. Si itaq; inteſtabilis nec poteſt inſt tui hæres, non poterit referri inter exceptiones; & adeo forte probabilis erit ſententia Joh Fab qui ait nullam eſſe exceptionem, ſed additionem diverſorum caſuum.

Sed cum aliquis] Teſtium habilitas eſt, vel vera vel putativa, ꝫ ſi quis revera inhabilis cõmuni opinione pro habili habeatur, quæ habilitas illi æquipollet, nõ ex ſe, ſed ex benignitate & conſtitut one Imp *h. §. l. 1. C. eod.* citra quã ſi fuiſſet, teſtamentũ tamen irritũ fuiſſet, idq; aperte hic § docet, quod liberalitate Impp. ſubventum teſtamento huic fuerit: & proinde ineptum eſt, quod hic Interpp. notant, cõmunem errorem ejus facere, neq; n. error iſte & communis hominum opinio ſatis fuiſſet, niſi vitiũ conſtitutione Impp. fuiſſet ſublatum, & pro nullo habitum. Conſtitutio tamen Hadriani quæ extat in *l. 1. C. h. t.* non videtur ſatis ad hãc rem eſſe, ſi qui habitus fuerit pro libero ante apertas tabulas in ſervitutẽ evictus, aut ſaltẽ ei fuerit cõtroverſia mota, hoc enim proponit Hadrianus, hucuſq; cõtroverſiam non fuiſſe motam ſuper ſtatu. Et nimirum ſolum hoc dicit Hadrianus, ſi qui pro libero habeatur etiam num, non audiri eum, qui ubi quæritur de apertendis tabulis, quæſtionem movet, an aliquis teſtium liber an ſervus fuerit. Sed ſane patet eam conſtitutionem plenius acceptam, & aperte hic § oſtendit, ſat eſſe, ſi quis liber habeatur tempore teſtamẽti faciendi, nec quod poſtea accidit, invalidum facere teſtamentum; & in genere reſpondent JCti, teſtamenti facti tempus inſpici, & quo teſtes ſignarunt, ubi de cõditione eorũ quæritur, an habiles ſint nec ne, nec nocere, ſi quid iis poſtea contigerit; *l. ad teſtium 22 §. 1. h. t.* quamvis ille locus facile ita explicari poſſit, ut non noceat aliquod vitium poſtea de novo ſupervenſſe, veluti ſi quis poſtmodum ſervus, aut prodigus fiat: Secus autem, ſi tempore teſtamenti vitium occultum revera ſubſit; Sed ut dixi, non patitur hic §. cavillationem, & oſtendit quod ſufficiat, ſi teſtamenti facti tempore ſervus liber habitus fuerit; & forte reſponderit ita Hadrianus, quod accidiſſet ita de facto; non quod omnino conſtitutionem ſuam ad eum caſum reſtringere voluerit

aut

aut forte poſt, per Severi & Antonini conſtitutionem juri priori aliquid additum, & conſtitutio Hadriani ſuppleta & producta fuit.

Quod autem de ſervis fuit reſcriptum, ad alios caſus, quorum ratio eadem eſt, non male produxunt Doctores, quid enim ſi quis impubes habitus pro pubere fuerit, ſi fœmina viriles induta veſtes, pro maſculo, ſi prodigus pro ſano? Eadem æquitas & ratio ſuadet, ut teſtamentum ſuſtineatur quod ſummo jure inutile videbatur. Neque quod ad illud de ſervo attinet, obſtabit, quod ſervus interim declaratus non poſſit recognoſcere ſigillum. Neque eo confugiendum erit, cum Dd. ut pro cautela inſtrumentum per Notarium ſuper teſtamento conficiatur; quo facto nõ ſit opus interrogari rurſus teſtes; quæ obſervatio procul dubio olim fuit incognita. Dicam potius ex quo ſuccurſum eſt teſtamento per conſtitutiones, ne hę effectu careant, poſſe de facto ſervum recognoſcere Sigillum, quod impreſſit, cum pro libero habebatur; ut fictione juris tẽpora conjungantur, aut cum Viglio dicam, non ob id corruere teſtamentũ, ſi omnes non poſſint agnoſcere ſua ſigilla, quid enim ſi unus aut etiam plures mortui ſint? Et docet *l. ſancimus* 20. *C. h. tit.* quod nec lapſu decennii teſtamentum ruat: intra quod ſpatium plures teſtes utiq; mori facile poſſunt: quod contra opinionem communem latius defendit hic Viglius, ubi etiam reſpondet ad *l. 4. & ſeqq. quemad. teſtam. aper.* nimirum recte id fieri, ut ſignatores convocentur ad agnoſcenda ſigilla certioris probationis gratia: non autem eſſe iſtud præciſe neceſſarium, & ut præſertim adſint omnes, & qui per naturam adeſſe non poſſunt: ceteroquin ob alios quoq; caſus, quæ accidere poſſunt, veluti ſi unus teſtis, cæcus, ſurdus aut mutus, aut furioſus effectus fuerit, nimis facile & pleraque convellerentur ultimæ voluntates. Et utcunque admittamus, publicari teſtamẽta ſolita ideo fuiſſe, ut quamprimum teſtes interrogati poſſent (& tamen potius hac de cauſa factum id contẽdit Viglius, ut actis publicis inſinuatio fieret,) tamen non protinus hinc poteſt effici, quod uno forte ex teſtibus ante defuncto, nullum plane fuerit teſtamẽtum & irritum: quam opinionem Viglii Mynſinger probat, quin & eam proponunt Joh. de Plat. & Joh. Fab. hic, ut adeo verũ non videatur, quod Viglii opinio ſit παράδοξον, ut ipſe eam appellat. Recte autem idem Fab. ait hoc procedere in teſtamento, in quo plures adhibentur teſtes, ſecus in iis actibus, qui duobus teſtibus contẽti ſunt. An autem conſtitutio hujus §. etiam procedit in teſtamento nuncupativo? Magis negandum putat Viglius: Sed affirmat Joh. Faber, pro quo facit ratio hujus §. Addo Angelum plenius diſtinguentem *h. §. n. 2. 3 & 4.*

Catonio Vero.] In aliis & vulg. habetur *Catoni*: alii tantum habent *Catonio*, ut & fere exemplaria in *l. 1. C. h. t.* ubi tamen Goth. edidit, *Catonio Vero*, quod & Theoph. hic expreſſit.

Ex ſua liberalitate.] Theoph. ἐκ οἰκείας φιλοτιμίας. Quidam codd. habent *libertate*, inepte: quamvis hoc explicet ita Accur. & referat ad privativam libertatem ſervi. Inepte & hoc nomine à veteribus Interpp. reprehenſus recte.

Omnium conſenſu.] Civiliter hoc accipiendum: nec enim præciſe neceſſum eſt, omnes conſentire; ſed ſufficit communiter & à majore parte populi pro tali haberi, quæ communiſſima omniũ ſententia eſt. arg. ſimilium caſuum, ut in *l. 3. in pr. ad SC. Maced. l. 3. §. 2. de teſtib.* ibi *conſentiens fama*. Putat tamen Faber vitiati teſtamentum, ſi teſtator vitium ſciverit; quippe qui ſibi imputare debeat, quod talẽ teſtem advocari curaverit: & ob id indignus, cujus voluntati ſubveniatur, & amplius probabilis eſt ſententia *Aug. in ſi h. §.* ſi teſtator ſaltem ſcierit quoſdã dubitare de teſtis perſona, vitiati teſtamentum, quia debuiſſet curare ut idoneus alius advocaretur, unus autem vel alter teſtis ſi ſciat, & nullã tum controverſiam moveat, nihil id nocere magis putat idem Faber, qui & hoc amplius addit, procedere hujus §. diſpoſitionem, ſi unus vel alter teſtium hujuſmodi vitio laboret: ſecus ſi laborent omnes: dixerim nec valere ſi laborent ſex, ut reliqui ſaltem duo ſint habiles omnimodo: & facit, quod ſingulari numero utitur Juſtinian. in p. *§. ſed cum aliquis.* Plura addere non libet, & nimis hic diffunditur Joh. Fab. & tractat materiam *l. Barb. de offic. præt.* & nimis late extendit, quod *h. §.* & *d. l. Barb.* 3. traditur. Et teſtamento hic ſpecialiter ſuccurritur, & in *d. l. 3.* hic inſuper concurrit, quod ſervus qui fuit prætor, creatus ab ipſo populo, habuit titulum: itaq; ſi citra ullam legitimam titulo tenus creationem ſe quis gerat, v. c. pro Notario, licet pro tali habeatur vulgo, vix puto, quæ geſſit, habitura vim & momentum.

TEXTUS.

7. Pater, nec non is qui in poteſtate ejus eſt, item duo fratres, qui in ejuſdem patris pote-

teſtate ſunt, utique teſtes in uno teſtamento fieri poſſunt: quia nihil nocet, ex una domo plures teſtes negotio alieno adhiberi.

Commentarius.

Ratio dub. eſſe poterit, quod duo vel plures in una familia, poſſint videri conſpiraturi in unam ſententiam, in præjudicium veritatis. Sed nemo erat ita malus eſt, & alieno negotio adhiberi eos proponimus, & in quo non agitur de eorum commodo: & ſi indulgere liceat ſuſpicionibus corruptionis, ab his nemo immunis erit. Idem reſponſum eſt *in l. ad teſtium 22 in princ. h. t. & in l. pater 17. de teſtib.* ex quo loco apparet, id non eſſe ſpeciale in teſtamento, ſed idem in aliis negotiis obſervari. Quin autem filiusfamilias poſſit eſſe teſtis, non eſt dubitandum, cum teſtimonium publica autoritate magiſtratus denuntietur, & proinde impedire hoc patria poteſtas non poſſit: arg. ejus, quod paſſim eſt receptum, filiumfamilias in publicis cauſis pro patrefamil. haberi *l. in privatis cum l. ſeq. de judic. l. ult. D. de his qui ſunt ſui jur.* Et fictio, quod pater & filius una habeantur perſona, alio, & fere ad jus acquiſitionis pertinet, fruſtra autem huc adducitur.

TEXTUS.

8. In teſtibus autem non debet eſſe is qui in poteſtate teſtatoris eſt, ſed ſi filiusfam. de caſtrenſi peculio poſt miſſionem faciat teſtamentum, nec pater ejus recte adhibetur teſtis, nec is qui in poteſtate ejuſdem patris eſt: reprobatum eſt enim ea in re domeſticum teſtimonium.

Commentarius.

1 *Filius emancipatus an poſſit eſſe teſtis patri teſtanti.*
2 *An pater recte teſtis in filii teſtamento.*

Diximus ſup. *ad §. teſtes*, inhabilitatis teſtium cauſam eſſe vel communem vel ſpecialem. Illa eſt propter quam ſimpliciter ubique in teſtamentis omnium teſtes eſſe prohibentur: hæc autem à quibuſdam tantum teſtamentis excluditur, & eſt duplex alia à jure poteſtatis, de qua h. §. altera à lucro & commodo, quod quis ex teſtamento conſecutur eſt, de quo *in §. ſeq.* Jus rurſus poteſtatis impedit teſtimonii perhibitionem, ut ita, dicam, †1 paſſive & active, juxta hunc §. ut nec filius, in patris, nec pater in filii teſtamento, poſſint fungi teſtium officio. De priori ita hic affirmat Juſtinianus in teſtibus non debere eſſe, qui eſt in poteſtate teſtatoris. Et igitur loquitur de ſuo, qui aut eſt inſtitutus, & juxta §. ſeq. propria ratione heres eſſe non poteſt, aut eſt præteritus, & teſtamentum ipſo jure nullum eſt, aut eſt exheredatus, & hic nihil videtur obſtare, quo minus recte ſit teſtis, cum etiam filiusfam. ſua manu ſe exheredem ſcribere poſſit ſalvo teſtamento; *l. non putavit 8. §. 6. de bon. cont. tabb.* Sed nimirum ponamus teſtamentum eſſe clauſum, nec cuiquam conſtare quid eo contineatur; & in his terminis iſta quæſtio formanda eſt, & nihil videtur obſtare niſi jus poteſtatis, quod fictione quadam inducit unitatem inter patrem & filium, quod hic & Viglius notat, cui accedit, quod is nullibi poteſt eſſe idoneus teſtis, cui imperari poteſt *l. idonei 6. de teſtib.* Quid igitur, ſi filius ſit emancipatus? Et magis putarim eum teſtem eſſe poſſe: quoniam non conſideramus quod ille jus vel quam actionem aut remedium forte habeat contra teſtamentum patris, ſed quærimus an perſona ſit habilis, ut ne propter eam teſtamentum ſit nullum, & aperto id demum teſtamento apparet, an rite ſit teſtatus pater quo ad alia, quæ ad teſtium adhibitionem non pertinent, & hic attenditur jus civile, quo emancipatus nullum jus ſuccedendi habet, quod nec hodie in caſu teſtati mutatũ eſſe, oſtendam *in §. ſed hæc 5 infra de exhered. lib.* Sed & ut maxime hic aliquid mutatum eſſet, attamen quæ jam dixi, oſtendunt, inde minime inferri poſſe, ad negandum hoc filio emancipato, & inferendum, quod teſtis eſſe non poſſit: Nec ſine cauſa hic nominatim adjeciſſe videtur Juſt. *qui in poteſtate.* & idem JCtus *in l. qui teſt 20. in fin. pr. h. t.* & in *§. ſeq.* aliquoties fit mentio heredis, & qui ei per poteſtatem conjuncti ſunt. Accedit, quod nuſquã legimus prohibitum, fratrem in teſtamento fratris teſtem eſſe poſſe, ſi alter emancipatus ſit; eadem autem ratio eſt fratris qui eſt in ejuſdem poteſtate, quæ & patris, ut docet *hic §. & d. l. 20. §. per contrarium 2. eod.* Tanto minus dubitandum eſt, quod filius poſſit eſſe teſtis in teſtamento matris, & vice verſa. Nec obſtat *l. parentem 6. Cod. de teſtib.* non quod ibi agatur de filio in poteſtate, non etiam quod de teſtimonio contra parentem ferẽdo, ſed quod ille locus pertinet ad cauſas judiciales,

in quibus agitur de lucro pecuniario & intereſſe patris, quod facit ſuſpectum teſtimonium filii pro patre, quandoquidem emancipatio amorem & affectum naturalem minime tollit, quæ ratio ceſſat in teſtamentis: neque enim hic quidquam adquiritur teſtatori, ſed hoc tantum agitur, ut diſpoſitio ejus valida ſit, cum etiam exitu & effectu inſpecto teſtimonium potius heredi perhiberi videatur. Et ut recte Viglius, ad teſtamenta ſignanda fere amici adhiberi ſolent: cum alias in foro amici teſtimonium ſit ſuſpectum *l. 3. in princ. de teſtib.* ut vitioſe hinc ad teſtamenta argumentum ducatur. Ex his apparet nec eſſe dubitandum, quin nulla hic ſit prohibitio, à paternitate quæ dicitur ſpiritualis, ob ſuſceptionem ex ſacro fonte: multo minus ob id, quod præceptor fuit: quem ut Juven. ait,

——— *Sancti voluere parentis*

Eſſe loco.

2 *Sed ſi filiusfam.*] Fuit prima † quæſtio, an filius poſſit eſſe teſtis in teſtamento patris. Sequitur altera, an pater in teſtamento filii, quo ſcilicet caſu teſtari poteſt, & nimirum de caſtrenſi peculio, de qua re pluribus agemus *tit. 12.* Et aut teſtatur filiusfam. jure communi, aut jure privilegiato militari: Illo caſu pater eſſe non poteſt teſtis h. §. qui agit nominatim de milite teſtamentum faciente poſt miſſionem, qui jure militari teſtari non poteſt, ut docet *tit ſeq.* Hoc poterit pater eſſe teſtis, de quo caſu omnimodo accipiendus eſt textus *in l. 20. §. h. tit.* & utique recte ita accipi poteſt, cum indefinite loquatur, & perſpicue ineptus eſt Hotiomannus qui iſta loca inter ſe conciliari poſſe negat, & perſpicue falſum eſt, quod ait, non niſi in dimiſſis & veteranis caſtrenſe peculium appellari. Utique enim filiumfam. militantem & adhuc in expeditione & numeris degentem teſtamentum tanto magis condere poſſe, quam dimiſſum, certiſſimum eſt, at non poterit teſtari niſi de caſtrenſi peculio. Porro priori illi caſui qui hoc §. opponitur non obſtat, quod filiusfam. in caſtrenſi peculio pro patrefam. habeatur: atqui emancipati, qui paterfam. eſt, teſtamento pater teſtis eſſe poterit, ſiquidem plus eſt quod emancipatus recte teſtis eſt in teſtamento patris, ut paulo ante probavimus.

Etenim aliud eſt vere eſſe patremfamil. & quo ad omnia; aliud ſecundum quid pro patrefamil. haberi: Extra diſpoſitionem de caſtrenſi peculio, quo ad reliqua miles pro patrefam. non habetur, & privilegia plurima conceſſa diſpoſitioni caſtrenſi & in expeditione fuerunt, ut nec patriæ poteſtatis ratio haberetur. In aliis omnibus, ut dixi, ſecus eſt. Et hoc eſt, quod ait mox Juſtin. reprobatum in ea re eſſe domeſticum teſtimonium, ut ſignificet, eum qui communi jure teſtatur, haberi hactenus pro domeſtico, ut non poſſit pater eſſe teſtis. Ait Juſtin.

In ea re.] Scilicet in teſtamenti factione. Et an igitur in ceteris cauſis & in judicialibus non erit reprobatum? imo vero magis, ut prædiximus. Et hæc eſt ſententia Juſtin. licet hic non conſideretur intereſſe pecuniarium, ſicut in cauſis forenſibus, tamen prohiberi hic teſtamentum, ſaltem propter jus poteſtatis, & quaſi unitatem perſonarum, idque rectiſſime expreſſit hic Theophil. τὸν, Inquit, οἰκειακὸν μαρτυρεῖν οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνότητος τῆς ὑπεξουσιότητος λαμβάνει ὀρθῶς. Scilicet in hac materia. Et nimirum ut teſtium omnium domeſticorum hic ſtrictius uſurpetur, quam in cauſis judicialibus in quibus omnes illi teſtes domeſtici dicuntur, qui ita conjuncti ſunt v. c. reo, ut in ejus gratiam aliquid dicturi videantur, vel non dicturi. Et hinc *Duar. 1. diſp. 28.* domeſticorum appellatione comprehendit omnes, qui ſunt ex agnatione. Quod tamen non facile admiſerim. Et ex alio fundamento quam domeſticitatis proxime conjunctorum teſtimonium reprobari poteſt, & tamen nec plane improbatur, ſed ob conjunctionem fides aliqua imminuitur. Nec rurſus, ut alii, domeſticitas in materia judiciorum, poteſtatis ſolius jure æſtimanda & ita reſtringenda eſt, quippe cum libertos & mercenarios (quibus aliqua imperari poteſt, & qui in una domo morari ſolent) domeſticorum appellatione contineri probant *l. perſpiciendum 11. § 1 de pœn. l. ſi libertus 89. de furt.* de qua re alibi plenius tractatur.

TEXTUS.

9. Sed neque heres ſcriptus, neque is qui in poteſtate ejus eſt, neq; pater ejus qui eũ habet in poteſtate, neq; fratres, qui in ejuſdẽ patris poteſtate ſunt, teſtes adhiberi poſſunt: quia negotiũ hoc totũ, quod agitur teſtamenti ordinandi gratia creditur hodie inter teſtatorem & heredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ

empto-

emptorem, & qui per poteſtatem ei conjuncti fuerant, à teſtamentariis teſtimoniis repellebant: hæredi autem & iis, qui per poteſtatem ei conjuncti fuerant, concedebant teſtimonia in teſtamentis præſtare, licet ii qui id permittebant, minime hoc jure eos abuti debere ſuadebant: tamen nos corrigentes eandem obſervationẽ, & quod ab illis ſuaſum eſt in Legis neceſſitatẽ transferentes, ad imitationẽ priſtini familiæ emptoris, merito nec heredi, qui imaginem vetuſtiſſimi familiæ emptoris obtinet, neque aliis perſonis, quæ ei, ut dictum eſt, conjunctæ ſunt, licentiam concedimus, ſibi quodammodo teſtimonia præſtare: ideoq; nec ejuſmodi veteres conſtitutiones noſtro Codici inſcri permiſimus.

Commentarius.

1 *De veteri familiæ emtore.*
2 *Heres olim an teſtis.*

ALtera hæc eſt prohibitionis ſpecialis cauſa, à lucro, quod quis ex teſtamento ſperat, quod nimirũ in eo heres inſtitutus eſt. Deſiderat autem
1 hic §. accuratiorem † interpretationẽ, ut intelligatur ratio differentiæ, q̃ ex jure veteri inter emptorem familiæ & heredem hoc §. proponitur. Si emptionis finem & ſcopum ſpectamus, empta rei & quod emitur ad emptorem ſpectare, & ei tandem adquiri oportet. Idque ipſum in mancipatione familiæ, de qua hic & in § 1 *ſup. h. t.* ubi quis teſtabatur per æs & libram, obtinuiſſe initio conſequens eſt, ut videlicet emptor familiæ effectu poſt mortem teſtatoris bona ejus conſequeretur, idq; hoc ipſo §. Juſtinianus docet, dum ſe ibit, heredem hodie obtinere imaginem vetuſtiſſimi familiæ emptoris, id eſt, antiquitus ipſum familiæ emptorem revera heredem fuiſſe. Sed cum iſtud periculoſum viſum eſſet, vitæ teſtatoris, & aliis quoque de cauſis expediret, & præſertim declinandæ invidiæ & odio eorum, qui hereditati inhiabant, & proximi ab intestato erant, receptum fuit, ut palam quidem ſolemnitatis implendæ gratia adhiberetur emptor familiæ, ſed in tabulis etiam alius heres ſcriberetur, cui emptor familiæ, bona reſtituere cogeretur, contracta ſuper hoc fiducia: licet forte poſt obtinuerit, ut heres ſcriptus recta ſuccederet. Et hinc duo illa, quæ fuiſſe neceſſaria in teſtamẽto olim refert Ulpian. mancipationem familiæ & nuncupationem, ut quit tabulas teſtamẽti tenens, eo teſtetur, iſtam eſſe voluntatem ſuam: quæ alias à mancipatione omnino videbatur aliena. In hanc ſententiam Theophil. optime ad §. 1. h. tit. ἐπειδὴ ὁ φαμιλίαν ἐμπτωρ ἐν τῇ κληρονόμῳ, ... ἐπειδὴ ... [illegible] ... κληρονόμον. Hanc rationẽ non intellexit ſummus vir Plutarchus, qui *in lib. de ſeranum. vind.* ſentit, Romanos, alios relinquere heredes, & aliis vendere ſubſtantiam ſuam. Et ſubjungit, ὃ δοκεῖ παράλογον, quod videtur abſurdũ. Illud autem ſcrupulũ habet,
quod † Juſtin. ait, veteres interdicta teſtimonii dictione emptori familiæ, heredi tamen id conceſſiſſe, ſuaſiſſe tamen ne eo jure abuteretur. Etenim aut ignorabatur quis ſit heres, & non poterat illi ſuaderi, ut abſtineret à dictione teſtimonii: aut conſtabat de eo, & ſciebat quis, eſſe ſe heredem, (neq; enim neceſſe & de eſſentia teſtamenti erat, ignorari heredem) & abſurdum videtur, habitam majorem rationem ſubtilitatis fuiſſe, & imaginis quam veritatis: & agebatur enim tantum imaginariæ negotium inter teſtatorem & emptorem familiæ, commodum autem ad ſcriptum heredẽ reipſa pertinebat. Et contra facit, quod Ulp. ſimpliciter ait *in l. 20. h. t. in pr.* eum non poſſe eſſe teſtem, qui heres eſt inſtitutus: idq; non recte reſtringi ad teſtamentũ prætorium, ſed imo referendum quoque eſſe ad illud quod per libram & æs fiat, ſuadere videtur, quod in *tit. 20. de teſt.* ſcribit ipſe Ulp. ſua ætate, hoc per æs & libram teſtandi genus fere tantum fuiſſe in uſu: niſi quis putet, à Triboniano *d. l. 20. in pr. h. t.* interpolatam fuiſſe. Plane Cicero in orat. pro Milone ſcribit, ſe obſignaſſe teſtamentum Cyri, à quo heres ſcriptus fuerat. Quidquid ejus ſit, non magnopere iſta Juſtiniani conſtitutione fuit opus, ut ne in teſtamento teſtis ſit heres: ſiquidem illa veterum traditio, habuit tantum locum in teſtamento, quod fiebat per æs & libram: quod jam longe ante Juſtinianum in uſu eſſe deſiit. Inſigniter autem hic errat Accurſ. qui quod olim heres teſtis eſſe potuerit, refert ad teſtamenta, quæ calatis comitiis & in procinctu fiebant,

Neque heres, neq; ii.] Hoc ante monuimus, eandem rationem hactenus eſſe, patris & filii in poteſtate; itaque prohibito herede conſequenter, & pater ejus in cujus poteſtate eſt, & liberi in poteſtate, prohibiti cenſentur, unde & mox cum dixiſſet emptorem familiæ non potuiſſe eſſe teſtem, idem fuiſſe ait in conjunctis ei per poteſtatẽ, quod & rurſus ex jure veteri de herede, & ei per poteſtatem conjunctio repetit.

Creditur hodie.] Duplex ſententia eſt. 1. Quod poſtquam præter emptorem familiæ verus heres in tabulis ſcribi cepit, revera & effectu negotium inter teſtatorem & heredem actum fuerit: & quod propter ea non debuerit permitti heredi, ut teſtis eſſet in teſtamento: atque adeo id valebit ad improbandam veterum illam permiſſionem. 2. Quod ſublata veteri teſtandi ratione per æs & libram, negotium omnimodo agatur cum herede, cum antea imaginatie ageretur cum emptore familiæ. Quod magis videtur convenire ſententiæ Juſtiniani: ſed ita ut paulo ante monui, inſubtiliter de veterum permiſſione ſubjicitur, cui diſputationi poſt ſublatum teſtamentum per æs & libram, in teſtamento prætorio vel mixto non datur locus.

Familiæ emptorem repellebant.] Abſurdum enim fit, ipſum qui emit, & contrahit cum aliquo, teſtis officio fungi: utcunque igitur familiæ emptor, non eſſet verus emptor, tamen quia agebatur cum eo negotium in ſpeciem, teſtis ob id eſſe non poterat.

Heredi autem.] De hoc paulo ante diximus, & rationem dedimus.

Sibi quodammodo] Quia in rei veritate heres erat, ad quem bona pertinebant.

TEXTUS.

10. Legatariis autem & fideicommiſſariis, quia non juris ſucceſſores ſunt, & aliis perſonis eis conjunctis, non denegamus teſtimonium: imo in quadam noſtra cõſtitutione, ſpecialiter & hoc eis conceſſimus, & multo magis iis qui in eorum poteſtate ſunt, vel qui eos in poteſtate habent, hujuſmodi licentiam damus.

COMMENTARIUS.

1 *Legatarius an recte teſtis.*
2 *De ſententia l. 14. de reb. dub.*

DIXIMUS ante, ob lucrum, quod quis ex teſtamento ſperat, non poſſe eſſe teſtem: quæ ratio etiam repellere videtur legatarios & fideicommiſſarios. Equidem verum eſt, negotium agi inter teſtatorem & heredem, non cum legatariis, & hos non eſſe ſucceſſores juris neque legata ad eſſentiam teſtamenti quidquam pertinere, quæ à pleriſque, ad objectionem hanc removendam afferri ſolent, & ipſe imo Juſtinian. hoc loco. Sed plane ut alicui non ſit jus ferẽdi teſtimonii in cauſa propria, ſatis eſt titulo quoque ſingulari rem ad ipſum perveniſſe: & legatum utique donatio eſt, neque donatarius, ubi de facta donatione quæritur, idoneus eſſe poteſt teſtis. Et cum ruente teſtamento ſimul ruant legata, non poteſt negari quin legatarii ſimul de commodo ſuo teſtantur. Et adeo fatendum eſt, hoc ita receptum jure ſingulari fuiſſe h. §. ubi Juſtinian. ait ſe hoc *ſpecialiter* conceſſiſſe, & *l. diſtantibus 22. C. h. t.* idque non noviter per Zenonem conſtitutum, ſed jam ante obtinuiſſe, probat *l. qui teſtamento in princ. 20 h. t. & l. ſi quis 14. de reb. dub.* neque enim aliud ſunt ſignatores, quam teſtes, ut notant etiam *Forner. 2. ſelect. 12. Duar. & alii in l. Pamphilo 39. §. 1. de legat. 3.* Eſt autem *in d. l. 14.* obſcura ratio JCti, quia, inquit, ipſum teſtamentum confirmatur teſtibus adhibitis. An eo id pertinet, ut non videatur legatum incertis perſonis, his verbis, *illis, qui teſtamentum meum ſignaverint*, quod nimirum ſignando poſt certi fiant? An quod heres non debeat improbare hoc legatum, cum hoc debeat teſtibus, quod confirmato teſtamento, ipſe conſequitur hereditatem, ut legatariis poſtea cum eo agentibus improbe ſit recuſaturus legatum, cum ſi citra eos eſſet, non futurus fuiſſet heres: & improbe iis objecturus, quod teſtati ſint ſuper cauſa propria, cum ipſe per ipſorum teſtimonium ſit bona univerſa conſecutus. Quæ forte non inſubtilis ſit ratio iſtius juris, quod hoc §. proponitur. Nam ſive conſideremus facti teſtamenti tempus, ſive ejus aperti, teſtes tantum de voluntate defuncti, & facto ſuo deponunt: poſt autem cum legatum petunt, negotium ipſis eſt cum ſolo herede, qui ut dixi iis objiciat improbe, quod teſtimonium in ſua cauſa perhibuerint. Accedit, quod, ut ſupra diximus, fere amici ad ſignandũ ſolent adhiberi: nec errare videntur, qui putant hinc explicãdum, quod eſt *in d. l. 39. §. 1. de legat. 3. arceſſitu amicis*, quod eleganti Symmachi loco illuſtratur *lib. 1. Epiſt. 55.* (alias eſt 92.) ad Theodoſ. ubi legatum tale vocat tenuem honorem,

rem, quo ſubſcriptores ob amicitiam defunctus adſperſerat: Ceteroquin, inquit, ſi his LL. viveremus, (ut ſcilicet nihil legare liceret ſubſcriptoribus) inimicis ſignatoribus rutius uterem ur: & mox: quis non familiariſſimum quemque ſignandis adhibet, cum extrema conduntur. Neque dubium controverſum hoc jus fuiſſe colligi ex illa Epiſtola poteſt, cum objectionem illam appellet, inanem calumniam: & ſolum poſt humanam memoriam emerſiſſe dicat. Rationalem qui hoc ejus in dubium vocarit. Et adeo errat perſpicue Goth. ſcribens ad *d. l. dictantibus* 22. *C. h. t.* olim legatum teſtes accipere non potuiſſe ex Liboniano SCto, nullo autore; & magis errat, ſimul & imponit lectori, dum hoc improbiſſimum genus falſi *Plinio* 2. *epiſt. ult.* dici ait: cum imo contra probetur ex ipſo illo loco: Jam tum legari teſtibus potuiſſe: enimvero falſi genus improbum vocat Plinius, ſi quis artibus malis inducat teſtatorem ut ſibi aliquid leget. Neque vera ratio iſtius juris eſt, quam ibidem adducit Gothofredus, quod teſtes fere ignorent ſibi aliquid legatum eſſe: nam etiam heres ignorat ſæpe ſe inſtitutum eſſe, neque hæc adeo ratio poſſit defendere legatum teſtium, ſi non alia adeſſet. Quin hæc communis Interpp. *in d. l.* 22. *C h. t. & in h. §.* Viglius quoque & Hottoman. probant, & vera ſententia eſt, hoc quoque in teſtamento nuncupativo habere locum: idque modo dicta confirmant. Idque minus dubium habet, ſi teſtamentum nuncupativum in ſcripturam fuerit redactum per Notarium: quo deficiente ſane cum legatarii teſtes recta ferant teſtimonium de eo quod eſt ſibi relictum, non abs re eſt, quod movet Viglius perinde habendum, ne ſi ſibiipſis legatum adſcripſiſſent. Et tamen putat hoc non obſtante propter numerum ſeptem teſtium, cum in codicillis legata & fideicommiſſa relinquantur (in quibus quinque teſtes ſufficiunt) poſſe ſuſtineri & hic legatum. Et hoc quoque, nimirum tantus numerus teſtium, tot aliæ ſolemnitates, & favor ultimarum voluntatem inſuper hoc jus defendunt; non ſatis autem capio rationem, quam ex Lorioto adducit Mynſ. quod cum teſtis in teſtamento non ſit niſi voluntarius, ſi illi nihil legari poſſet, præſumeretur invitus.

Fideicommiſſarius.] Scilicet particularibus, qui recte cum legatariis conferuntur. Secus eſt in univerſalibus fideicommiſſariis, quibus cum univerſa hereditas ſit reſtituenda ex juſſu defuncti, & in eos ex SCto Trebell. omnia jura tranſeant, poſſunt ii videri, imo ſunt, juris ſucceſſores: & hoc uno ore omnes Interpp. hic notant.

Quia enim juris ſucceſſores ſunt.] Jus hic in ſpecie ſumitur, pro jure univerſo: Ceteroquin eſt & jus particulare, quod ſane legatarius habet: & videtur hoc dicere velle Juſtin. quod negotium agitur inter teſtatorem & heredem, non cum legatariis. Plane ſi loquamur ſubtilius, legatarii non ſunt ſucceſſores, quippe cum ex novo quaſi contractu per aditionē hereditatis legatariis obligetur heres. Et ita ut hic ſucceſſor juris accipitur pro herede *in l. 9. §. 1. de edendo.*

Quadam noſtra conſtitutione.] Quæ videlicet fuit in priori codice, poſt quem & ante ſecundum repetitæ prælectionis ſcriptæ fuerunt Inſtitutiones, in quibus non ſemel citantur conſtitutiones, quæ in poſteriori Codice fuerunt omiſſæ: & nihil agit Acc. dum intelligit conſtitutionem Græcam, aut *l. qui teſtamento* 20. *D h. t.* quæ ſit cōſtitutio Juſtin. per approbationem: nec enim unquam ita loquitur Juſtinianus & *l. dictantibus* 22. *C h t* Zenonis eſt, non Juſtiniani: quæ alias rectius poſſit hic intelligi.

Qui in eorum poteſtate ſunt.] Hæc enim, ut ex præmiſſis patet, ſemper ſe conſequuntur, ut ei qui teſtis eſſe poteſt vel non, ius quoque conjuncti per poteſtatem, vel poſſint eſſe vel non.

TEXTUS.

11. Nihil autem intereſt, teſtamentum in tabulis, an in chartis membraniſve, vel alia materia fiat. Sed & unum teſtamentum pluribus codicib conficere quis poteſt, ſecundum obtinentem tamen obſervationem omnibus factis: quod interdum etiam neceſſarium eſt: veluti ſi quis navigaturus & ſecum ferre, & domi relinquere judiciorum ſuorum conteſtationem velit, vel propter alias innumerabiles cauſas, quæ humanis neceſſitatib. imminent.

COMMENTARIUS.

Hic locus vix deſiderat interpretationem. Olim in tabulis ligneis, ſcriptas fere ultimas voluntates illud argumento eſt, quod bonorum poſſeſ-

 ſio con.

bationis gratia, non ob id definit eſſe teſtamentum nuncupativum, quod hic communiter Interpp. notant. Quin hod ereceptum eſt ut Notarius voluntatem teſtatoris in ſceda conſignatã teſtibus prælegat: & deinde teſtatorem roget, an hoc ita approbet; quo ſecuto perfectum cenſetur: quod tamen fortaſſis, non videtur convenire voluntati juris; quæ omnino requirit, ut ipſe teſtator omnia nuncupet, cum alias poſſit addere aliquid Notarius, quod non ſatis accurate advertat teſtator; præſertim ſi ægrotus teſtamentum tale condat; idq; & Vigl. hic putat; & eum nihil amplius teſtamentum deſideret, tam ea accuratius, quæ jus civile requirit, obſervanda ſunt. Tanto minus admittẽdum erit, ut ſine ſcheda interrogante ſaltem aliquo teſtamentum conficiatur quod tamen ſub certis requiſitis admittunt citati à Weſemb. hic, quos & ipſe ſequitur. Magis etiam communiter cenſent DD. valere teſtamentũ, ſi quis dicat coram ſeptem teſtib. velle valere talem ſcripturam, quia apud Titium v. c. depoſuit. Quod ego minime admiſerim eum talis ſcedula poſſit facile falſari & corrumpi; Eeuciq; hoc teſtamentum non eſt ſcriptũ, cum ſcheda nullas habeat ſolemnitates, nec nuncupativum: quoniam hic teſtatorẽ palam hæredes & cetera nuncupare oportet l. hæredes 21. in pr. h. t. v. omnino Interp. in l. jubemus 26. C h. t. Illud obiter ad idem m. aliter hic & in *leg hac conſult.* 21. §. 1. *C. eod. & in l.* 21. *D eod.* uſurpari verbum nuncupationis, pro expreſſione ore tenus facta, & hæredis & legatariorum; aliter vero ab *Ulp. l.* 20 *de teſtam. §. in teſtamento* 8. ſcil. pro generali teſtatione in teſtamento ſcripto; dum teſtator tabulas teſtamenti tenens coram teſtibus iſtam ſuam voluntatem ultimam eſſe conteſtatur.

Iure civili.] Quoniam teſtamentum prætorium omnino ſigna requirit.

AD TITULUM XI. LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE MILITARI TESTAmento.

TEXTUS.

1. Supra dicta diligens obſervatio in ordinandis teſtamentis, militibus propter nimiam imperitiam eorum conſtitutionibus principalib. remiſſa eſt. Nam quamvis ii neque legitimum numerum teſtium adhibuerint, neque aliam ſolemnitatem teſtamentorum obſervaverint, recte nihilominus teſtantur: videlicet, cum in expeditionibus occupati ſunt: quod merito noſtra conſtitutio introduxit: quoquo enim modo voluntas ejus ſuprema inveniatur: ſive ſcripta ſive ſine ſcriptura, teſtamentum valet ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quæ citra neceſſitatem expeditionum in aliis locis vel ſuis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur: Sed teſtari quidem etſi filiif. ſint propter militiã conceduntur jure tamen communi, obſervatione eadem adhibenda, quam in teſtamentis paganorum proxime expoſuimus.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa hujus privilegii.*
2 *Qui dicantur pagani & unde.*

HActenus de teſtamento paganico (pagani unde ita appellati ad fin. hujus §. dicimus) ſequitur de militari, quod ita dicitur à privilegio quod militibus indultum eſt: Ceteroquin poteſt miles ſi velit utique jure communi teſtari. Militare itaque eſt, in quo non obſervandæ ſunt ſolempnitates tit. præced. ut in pr. hujus textus ait Juſtinianus, & quænam iſtæ ſint ſolemnitates remiſſæ, ex ſeqq. hujus tit. apparebit. Reddit inprimis † cau- 1
ſam hujus privilegii, cur milites ſine ſolemnibus teſtari poſſint: Nimiam eorum imperitiam: milites enim arma tractare, jura ſcire non tenentur. Non diſſimiliter in *leg* 3. *Cod. h. t.* cauſa iſtius rei tribuitur ſimplicitati militũ, ſicut & in *leg.* 1. *in pr. D. eodem.* ibi, *ſimplicitati eorum conſulendum exiſtimavi,* fac. *l ult. in princ. Cod. de iur. delib.* ubi Imp. ait, arma magis quam jura milites ſcire debere. Quod tamen hæc ratio adæquata & ſola non ſit, hine probatur, & 1. quod cum omnes fere Romani cives ſtipendia facerent, ſæpe accidiſſe oportuit, ut etiam periti juris ſtipendia mererent; omnibus au-

tem

de quibuſdam ἐν ἰδιωτῶν χάραγι, quod Politianu interpretatus eſt, habitu paganorum; & hoc ſenſu dicimus teſtamentum paganum, quod fit a non militantibus. & pagani, qui non militant: quomodo Juſtin. in fi. hujus text. vocat teſtamenta paganorū. & ita oppoſitio militis & pagani in l. quadam 14 c. pan l. ult ad L. Falc. & hoc ſenſu bona tu paganico l. 1. C. h. t. & l. idemque 9. §. 1. h. t. itidem paganus militi opponitur, l. ſi certarum 17 §. 2 h. t. l. filiusf. 26. in pr. de li. & p. ſth. Sed quæritur appellationis ratio. Forte facit aliquid ad rē, quod ſcribit Sigon. li. 2. de iure civ Rom c 7. inf ex Dion. Halic li 4. Quod Rex Rō Tullius plebem Romanam diviſerit in pagos plebē ſcil. viliorem, & quæ à militia fere immunis, in qua & ex qua legebantur & erant, ſcribæ, apparitores, negotiatores, opifices, &c. ut id notat Sigon d. loco; quo forte referendum erit, quod Quintus Frater, de petitione conſulatus, meminit collegii omnium pagorum; & Cicero pro domo; nullum collegiū eſt in hac urbe, nulli pagani. Hæc ita fuerit prima ratio nominis, ut eſſent contempti, qui pagani dicebantur, quandoquidem ſcientia & exercitatio militaris apud Romanos in maximo ſemper fuit honore. Poſtea temporis progreſſu factum oportuit, ut omnes non actu militantes pagani dicerentur. Facit pro iſta notatione, quod apud Tacitum hiſt. lib. 3. Anton. Primus dux Veſpaſianarum partium, ad quas defecerant Prætoriani, dum acerrime pugnat cum Vitellianis, & ſuos adhortatur, quaſi increpans prætorianos eos ignominiæ cauſa paganos appellare videtur. Mox (ſunt verba Taciti de Antonio) infenſus prætorianis, vos, inquit, niſi vinceris pagani, &c. quoniam prætoriani in urbe excubabant, quibus ideo ignaviam exprobare videtur: cum adeo tam antiqua iſta appellatio ſit, errat Weſem. qui hanc reddit appellationis rationem, quod poſt receptum, ut qui agros colerent, quaſi adſcripta glebæ militare non poſſent. At vero (ut & addamus iſtud) cur poſtea, qui adhuc Deos colebant, pagani appellati, ut in tit. Cod. Juſtin. & Theod. de pagan. & paſſim apud alios autores. Apud Prud. Romanus ita affatur præfectum. Non erubeſcis ſtulte, pago dedite: & mox ibidem. Agnoſcis illum quem loquor miſerrime pagane. An ideo, quod diverſa pro diverſitate pagorum colerent ſacra, ut putat doctiſſimus vir Iacob Gothofr. in l. 13. d. t. Co. Theod. de pagan. An ideo, quod Chriſtiani quaſi per opprobrium tāquam rudes & agreſtes ita appellarint Deorum cultores? An magis forte placet, quod magnus ille annalium Eccleſiaſticorum ſcriptor Cæſ. Baron. refert ſub anno Chriſti 351. Num 16. ideo ſic appellatos, quod Conſtantius ex autoritate, & ex numero militum delere ſolitus fuerit eos, qui non eſſent Chriſtiani, quod hominum impiorum opera uti nollet. Idque eò magis arridet, quod ita communis eſt ratio appellationis utrobiq;, ſiquidem olim non militantes pagani dicebantur. Retractò hic rationem, quam olim ad Treutl. dedi, cur Gentiles dicti fuerint; & veriſſima n. ejus appellationis ratio eſt ex Apoſtolo, qui Judæos gentibus opponit, quam differentiam Chriſtus ſuſtulit. Sed iſta velut ἐν παρέργῳ.

TEXTUS.

2. Plane de teſtamentis militum Divus Trajan. Catilio Severo ita reſcripſit. Id privilegium, quod militantibus datum eſt, ut quoquo modo ab his facta teſtamēta, rata ſint: ſic intelligi debet, ut utique debeat prius conſtare teſtamentum eſſe factum: quod & ſine ſcriptura & à non militantibus quoque fieri poteſt. Si ergo miles de cujus bonis apud te quæritur, ad hoc convocatis hominibus, ut voluntatem ſuam teſtaretur, ita locutus eſt, ut declararet, quem vellet ſibi hæredem eſſe, & cui libertatē tribueret, poteſt videri ſine ſcripto hoc modo eſſe teſtatus, & voluntas ejus rata habenda eſt. Ceterum ſi, ut plerūq; ſermonibus fieri ſolet, dixit alicui: Ego te hæredē facio, aut mea bona tibi relinquo, quo, non oportet hoc pro teſtamento obſervari. Nec ullorum intereſt magis, quam ipſorum, quib. id privilegium datum eſt, ejuſmodi exemplum non admitti: alioqui non difficulter poſt mortem alicujus militis teſtes exſiſterent, qui affirmarent ſe audiſſe dicentem aliquem, relinquere ſe bona cui viſum ſit, & per hoc vera judicia ſubverterentur.

COMMENTARIUS.

Extat hoc reſcriptum in l. Divus 14. h. t. ubi legitur, Statilio Severo. & apud Theoph. & tamen apud Plin. 1. Epiſt. 22. eſt Catilius Severus; Nimi-

piendum, ſi ſignis poſſit colligi ejus voluntas, quæ ſigna fortaſſis conjuncti & qui cum ipſo vixerunt, intelligere & explicare poſſint. Sed primo recte notat Vigl. hic fieri non poſſe, ut ſurdus & mutus legatur in militiam, qui nec ſigna audire, nec jura meorum præſtare, nec teſſeram accipere & reddere poteſt: & ſi miles in hanc calamitatem incidat, dimittitur *l. 4. h. t.* ideoque & Theoph. notat oportere fingi, eum nec dum ex hac cauſa dimiſſum: militem enim talem eſſe non poſſe. Itaque hoc initio falſum eſt, quod Dd. hinc notant [illegible] ſurdum & mutum poſſe eſſe militem. Nec minus falſum & abſurdum eſt, quod talis poſſit facere teſtamentum: & illud de ſignis, commentitium plane eſt, cujuſmodi ſigna quæ certam ejus voluntatem oſtendant, ab hujuſmodi homine expectare inſanum eſt, neq; poſſit hoc permitti omni aut alteri, ut hac in re de ejuſmodi ſignis in ſe incertis, imo nullis plane judicium ferat. Quæ cũ intelligeret Jaſon, in addit. ad Porcium, intellexit hunc locum de eo qui ex accidenti ſurdus & mutus, forte ex vulnere in militia accepto factus eſt: & quia ex *d. l. 10. C. qui teſtam. fac. poſſ.* etiam paganus ex accidẽte ſurdus & mutus teſtari poteſt, ſi ſcribere poſſit, accepit hunc locum de eo qui ſcribere non poteſt, & qui per notas aut ſigna heredem ſibi facere poſſit. Sed plane qui ſcribere nequit, ille nec notas ad iſtam rem habiles poterit exprimere: & ut per ſigna condatur teſtamentum, nuſquam admiſſum eſt, nec admitti poteſt. Ita enim valere militis voluntatem voluit Trajanus, ſi prius hanc ejus voluntatem eſſe conſtet. Qua de cauſa Vigl. hic primo putat, non proponi privilegium à qualitate perſonæ, ſed tantum hoc velle Juſtinianum, quod miles etſi ſurdus & mutus ſit, ſcil. mutus tantum vel ſurdus tantum, ita ut vel ſcribere poſſit, teſtamentum queat facere jure quoque militari, ubi hanc rationem dubitandi fuiſſe proponit, quod hæc ſit juſta cauſa miſſionis à militia, ſi miles ſurdus vel mutus efficiatur, ut docet *l. jure 4. h. t.* & proinde mittendus, non videbatur jure & privilegio militari teſtari poſſe. Sed omnino apparet ex hoc §. quod Juſtin. novum privilegium à perſona militis deſumtum proponere voluerit. Itaque rectius ſe habet altera reſponſio Viglii, quod cum olim paganus mutus vel ſurdus teſtamentum non poſſet facere, niſi ex ſpeciali conceſſione Principis *l. ſi mutus 7. de teſtamen. ord.* miles ſurdus & mutus, citra iſtam conceſſionem privilegio militari habuerit teſtamenti factionem. Et igitur poſtquam Juſtinianus in genere fecit poteſtatem omnibus ſurdis vel mutis faciendi teſtamenta, ut amplius nõ ſit opus nominatim hoc a principe petere & impetrare, conſequenter hoc referendum amplius inter privilegia militaria non erit: & ob id male Tribonianus conſtitutionis ſuæ in *d. l. 10.* oblitus (nec enim ea poſteriori demum Codici inſerta fuit) hoc nobis in §. inter privilegia militaria retulit. Plane autem errant gl. Angel. & ſi qui ſunt alii in *§. ſeq.* putant privilegium iſtud durare etiam muto & ſurdo poſt miſſionem: quia ſcilicet videtur talem ſurdum mutum ſimul, jure communi ſervatis ſolemnibus teſtari non poſſe, ſed utique cum privilegium miſſis non competat, fatendum erit, talem mutum & ſurdum tum nullo modo teſtari poſſe: ceterum juxta noſtram explicationem, teſtabitur juxta *l. 10. C. qui teſt. fac. poſſ.* ante quam quod poterat jure militari, poſt miſſionem non poterat niſi ex conceſſione Principis.

TEXTUS.

4. Sed hactenus hoc illis à principalibus conſtitutionibus conceditur, quatenus militant, & in caſtris degunt: poſt miſſionem vero veterani, vel extra caſtra alii, ſi faciant adhuc militantes teſtamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in caſtris fecerint teſtamentum, non communi jure, ſed quomodo voluerint, poſt miſſionem intra annum tãtum valebit. Quid ergo ſi intra annum quis deceſſerit, conditio autem heredi adſcripta poſt annum exſtiterit; an quaſi tamquam militis teſtamentum valeat? Et placet valere quaſi militis.

COMMENTARIUS.

Hic §. omnino male refertur ad §. præced. quaſi ad ſurdum & mutum militem pertineat. Nec quidquam abſurdi eſt, repeti quod jam ſupra de expeditionibus dictum eſt: nã & additur hic de veteranis honeſte dimiſſis: & ſimul aliud, quod pertinet (& eſt iſtud novum privilegium militis) ad conſervationem teſtamenti, quod factum eſt jure mili-

militari, ut non tantum valeat, ſi miles in expeditione deceſſerit, ſed etiam ſi poſt miſſionem: ſed tamen ſi intra annum, ex quo dimiſſus fuit, *l. quod conſtit. 21. l. quod dicitur 38. in pr. h. t.* (quo referri ſolet, quod abſentes Reip. causâ in quorum numero ſunt milites, *arg. l. nec non 28. §. ult. cũ l. ſeq. ex quib. cauſ. major.* reverſi habent ab omnibus anni vocationem *§. item 2. ſup. de excuſ. tut.*) & rurſus ut reſpectetur tempus mortis, non quo extitit cõditio teſtamento heredi adſcripta *h. §. in f. & d. l. 38. eod.* Ex quo notant, conditionem retrotrahi, & videlic. ad tempus mortis, non ad tempus facti teſtamenti, de quo agemus *inf.* in materia obligationum, an & quando conditio retrotrahatur. Valet autem intra annum poſt miſſionem, ſi ſit miſſio honeſta: ignominioſe enim miſſi hoc privilegio non gaudent *l. teſtamenta 26. in pr. h. t.* Cui obſtare tamen videtur, quod capite damnatus miles poteſt teſtari jure militari *l. ex militari 11. in pr. h. t.* & igitur privilegium retinet, nec ex honeſta cauſa poteſt quis damnari capite. Sed reſpondendum eſt, quod 1. non ſimpliciter hic habeat jus teſtandi miles, ſi hoc ipſi in ſententia ſit permiſſum, ut docet *l. cum hic 32. §. ſi miles 8. de don. int. vir. & ux.* (ubi amplius ait ICtus, hoc petendum & impetrandum eſſe) *l. ſi quis 6. §. ſed & ſi 6. in f. de injuſt. teſt. l. ſi quis 22. §. 1. de leg. 3. l. 1. de vet. & milit. ſucc.* 2. quod oporteat tale delictum eſſe quod non rumpat fidem ſacramenti *d. l. 11. in pr. h. t.* & adeo non nimis grave 3. ut ne ſit damnatus ex crimine communi, ut paganus, ſed ex crimine militari *dd. textibus.* cujuſmodi multa ſunt non adeo atrocia ſed quæ tamen ob diſciplinam militarem capite puniuntur. Denique quod & hic non niſi do caſtrenſibus poteſt teſtari. *dd. textibus.* Cujus rei ratio evidens eſt hæc, quod in bonis hic militis damnati ex tali delicto, & inteſtato quoq; defuncti, fiſcus jus non habet, ſed ea ad cognatos proximos militis deferuntur *l. 1. & 2. de veter. ſucc.* in quorum præjudicium cum quivis teſtamentum facere poſſit, militi quoque id negare viſum non fuit. Illud non immerito quis miretur, cur idem hoc privilegium non habeant præfecti & tribuni militares *leg. quod conſt. 21. h. t.* nimis enim cavillatoria eſt ratio Icti ibi, quod hoc privilegiũ datum ſit dimiſſis, non qui accipiunt ſucceſſorem. Cũ enim iſti quoq; poſſint teſtari jure militari, *l. 4. C. h. t.* & à contrario ſenſu *l. tribunus 20. D. eod.* cur non & valeat teſtamentum intra annum ex quo accepit quis ſucceſſorem, nimis vero putidum eſt captare verba conſtitutionis, quæ miſſorum facit mentionem. Et omnino placet ſententia Cujacii in *d. l. 21. tract. 4. ad Afric.* ex ſententia cõſtit. aliud ſtatuendum eſſe *fac. l. 2. de his qui not. inf.* Addo deniq; & hoc: militibus tantum competere iſtud privilegium: alios qui jure militari teſtari poſſunt, v. c. quia in hoſtico deprehenſi *l. ult. h. t. l. un. C. de bon. poſſ. ex teſt. mil.* eo privilegio non gaudere: in his enim nullo modo poteſt miſſioni eſſe locus, idque recte notat *Myns. hic.*

TEXTUS.

5. Sed & ſi quis ante militiam non jure fecerit teſtamentum, & miles factus & degens in expeditione reſignaverit illud, & quædam adjecit ſive detraxit, vel alias manifeſta eſt militis volũtas hoc valere volentis, dicendum eſt valere teſtamentum hoc, quaſi ex nova militis voluntate.

COMMENTARIUS

NOvum hoc eſt privilegium militare, quod ſpectatur & verſatur in confirmatione voluntatis ante inutiliter ordinatæ. Ea fit vel verbis vel factis. Illud, ſi tunc jam dixerit jam miles in caſtris & in expeditione, ſe velle valere voluntatem ſuam antea factam, talem ſcilicet, quæ ſi à jam militante fieret, valere jure militari: quomodo quaſi per relationem videtur miles teſtamentum facere. Hoc ſi voluntati priori aliquid addidit vel detraxit jam miles; Ratio utriuſq; communis eſt, quia perinde habetur ac ſi de novo miles teſtatus eſſet: idq; eſt quod ait Juſt. valere teſtamentum quaſi ex nova militis voluntate. Et nova igitur voluntate opus eſt, declarata verbis aut factis: qua deficiente prius inutiliter factum teſtamentum, utcunque in militia decedat miles non poterit valere. Quod ſuadetur aperta ratione: ſiquidem miles tum intelligetur voluntatem priorem inutilitate ſua relinquere noluiſſe, quam creditur ſciviſſe, quod eſſet inutilis: neque poteſt dici teſtatus in expeditione, qui voluntatem priorem inutilem nec verbo nec facto quaſi repetiit: neq; tum poteſt dici acceſſiſſe nova militis voluntas. Et hoc ita diſertiſſimo reſponſum eſt in *l. Titius 25. h. t.* ubi ICtus in terminis ait, ſi nihil Factum vel Dictum probetur, à milite, quod vellet valere priorem voluntatem, tum diſpoſitionem ad jus cõmune pertinere: & quod conſtitutiones principum pertineant ad ea teſtamenta, quæ à militibus & militantibus facta ſunt: & ceteroquin efficeretur, extra etiam expeditionem, imo plane à pagano

facta

factas diſpoſitiones valere jure militari, ſi ſolum & nihil cum hoc ſufficeret, militem defunctum eſſe in expeditione. Idem legimus totidem pene verbis in l. *tribunus* 20. *h. t.* §. 1. & in l. *quod dicitur* 38. §. 1. *in f. h. t.* ibi *qui teſtamentum valere voluit h. t. l. conſtituitur* 8. § 4. *ſi miles de jur. codicill. l. idemq;* 9. §. 1 *h. t.* ibi *ſi hoc maluit miles.* objicitur tamen non leviter *l. in fraudem* 15. § *teſtamentū.* 2. *h. t.* ubi dicitur teſtamentū, *ſi militis voluntas contraria non ſit*. Et igitur ſufficere modo non oſtendatur à milite improbatā eſſe priorem volūtatem, nec neceſſum erit, probari novam voluntatem. Interpp. pleriq; diſtinguunt, an teſtamentum prius factum ſit omnino à pagano, an vero à milite, tum non actu militāte. Et ſane in *d. l.* 15. §. 2. proponitur teſtamentum ante factum à milite ante militiam. Mihi iſtud inprimis inconcinnum & abſurdum videtur, ut dicatur miles teſtatus ante militiā; quin imo iſtud eſt contradictorium, ut ante militiam quis dicatur eſſe miles. Itaq; exiſtimo abuſive ibi militē dici ante militiā, & dici vero militē ratione tēporis quo miles mortuus eſt, qui revera miles cum teſtaretur, non erat. Et recte iſtā reſponſionem hic quoq; improbat Viglius, & repugnat iſti explicationi *d. l. Titius* 25. *h. t.* ubi JCtus ait conſtitutionibus Impp. ea demum confirmat. teſtamenta, quæ ſunt facta à militantibus. Hotto. putat, D. Pium hoc de novo conſtituiſſe, ut qui teſtamentum ante conditū non mutavit, miles factus cenſeatur id tacite confirmaſſe. Sed tum abſurdum eſt, tantæ ſocordiæ arguere compilatores, quod tot pugnantes in contrarium textus retulerint in Pandectas: tum obſtat, quod ipſe Ulpian. cujus eſt *d. l.* 15. *h. t.* requirit, ut hoc maluerit miles: ubi nominatim etiam D. Pii facit mētionē; & omnino verba *d. l.* 9. §. 1. *ſi hoc maluit miles.* emphaſin habent, nec poſſunt de aliqua tacita voluntate explicari. Et facit cōparatio quæ eſt in *d. l.* 9. inter hunc caſū, & præc. *in pr. L.* ubi poſt factum teſtamentum natus eſt militi filius: ait enim Ulp. valere teſtamentum, ſi miles maluit eodem teſtamento decedere, & quod tunc cenſeatur refeciſſe teſtamentum. Quod ſi enim nihil plane dixerit potius ex amoris paterni præſumptione credimus, eum bona ad filium natum pervenire voluiſſe: quamvis ſane dici poſſit, hoc ipſo dum non revocat voluntatem, præſumi, quod voluerit eodem teſtamento decedere: idq; confirmat, quod in *l. yra cadent.* dicitur de arrogato filio poſt teſtamentum. Et niſi inſuper hoc addam, per *d. l.* 9. confutatur paulo ante relata diſtinctio Dd. quippe ibi proponit Ulp. ante à pagano factum teſtamentum: neq; aliud reſcriptum in *d. l.* 9. *h. t.* intelligi poteſt aut conſtitutio Pii, quam quæ refertur in *l.* 19 §. 2 *eod.* Viglius hic ait animadvertendū ad verba interpoſita in *l.* 15. §. 2. *ſi militis ſubjuncta voluntas contraria non ſit*: ex quib. apparere ait, aliquam voluntatem fuiſſe ſubjunctam. Sed enim Viglius de ſuo addidit verbum *ſubjuncta*, quod ego nuſquam reperio. Puto tamen omnino ita accipiendum reſponſum Ulpiani in *d. l.* 15 §. 2. ut ſcil. idem voluerit dicere quod eſt in *d. l.* 9. §. 1. *eod. ſi hoc maluerit miles*: ut Ulpianus in *d. l.* 15. §. 2. minus dixerit quam ſenſerit, aut à Triboniano quædam forte verba fuerint detracta. Et ita quoq; *Accurſ. in d. l.* 15. & *Donell.* 6. *comm.* 28. Ulpianum in *d. l.* 15. accipiunt & explicant, quod ſcilicet ibi non ſit intelligendum ſimplex ſilentium militis, ſed aliud quid actum & adjunctum fuiſſe.

TEXTUS.

6 Deniq; & ſi in adrogationem datus miles fuerit, vel filiusf. emancipatus eſt, teſtamentum ejus, quaſi ex nova voluntate militis valet, nec videtur capitis diminutione irritum fieri.

COMMENTARIUS.

Viglius ad hunc §. nihil agit, & ſcribit ita, ut ipſe quid ſcriberet, ſatis intellexiſſe non videatur: nec ullus Interpp. mihi hic ſatisfacit, qui ſicco quaſi pede tranſeunt: & haud ſcio an ſatis extricare poſſim. Dicerē hic turbaſſe aliquid Tribonianū, niſi idem exſtaret in *l. miles* 22. *cum l. ſeq. h. t.* & non dubito iſtum locum ex veteri JCto deſcriptū fuiſſe. Tractatur de minima capitis diminutione, & pro privilegio militari proponitur, quod per hanc ſpeciem capitis diminutionis non rumpatur teſtamentum. Et igitur ſecus ſe habet in teſtamento paganico: cæteroquin privilegium non fuerit: & cum de infirmatione teſtamenti agatur per capitis diminutionē, oportet ante capitis diminutionē accidentem factum fuiſſe teſtamentum. Inprimis autem fingi & ſtatui oportet teſtamentum factum fuiſſe ſuper peculio caſtrenſi: quod ſi paganum ſimpliciter ponas, & qui non habeat peculiū caſtrenſe, nullus eſt locus quæſtioni, in quacūque ſpecie capitis diminutionis minimæ: etenim filiusfam. de quo emancipando, ſive dando per patrem in adoptionē agitur, de bonis aliis quam caſtrenſibus teſtamentum facere non poteſt. Quod

ſi ponas patremfamilias teſtamentum feciſſe de omnibus bonis, neceſſum eſt rumpi per adrogationem teſtamentum, cum cetera bona extra caſtrenſia adquirantur patri adrogatori. Et ob id JCtus in *l. 23. h. t.* patremfamil. militem ponit de caſtrenſib. tantum feciſſe teſtamentum, & poſtmodū adrogatum fuiſſe. Ait JCtus in *d. l. 22. & 23. h. t. & Inſtit. h. t.* ſi ita facto teſtamento in adoptionē datus vel emācipatus filiusfam. fuerit, aut adrogandū paterfamilias ſe dederit, valere teſtamentū ut ex nova militis voluntate. Quæritur, an oporteat eū, ut hoc poſterius obtineat, emācipatum fuiſſe, an idē ſit, licet ſit defunctus in eodem ſtatu apud patrem adrogatorem. Sane cum miles fecerit teſtamentum jure militari, nec adquiratur novo patri peculium caſtrenſe in terminis adrogationis aut adoptionis factæ, non videtur impedire, quo minus ratū ſit teſtamentū, licet in eodem ſtatu decedat miles: idemq; & tanto magis, ſi ponatur emancipatus miles fuiſſe: idq; neceſſaria verba h. §. efficiunt, quib. negatur irritum fieri teſtamentū capitis diminutione. Sed contra movet, quod dicitur valere teſtamentum quaſi ex nova militis voluntate: cujuſmodi nulla fingi poteſt, quando miles in eodem ſtatu decedit. Et proinde Viglius fere videtur putaſſe, quod à Triboniano fuerint adjecta hæc verba, *nec videtur diminutione capitis irritum fieri*: & cum ſua natura capitis diminutio, ad teſtamenti irritationem tēdat, non apparet, quomodo hic poſſit intercedere dici militis nova voluntas: quæ tam non eſt in obſcuro, quando rurſus ſui juris factus in eadem volūtate quam jure fecit militari, perſeverat. Sed ſiquidem emancipationem quoque dicimus ex ſubtilis juris ratione tendere ad teſtamēti irritationem, ut mox tractabimus, quæ nam hic poteſt dici nova voluntas, ubi ante filiusfamil. teſtamentum fecit. Quod ſi hic aliquā fingimus, poterit & fingi in caſu adrogationis: idq; omnino efficiunt, verba ultima hujus §. cum inſuper & ſimpliciter in *d. l. 22. & 23. h. t.* filius datus in adoptionem, & arrogatus, nec rurſus emancipatus proponatur. Difficilius eſt, quomodo hoc inter privilegium militare referatur. Et vero idem hoc obtinere, licet veteranus filiusfamil. jure communi de bonis caſtrenſibus fecerit teſtamentum: tum rationibus ſuadetur, tum textibus. Ratio aperta videtur: quod cum nec qui habet in poteſtate, nec in poteſtatem cujus poſtea pervenit miles, ſibi vindicare quidquam juris poſſit, in peculio caſtrenſi, teſtamentum quod condidit ſive filiusfamil. ſive paterfamil. ſuper caſtrenſi peculio, licet non jam miles, nō videtur ſive per arrogationem, ſive per emancipationem irritum fieri poſſe. Nec deſunt in hanc rē textus juris ſatis expreſſi in *l. 1. § exigit 8. v. ſed ſi filiusf. de bon. poſſ. ſec. tab.* ubi veteranus fecit teſtamentum de bonis caſtrenſibus, & emancipatus deceſſit, dicitur dari bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. Referri hoc poſſit ad æquitatem prætorii edicti. Sed eſt præterea textus in *l. ſi quis filio 6. § ult. de inuſt. teſt.* ubi negatur irritum fieri teſtamentum filiifamilias, ſive veterani, ſive militis: & igitur non poteſt hoc referri ad privilegium militare: cum d. loco idem in filiofamil. milite & veterano ſtatuatur. Ad hæc accedit textus in *l. conficiuntur 3. §. ſi poſt 3. de jure codicill.* juxta quem indiſtincte cujuſvis teſtamentorum arrogatione ruptum, ſecuta emācipatione convaleſcere dicitur. Quod ſi igitur emancipatio teſtamentum in priſtinum ſtatum reſtituit, & confirmat, quomodo poteſt per emancipationem rumpi? Sed rurſus contra, & quod iſtud quod tractamus ſit privilegium militare, probatur ex ſæpe *d. l. 23. h. t.* Ubi JCtus tractans de arrogato patrefamil. milite, quod irritum non fiat teſtamentum, negat procedere hoc, ſi miles jam miſſus fecerit teſtamentum de caſtrenſi peculio. Unde efficitur licet arrogator conſequatur jus nullū in caſtrenſi peculio, arrogatione tamen rumpi teſtamentum, quod de peculio caſtrenſi jure communi eſt factū. Quidni igitur rumpi poſſit quoque teſtamentum emancipatione, quod de caſtrenſi peculio factum jure communi fuit. Idque etiam ratio juris ſubtilis ſuadet, quod filiusfam. redigitur per emācipationem in ſervitutem imaginariam, ſcilicet per vēditiones *l. 3 d. cap. min.* Neque hæc juris ſubtilis ratio, & quo minus in ſervitutem imaginariam deduci videatur, impeditur ex eo, quod in caſtrenſi peculio, pro patrefamil. habetur filiusfamil. quoniam hoc non eſt verum quoad omnia, ſed tantum ſecundum quid. Nihil habeo quod dicam, niſi quod veteris ſubtilis juris ratio inſuper poſterioribus temporibus habita fuerit, & magis inſpecta veritas, aut quod forte ad *d. l. 6. §. ult. de inuſt. teſtam.* & alibi aliquid ſit additum a Triboinano. Verum nihil affirmo, & ſubſiſto.

Reliquum eſt, ut privilegia militum circa teſtamentum colligamus, & ſub unum conſpectum quaſi in tabella methodice & ſuccincte proponamus, & colophonis loco ſubjiciamus. Inprimis, privilegium, tum eſt in conſtitutione teſtamenti, tum in teſtamenti conſtituti conſervatione. Con-

ſitutio ſpectatur tum in perſonis, tum in diſponẽdi modo. Quoad illud privilegium ſpectatur tum in ipſo diſponente, tum in herede inſtituto. In diſponente ut privilegio militari teſtamentũ facere poſſit etiã ſurdus & mutus. juxta dicta ad §. quinimo ſup. h. t. etiam damnatus juxta dicta ad §. ſed hactenus h. t. etiã ignarus juris ſui l. ex militari 13. §. 1 h. t. In herede, ut etiam deportatus, & alii fere qui alias non poſſunt, à milite tamen heredes recte inſtituantur l. idem 11. §. 2. h. t. Diſponendi modus in eo eſt, ut nõ requirantur ſolemnitates ordinariæ, rogatio, ſubſcriptio, ſubſignatio, & numerus teſtium, ut ſupra diximus: tum ut verba militis diſponentis accipiãtur prout jacent, nec in illis admittantur ſubtilitates juris civilis. Ex quo eſt, ut poſſit heredẽ ſcribere ex tempore, ut temporis mentio non detrahatur, ut accidit in teſtamentis paganorum § heres et infr. de hered. inſtit. l. miles ita 41. in pr. h. t. l. certi 8. C. eod. itemque uſque ad certum tempus d. l. 8 & d. l. 41. ita ut pro tempore ſit teſtatus, & poſt inteſtatus d. l. 41. ſicut ex eadem cauſa pro parte bonorum teſtatus pro parte inteſtatus decedere poteſt, ut pars ad heredem ſcriptum, pars ad proximos agnatos ex lege proveniat, l. ſi miles 6. l. quærebatur 19. in pr. h. t. Cui porro conſequens eſt, ut ſi ex heredibus duobus inſtitutis unus defecerit, alteri pars non accreſcat, ſed heredes ab inteſtato pertineat l. ſi duobus 37 h. t. Et omnino ut vult diſponit miles & ejus voluntas effectum habet: proinde & codicillis directo hereditatem dare poteſt l. militis 36. in pr h. t. & ante ab eo inutiliter teſtamentum factum nuda declaratione in militia facta ſuſtinetur juxta dicta ad § ſed etſi h t. Et amplius non tantum procedit hoc in ſolemnitatibus communibus, in paganorum voluntatibus quæ requiruntur, ſed etiam ſpecialibus, veluti circa liberorum inſtitutionem & exheredationem; poteſt enim miles etiam præterire liberos quos habet in poteſtate, & teſtamentum valet, ita ut ſilentium pro exheredatione habeatur § pen infr de exhered. liber. Deniq; quod ſuperioribus addendum eſt, miles cum duobus teſtamentis decedere poteſt l. quærebatur 19. in pr. h t. ubi tamen additur hoc ita procedere, ſi ſpecialiter adjecerit, velle ſe poſterius teſtamentum valere, alias enim creditur pœnituiſſe eum voluntatis prioris. Hæc ad inſtitutionem pertinent. Sed & quoad jus ſubſtituendi privilegium habet miles, ut ſubſtituere poſſit filio etiam emancipato, ſed & cuivis extraneo heredi, quoad ea ſcilicet quæ à milite ad eos pervenerunt l. milites 5. l. miles 41. §. penult. h. t. quia amplius ſubſtituere poteſt filio quem in poteſtate habet, licet non fecerit ſibi teſtamentum d. l. 41. §. ultim h. t. Hæc ad conſtitutionem ultimæ voluntatis. Ad conſervationem pertinent, quod teſtamentum militare valet, etiamſi miles poſt miſſionem intra annum deceſſerit, ut diximus §. ſed hactenus h. t. quod non ſit irritum capitis diminutione §. pen. h t. quod non rumpitur agnatione ſui heredis ſive civili, ſi arrogaverit aliquem poſt factum teſtamentum l. idem 8. h. t. ſive naturali: ſi filius ipſi natus fuerit l. idem §. 9. in pr h. t. ubi tamen verba ſi maluit &c. ita accipere malim, ut opus ſit declaratione voluntatis: cæteroquin amoris paterni præſumptio faciet, ut potius credamus eum bona ad filium pertinere voluiſſe, argum. l. militis 36. §. h t. Huc etiam pertinet, quod in teſtamento militis non habet locum Falcidia juxta l. ſi certarum 17. §. ultim. h. t. l. in teſtam. 7. Cod. ad L. Falcid & quod contra id non datur querela l. ultim. Cod. de inoff teſtam. ex qua tamen lege idem eſt in teſtamento jure communi ſuper quaſi caſtrenſi peculio facto, cui procul dubio derogatum eſt per N. 115. cap. 4. etiam in peculio caſtrenſi, quod nimirum poſt miſſionem factum eſt jure communi. Cæteroquin & verius & communius eſt nec hodie querelam dari, aut jus dicendi nullum ex d. N. 115. cap. 4. competere, ſi miles teſtatus ſit ex privilegio ſuo, de quo etiam agemus infr. de inoff teſt.

TEXTUS.

Sciendum tamen eſt, quod cum ad exemplum caſtrenſis peculii, tam leges anteriores, quam principales conſtitutiones, quibuſdam quaſi caſtrenſia dederant peculia, & horum quibuſdam permiſſum fuerat, etiam in poteſtate degentibus teſtari: noſtra id conſtitutio latius extendens, permiſerit omnibus in hujuſmodi peculiis teſtari quidem, ſed jure communi. Cujus conſtitutionis tenore perſpecto, licentia eſt nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

COMMENTARIUS.

DE quaſi caſtrenſi peculio & quæ ad iſtud pertineant, diximus ſup. ad tit. quib. alien. licet; & quod ad exemplũ caſtrenſis peculii, pleno jure permiſſũ fuerit filiisfam. & hoc etiam ante Juſtinianum, ita obti-

obtinuiſſe ipſe hoc loco teſtatur, dũ memini t&cõſtitutionũ anteriorũ & legum: per quas non videtur intelligere leges aliquas in ſpecie dictas, quæ ad populum fuerint latæ, ſed potius leges & textus Pandectarum, in quibus etiam mentio eſt hujus quaſi caſtrenſis peculii *l.1.§. nec caſtrẽſi 15 de collat.l.1.§.in filii 6.ad Treb.l.3.§. dari 5. de bonor. poſſeſſ.* adeo errat Mynſ. qui duo tantum de hoc peculii genere reſponſa in Pandectis extare ait: In Codice exſtant *l velut 7.C.de adſeſſorib.* & *l.fori. 4. de advoc. diverſ.judic.fac.l un. Cod.de caſtrenſ om palat.pecul.l. ult.Cod.de caſtr pec.lib* 12. Fuiſſe autem ea de re conſtitutiones antiquiores, apparet ex *d l. 1. §.15.de collat.* & de hoc peculii genere teſtari filiosfamil. potuiſſe docent *d.l.3.§.5.de bonor.p ſſ d.l.1.§. 6. ad Trebell.* Juſtin. tamen ita loquitur ac ſi quibuſdam tantum ex his qui caſtrenſia habebant peculia, conceſſum fuerit jus teſtandi: quod expreſſius tradit in *l. ultim.Cod de inoffic teſt.* & quod nimirum licet quaſi peculium caſtrenſe habuerint patroni cauſarum, memoriales, agentes in rebus, magiſtri ſtudiorum, archiatri &c. non tamen hi propterea potuerint ſuper eo facere teſtamentum, ſed tantum, proconſules, præſides, & alii qui adminiſtrabant dignitates majores Sed Juſtin. in *d l.ult junct. l.ultim. Cod. qui teſt.fac poſſ* indefinite ejus teſtandi ſuper peculio quaſi caſtrenſi conceſſit, jure videlicet communi. Liquidum enim eſt, privilegia de quibus hoc tit. agitur, tantum ad armatam militiam pertinere: itaque quæcunque tandem aliæ ſunt ſpecies militiæ, & quarum frequentiſſima eſt mentio in libris poſterioribus tribus Codicis, togatæ ſcilicet militiæ, illæ ad hunc tit. non pertinent. Notandum autem eſt ex *hoc §* & *d l.ult.in f.pr.C.de inoff.teſt.* non protinus, quod bona aliqua proprietate plena liberis conceduntur, & ut ſcil. ea præcipua quoq; habeant poſt mortem patris, ad jus teſtandi recte inferri, quod pluribus tractabimus ad *pr. tit. ſeq.*

AD TITULUM XII.

LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

QUIBUS NON EST PERMISSUM *facere teſtamentum.*

TEXTUS.

1. Non tamen omnibus licet facere teſtamentum. Statim enim qui alieno jure ſubjecti ſunt, teſtamenti faciendi jus non habent, adeo quidem ut quamvis parentes eis permiſerint, nihilo magis jure teſtari poſſint: exceptis iis quos ante enumeravimus, & præcipue militibus qui in poteſtate parentum ſunt: quibus de eo, quod in caſtris adquiſiverunt, permiſſum eſt ex conſtitutionibus Principum teſtamentum facere. Quod quidẽ jus ab initio tantum militantib. datum eſt, tam ex autoritate Divi Auguſti, quam Nervæ, nec non optimi Imperatoris Traiani: poſtea vero ſubſcriptione D. Hadriani etiam dimiſſis à militia, id eſt veteranis conceſſum eſt. Itaque ſiquidem fecerint teſtamentum de caſtrenſi peculio, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerunt. Si vero inteſtati deceſſerint, nullis liberis vel fratrib. ſuperſtitibus, ad parẽtes eorũ jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere poſſumus, quod miles adquiſierit in caſtris, qui in poteſtate patris eſt, neq; ipſum patrem adimere poſſe, neq; patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neq; patre mortuo commune cum fratribus eſſe: ſed ſcil. proprium ejus eſſe, qui in caſtris adquiſivit, quamquam civili jure omnium, qui in poteſtate parentũ ſunt, peculia, perinde in bonis parentum computentur, ac ſervorũ peculia in bonis dominorum numerantur, exceptis videlicet iis, quæ ex ſacris conſtitutionibus & præcipue noſtris propter diverſas cauſas non adquiruntur. Præter hos igitur, qui caſtrenſe peculium, vel quaſi caſtrenſe peculium habent, ſi quis alius filiusfam. teſtamentum fecerit, inutile eſt, licet ſuæ poteſtatis factus deceſſerit.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio methodi.*

2 *Im*

2 *Ius teſtandi an ex genere permiſſorum.*
3 *Filiusf. cur nequeat teſtari.*
4 *Quis filiusfam. & quatenus teſtari poſſit.*
5 *Quid juris ſi fil. inteſtatus decedat.*
6 *An peculium profectitium occupent creditores patris.*
7 *An de aliquo peculio adventitio liceat teſtari.*
8 *Filiusfamil. an & quatenus mortis cauſa donare poſſit.*
9 *An poſſit facere codicillos ſuper bonis adventitiis.*
10 *An ex iis donare mortis cauſa.*

1 Piget diſputare de methodo, † & an non præmitti t. 10. hic locus debuiſſet; quod videtur ſuadere *l. 4. qui teſt. fac. poſſ. & ipſa d. rubr.* tum & methodus in Codice obſervata. Verum ſæpe videmus diverſam tractandi rationem in Codice & Digeſtis, aut etiam his libris obſervatam: & pro Juſtiniano hoc loco dici poteſt, recte prius actum fuiſſe de ſolemnib. teſtandi, in quæ quiſque intuens, & ſecundum ea diſponens, juſtum efficiat teſtamentum. Et quod ad *d. l. 4.* attinet, plane, ubi quæſtio eſt in individuo de hujus vel illius ultima diſpoſitione, prima quæſtio ante omnia eſt, an potuerit jure teſtamentum facere, quo negato, de teſtamenti illius forma & ſolemnitatibus fruſtranee agitur. Et bene nobiſcum ageretur, ſi gravius alibi in leges methodi peccatum non fuiſſet. Porro hinc quod rub. eſt negative concepta, colligunt Interpretes hic, 2 quemlibet † poſſe teſtari, niſi ſpeciatim inveniatur prohibitus. Sed dubium facit, quod Lege 12. tabb. jus teſtandi conceſſum legimus, vulgata lege *Paterfam. uti legaſſit ſuper pecunia tutelave rei ſuæ, ita jus eſto.* Eoq; pertinet quod in *l. lege 130. de V. S.* teſtamentariæ hereditates L. 12. tabb. cõfirmari dicũtur; & cũ eadem L. datum ſit jus diſponendi de bonis, & dandi liberis tutores, legimus, permiſſum eſſe L. 12. tabb. jus dandi tutores *l. 1. de teſt. tut. §. permiſſum ſup. de tutel.* Equidem ut maxime teſtamenti factio ad jus gentium referatur, ut probavimus ad *prin. tit. 10. ſup.* attamen Ll. cujuſque Reipubl. modum & limites huic juri præſcribere poſſunt & ſolent. Pro Doctoribus autem reſpondebo, multum intereſſe, an in ſpecie aliquid certis perſonis permittatur, an ſub generali appellatione *patrisfamilias,* quod nomen omnibus fere civibus competit, quamquam fortaſſis ſint aliæ permiſſiones laxiores in aliis partibus juris, ut citra ullam generalem etiam permiſſionem omnibus aliquid liceat, certis perſonis excluſis nominatim. Sed his omiſſis ipſam rem adgrediamur. Proponitur ſtatim initio hujus tituli, non omnibus licere facere teſtamentum. Exemplum & exceptio à reg. la permiſſa ſubjicitur in † filiofam. qui ipſa paulo ante relata 12. tabb. lege excluditur. Servorum autem Juſtinianus 3
non meminit, quoniam hi nullum plane ſtatum habent, & omnia omnimodo dominis adquirunt, ita ut in eorum perſona nihil penitus ſubſiſtere poſſit. Quæ duplex ratio ex jure antiquiſſimo etiam ad filiosfam. ſe accommodari poteſt; nam & hi ex lege Romuli quam refert Halicarn. libr. 2 & de qua diximus ſupra ad tit. de pat. pot. cum occidi à parentibus & vendi poſſent, inſtar ſervorũ, ſtatum integrum habere non videbantur; & ſine ulla diſtinctione omnia parentibus pleno jure adquirebant; ut diximus *ſupr. h. libr. tit. 9.* & mox ipſe hoc loco tradit Juſtinian. Eoque reſpexit *Vlpian. in tit. 20. de teſtam. §. filiusfam. 9.* ubi hanc reddit rationem, cur filiusfamil. teſtamentum facere nequeat, quoniam nihil ſuum habeat, de quo teſtari poſſit; quin iſta ratio etiam poſteriori jure obtinuit, in filiofamil. conſiderato qua tali; ſiquidem in peculio caſtrenſi & quaſi, ſub qualitate patrisfamil. teſtandi jus filiofamil. permiſſum eſt, imo omnino ſub hac qualitate permiſſum eſt ei peculium hoc; quin etiam in peculio adventitio, in quo etiam uſusfructus tantum patris eſt, aliquam filiumfamil. habere rationem patrisfamil. alias proprietatem habere non poſſet. putat tamen Weſembec. Ulpianum non tam ad bona reſpexiſſe, quam ad familiam & ejus jura, quæ filiusfamil. non habet: Lex autem 12 tabularum, ut refertur ab autore ad Herenn. dat jus legandi ſuper familia pecuniaq; ſua. Eſt porro penes Legem, ejuſmodi conceſſionem modificare & moderari, nec ſi quis aliquatenus pro patrefamil. habetur, protinus plenum jus, aut teſtandi facultas infertur, ut ex his quæ mox dicemus, manifeſtius apparebit. Diximus ſup. *ad d. tit. 9.* quo progreſſu peculium, primo caſtrenſe, poſt quaſi caſtrẽſe, tum etiam adventitium & quatenus † filiofam. conceſſum fuerit. Hic de jure teſtãdi videamus, cujus progreſſum hic tradit Juſtin. Initio ab Auguſto 4
(ut ait hic juſtin. quod tamen Julio tribuit *Vlpian. in l. 1. de mil. teſt.* ubi & Titi & Domitiani meminit,) poſt Nerva & Trajano conceſſum hoc ſaltem, ut militantes de eo poſſent teſtari, quod in caſtris adquiſiviſſent, in ceteris jus integrum morientibus liberis, patribus reſervaretur, (quod & diu poſt habuerunt, liberis inteſtatis mortuis,) poſt Hadria-

Digitized by Google

drianum permiſiſſet, ut etiã dimiſſi à militia & veterani teſtamentum de eo peculio facere poſſent. Apparet hinc apud *Vlpian. d. §. 9. de teſtam.* ubi hoc tribuitur Auguſto Marco, ſuperfluum & delendum eſſe verbum *Marci:* neq; iſtud cognomen *Auguſti* præponi nominibus propriis, ſed poſtponi pro cognomine ſolet. Ait Juſtinian. permiſſum ab Hadriano etiam dimiſſis à militia, id eſt veteranis. Veterani dicebantur proprie, qui emerita ſtipendia habebant, & qui nimirum tot ſtipendia fecerant, & tot annis militaverant, quot ex LL. Romanis & moribus requirebantur, de qua re præter alios tractat *Lipſ. in Electis*. Et quid igitur ſi quis ante emerita ſtipendia, cauſaire & honeſte, vel ob præclara merita, vel ob morbum dimiſſus eſſet? Et Juſtinian. quidem ita loquitur, tamquam ſi hoc privilegium ad veteranos reſtringeret: Sed puto illum principalem & impulſivam primam cauſam ſignificare voluiſſe; Ceterum cum etiam de quaſi caſtrenſi peculio filiifamil. teſtari potuerint, & hodie omnimodo poſſint, ut diximus ad §. *ultim. titul. prec.* dubitandum non eſt, quin quivis dimiſſus teſtamentum de caſtrenſi peculio, & ſcilicet jure communi facere poſſit. Quid ſi porro filiusfam. † teſtamentum de hoc peculio facere omiſerit? Et reſpondet Juſtin. hic *ſi vero*, ſi inteſtati liberi deceſſerint, nullis liberis, vel fratribus ſuperſtitibus, ad parentes eorum *jure communi* peculium pertinere, ubi annotavit Pacius, pertinere ad patrem jure patriæ poteſtatis & peculii. Id quidem jure veteri & etiamnum Digeſtorum ita ſe habet, quo filiusfamil. qui teſtamentum fecerat de peculio caſtrenſi, ut paterfamil. Sed ſi non feciſſet, ut filiusfamil. moriebatur, & peculium quoque caſtrenſe ad inſtar cujuſvis alterius peculii paganici occupabat pater defuncti, ut probat *l. 2. & l. proponebatur 9. de caſtrenſ. pecul.* & quod tum non inſtar hæreditatis, ſed inſtar peculii profecti à ſe pater id occupaverit, præter dd. ll. oſtendit inſuper *lex penultim. Cod. eod.* itaque iſto jure filiusfamil. ab inteſtato hæredem habere non poterat. Sed en jure, quod poſteriores Impp. introduxerunt illa Pacii nota falla eſt; & de hoc poſteriori jure loqui Juſtinianum, tum ratio efficit, tum manifeſto probat, quod addit, ad patrem id pertinere, ſi filius nullis liberis, vel fratribus relictis deceſſerit: etenim jure peculii & poteſtatis pater non ſuccedit, ſed jure patris bona occupat præcipuo jure, & omnibus omnino præfectus; neque tum poteſt eſſe locus ſucceſſioni, aut liberorum, aut fratrum, quibus admiſſis, ut hoc loco, neceſſum eſt ceſſare jus patris & peculii; niſi quis dixerit jus illud patris interquieſcere, dum aut liberi, aut fratres ſuperſunt; his deficientibus, integrum jus priſtinum patri relictum eſſe; plurimum enim intereſt, an pater jure peculii occupet bona filii, an tamquam hæres quod hoc caſu creditoribus in ſolidum, illo tantum peculiotenus teneatur, & peculii jure occupabat pater bona tamquam ab ipſo profecta, & quaſi ſemper ejus fuiſſent, hæreditas adeunda eſt, nec ante tranſmittitur; & omnino jure peculii occupans pater bona, etiam matrem excludebat & liberos. Conſtitutiones, quæ liberos & fratres præferunt patri, exſtant in *leg. 3. & 4. C. de bon. quæ lib.* quas & confirmat Juſtinian. in *l. ult. C. com. de ſucceſſ.* loquuntur illæ quidem in peculio adventitio, ſed major ratio eſt, ut idem obtineat in caſtrenſi, in quo pater minus habet juris; Hodie autem poſt *Nov. 118. c. 2.* omnimodo filiifam. quoque bona caſtrenſia & adventitia juxta ordinem ibi expreſſum, de *quo inf. lib. 3.* deferuntur jure hæreditatis, non amplius jure peculii.

Ex hoc intelligere poſſumus.] Inferit hic Juſtinian. quid in caſtrenſi peculio juris filiusfamil. habeat. Olim quoque, extra caſum quo inteſtatus moriebatur, in omnib. ceteris patrisfam. loco habeatur, ut præter alia docet *l. 2. ad SC. Maced. l. 4. de judic.* Tres ejus qualitates hic recenſet Juſtinianus, quæ tamen etiam peculio adventitio hodie ſunt communes. Prima qualitas eſt, quod pater id non poſſit adimere filio, quoniam ejus proprium eſt tanquam patrisf. Pariter nec adimere adventitia poteſt, ut ne filio ſalva maneat proprietas, aut ne ejus ſit adminiſtratio, ſi plenam habeat proprietatem. Altera qualitas huic conſequens eſt, ut creditores patris nullum jus in peculio caſtrenſi ſibi vindicare & adrogare poſſint, neque petere ut in ejus poſſeſſionem mittantur, aut vendere poſſint. Idem in adventitio peculio eſt; Secus autem in † profectitio, quippe quod totum patris eſt, ut tradit Juſtin. *ſup. tit. 9.* & hic expreſſit Theophil. Cui hic à Viglio objicitur *lex 3. §. ſed utrum. in fin. de minorib.* ex qua ſi fiſcus bona patris propter debitum occupat; peculium profectitium etiam, ex conſtitutione Claudii ſeparatur & filio relinquitur, neq. vero minus, imo plus juris fiſcus, quam alii creditores patris habere debet. Difficultatem auget, quod probatur ex *l. 1. §. alienatio 4. inf. quand. act. de pec. ann.* damnato & deportato patre peculium quoque profectitium ab fiſco occupari, ſiquidem in hunc

actio

actio dari dicitur de peculio. Et improbabile placet eſt, quod exiſtimat Vigl. ex cauſa delicti & peculium profectitium occupari à fiſco, ſed non ex cauſa delicti; quandoquidem major ratio eſt, ut ſeparetur filio peculium damnato patre; quia hoc caſu & alia privilegia ceſſant, quæ fiſcus habet, cum venit ut creditor. Poteſt dici, ſummo jure quidem & ipſo jure, bona omnia damnati patris fiſcum occupare, & ideo ipſo quoque jure teneri actione de peculio, ſed ex humanitate relinqui peculium profectitium filio. & creditores adeo agentes de peculio repelli poſſe per exceptionem & remitti ad filium, aut quod in ſpecie *d. l. 1. §. 4.* repudiatum fuerit à filio peculium. Quod attinet ad *d. l. 3 §. ſed utrum, de minoribus*, dicam vel quod debiti verbum ibi accipiatur abuſive pro debito ex cauſa delicti damnato patre. aut quod Imp. Claudius humanitate ſpeciali voluerit ſibi, & fiſco ſuo derogare, quod non etiam facere debuit in præjudicium creditorum, quibus jus quæſitum eſt in omnibus bonis patris, inter quæ etiam eſt peculium, quod conſtat per patrem filio libera voluntate adimi poſſe. Tertia qualitas caſtrenſis peculii eſt, quod mortuo patre id præcipuum habet filius, nec cum fratribus communicat, aut iis confert; quod idem conſtat obtinere in peculio adventitio *l. ult. C de collat* ſecus in peculio profectitio *leg frater 38. de condict. indebit.*

Quamquam iure civili.] Jam ſup. h. t. diximus olim omnia omnino per liberos non ſecus ac per ſervos adquiſita fuiſſe parentibus. Et Auguſtum primum, & poſt alios Impp. hinc excepiſſe peculium caſtrenſe, & quaſi. & alios porro, & præcipue Juſtinianum excepiſſe quoque peculium adventitium. Notum autem eſt nimis, paſſim conſtitutiones, juri civili in ſpecie accepto, opponi ſolere.

Præter hoc igitur.] Hic teſtamenti factio per-
8 mittitur † filiusfamil. de ſolo peculio caſtrenſi vel quaſi. Itaque vel ex hoc ſolo licet quæſtionem decidere, an filiusfamil. teſtari poſſit de peculio adventitio, in quo habet plenam proprietatem, quod recte communiſſime Doctor. negant; & ſane hoc textu, teſtamentum inutile eſſe dicitur, quod de aliis bonis extra caſtrenſia, vel quaſi fecit filius; & perſpicue errant, qui hoc adventitium peculium referunt inter peculium quaſi caſtrenſe, & teſtamenti inde faciendi jus filio defendunt; quorum opinionem latiſſime confutavi *ad Tr. de teſtament. theſ. 3.* & plenius adhuc in *Tract. de action. diſputatione ultim. in 2. corollar.* quæ deſcribere huc non libet. Hoc ſaltem addo, argumentum præcipuum illorum, qui iſtam opinionem contra Interpp. propugnant, quod qui plenam bonorum proprietatem habeat, poſſit etiam de illis teſtari, confutari duplici inſtantia ex jure veteri, 1. ex hoc loco, & quod nimirum initio Auguſti conſtitutione tantum militantibus jus teſtandi permiſſum fuit, non autem dimiſſis à militia, qui tamen procul dubio dominium caſtrenſis peculii retinuerunt, 2. ex *§. ult. tit. præceden. & l. ultim Codic. de inoff. teſtam.* quibus locis teſtatur Juſtinian. quibuſdam tantum filiisfamilias permiſſum fuiſſe teſtari de quaſi caſtrenſi peculio, cum tamen omnes in eo peculii genere plenam haberent proprietatem. Obiter addo, non recte Theoph. opponere caſtrenſi peculio paganicum, quaſi in hoc pater plenum jus habeat; cum & adventitium peculium ſit paganicum, niſi forte Theophil. ita ratione juris veteris locutus eſt, & ejus temporis, quo nondum excepta fuere adventitia. Inde ſane factum ſuſpicor, quod Interpretes *παγανικὸν*, reddidit profectitiũ: Ceteroquin nõ recte. Porro hæc propoſitio, quod extra caſtrenſe vel quaſi peculium filiusf. jus teſtandi non habeat, duplicem hoc loco habet ampliationem. Una eſt in *pr. §.* etiamſi pater filiofam. teſtari permiſerit. Cum autem † filiusf. ex peculio etiam profectitio mortis cauſa 9
permittente patre donare poſſit *l. tam is 25. §. 1. de don. mort. cauſ* ratio differentiæ quæritur, cum præſertim mortis cauſa donatio ultimis volũtatib. comparetur, & pene adæquetur in *pr. ſup. de donat l. ult. C. de mort. cauſ. don.* Sed enim licet in multis iſta comparentur, tamen in nonnullis etiamnum differt donatio cauſſa mortis, & ad naturam contractus accedit, & in hoc præcipue, quod eſſentiam ejus conſtituit, quod perficitur traditione, aut conventione. Tum etiam licet perſona filii procul dubio in cõfirmanda aut irritãda donatione iſta ſpectetur, ipſe tamen pater quodammodo per filiũ & hujus miniſteriũ intelligitur donare: quem etiam & nimirum patrem dixerim revocare poſſe hanc donationem, idq; *B. in l. 1 §. 2 de don. & communiter Dd.* affirmare notat Vigl. hic. licet ipſe magis diſſẽtiat; ſequitur Bartolum *Angel. hic n. 2. & Ioh. Fab. n. 3.* Et nihil prohibet, quominus donatio mortis cauſa ex alieno arbitrio pendeat; quod non admiſſum eſt in teſtamentis, *l. illa 32. in prin. de hered. inſtit.* neq; facere poteſt voluntas & permiſſio patris, ut filiusfamil. ſit paterfamil. & vero ſolis patribus

Digitized by Google

famil. L. 12. tabb. cōceſſa eſt teſtandi facultas. Tum etiam hæredem in his bonis filius habere non poteſt: nec movet, adeo quod legata ſive fideicommiſſa filius fam. dare, aut codicillos facere non poteſt; quoniam iſta relinquuntur ab hærede ab inteſtato, at ex donatione cauſa mortis, ſi res tradita nō fuerit ipſe pater convenitur. Nec quidquam obſtat *L.1. §.1. de tut. & rat. diſtr.* ex qua à negato jure teſtandi infertur ad negandum jus donandi mortis cauſa. Etenim procedit conſequentia, ubi agitur de confectione teſtamenti jure ordinario ſuper bonis propriis: & ubi propter judicii defectum & ætatis, teſtamenti factio negatur: agitur enim ibi de pupillo: Prorſus factio teſtamenti eſt publici juris *l.3 h.t.* ſecundum quod explicamus *ſup. ad pr. tit. de teſtam. ord.* quod donationibus & ſimpliciter quibuſvis contractibus non competit. Et quid igitur ſi filius condiderit teſtamētum de profectitiis, & acceſſerit conſenſus patris, & adjecta fuerit clauſula, ſi non valet jure teſtamenti, valeat jure codicillorum vel cujuslibet ultimæ voluntatis? Et recte negare hoc communius videntur Dd. teſte *Viglio hic*, licet aliud probet poſt quoſdam *Weſemb. hic.* Neque hæc temere produci debent: & cum intentio primaria & principalis fuerit, facere teſtamentum, poſtquam hoc jus filiumfamil. non habere conſtat, recte ſtatuemus totum actum invalidum eſſe. Et rationem juris vivam eſſe puto; quod donationem mortis cauſa ſupra requirere probavimus, aut traditionem aut conventionem, quam hic deficere ſupponimus, quod ſi enim ipſi donatario præſenti res donata ſit, & pater, ut oportet, conſenſerit, nulla dubitatio eſt, quin donatio valeat: in quibus terminis conſtat inepte quæri, an actus jure teſtamenti valere debeat, aut codicillorum, &c.

Porro cum, ut diximus, ſuper adventitiis bonis
9 filius non poſſit † facere teſtamentum, an ſaltem codicillos poterit facere? Ne inepta ſit quæſtio, facit, quod in his bonis habet heredem ab inteſtato. Sed enim regula juris eſt, nec poſſe codicillis facere, qui non poteſt facere teſtamentū *l.1. in fin. pr. d. leg. 3. l. divi 6 §. pen. de jur. codicill.* Et quod ſpecialiter conſtitutum eſt, ut ab inteſtato heredem habeat, producendum ſine textu non eſt, cum hoc ſit præſertim ſtatutum in favorem perſonarum earum; quibus bona Lex quaſi addixit: quas legatis & fideicommiſſis ut onerare poſſet filiusfam. admittendum non eſt. Et effectu parum intereſt, an quis aliquem heredem inſtituat teſtamento an per fideicommiſſum bona illa reſtitui jubeat. Cum autem juxta prædicta, donatio † mortis cauſa hactenus omnino diverſa ſit à teſtamentis, dixerim ſi filiusfamil. de bonis etiam adventitiis in quibus habet plenam proprietatem, donare quoque mortis cauſa invito patre poſſe. Nam excepto jure teſtandi, in ceteris eadem hujus peculii ratio eſt. Atquin de caſtrenſi peculio poteſt filius omnimodo mortis cauſa donare *l.7. § ult. de donat.* quamvis hoc inepte neget *A. Fab. de error. prag. dec. 43. e. 6. & ſeqq.* & reſtringit inepte *d.l.7. §. ult.* ad caſum, quo filiusfamil. teſtamentum fecit. Nec movet ejus ratio, quod donatio ſit ultima voluntas, ab inteſtato, inteſtato autem filio defuncto pater bona etiam caſtrenſia occupat jure peculii. Hoc quidē hodie falſum eſt, ſed tamen ut prædiximus donatio mortis cauſa non recte refertur ad ultimas voluntates niſi ſecundum quid. Redditur autem *in d.l. 7. §. ult. de donat.* hæc ratio, cur filiusfam. de caſtrēſibus bonis mortis cauſa donare poſſit: quoniam poſſit de his teſtamentum etiam facere. Quæ ratio ſi recta eſt, contra quam diximus, non poterit donare quid filius ex adventitiis bonis, licet etiam uſumfructum habeat. Sed puto rationem ita explicandam, ac ſi dixiſſet JCtus, quia plenum in illis bonis jus habet: quæ & ipſa ratio, ſi rationem juris regularem ſequamur, tribueret filio jus teſtandi, niſi nominatim Legibus facultas hæc adempta eſſet. Et tempore JCti, cujus eſt *d.l.7. §. ult.* nullum erat peculiū tale adventitium, & quiſquis bonorum plenam habebat proprietatem eo tempore quoque poterat facere teſtamentum. Igitur ut concludamus, filius juxta hunc §. de peculio adventitio nullo, teſtamētum facere poteſt, & ratio juris facit, ut nullam diſpoſitionem dicamus, etiāſi facta ſit ad pias cauſas, utcunq; communiter aliud placuerit *Dd in l ſenium 3. § 1. Cod. qui teſt. fac. poſſ. cap. licet de ſepulturis in 6.* adeo ut pene hoc etiam conſenſu patris in profectitiis admittant.

Illa vero exceptio non eſt revera *ex Novell. 123. cap. 19. auth. presbyteros. C. de Epiſc. & Cler.* ut presbyteri, diaconi, &c. poſſint teſtamenta facere, licet filiifam. ſint: quoniam iiſdem locis Juſtin. eorū bonis dat privilegium & jus bonorum caſtrenſiū: Scilicet tamquam quę cœleſti militia ſint adquiſita. Cum a. Canones Pontificii negent Impp. jus eſſe, quidquam ſtatuendi de clericis, non poterunt clerici quorum mentio eſt *in d. auth. presbyteros*, ex autoritate Imperiali iſto privilegio uti, quod & notat Decius *in d. l. ſenium 3. C. qui teſt. fac. poſſ.*

Hæc

Hæc diximus occaſione primæ ampliationis, & quod filiusfam. teſtari non poſſit, licet conſentiat pater. Altera eſt, quod teſtamentum ejus non valeat, etiamſi paterfam. factus decedat, ut ait Juſtin. *hic in fine.* Idque generale eſt, ut niſi quis facti tempore teſtamenti fuerit habilis, diſpoſitio ſit nulla *l. 1. §. exigit 8. cum ſeqq. de bon. poſſ. ſec. tabb. l. 4. qui teſtam. fac. poſſ. l. ſi filiusfam. 19. eod. & §. ſeq.* & procedit hic regula Catoniana *l. quod initio 30. de Reg. Jur.* Extra teſtamentum tamen ſi quis fideicommiſſum reliquerit inhabilis, & habilis deceſſerit, deberi illud, reſponſum eſt *in l. 1. § 1. de legat. 3.*

TEXTUS.

1. Præterea teſtamentum facere impuberes non poſſunt: quia nullum eorum animi judicium eſt. Item furioſi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, ſi impubes poſtea pubes, aut furioſus poſtea compos mentis factus fuerit & deceſſerit. Furioſi autem ſi per id tempus fecerint teſtamentum, quo furor eorum intermiſſus eſt, jure teſtati eſſe videntur: certe eo quod ante furorem fecerint, teſtamento valente. Nam neque teſtamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte geſtū poſtea furor interveniens perimit. Item prodigus, cui bonorum ſuorum adminiſtratio interdicta eſt, teſtamentum facere non poteſt, ſed id quod ante fecerit, quam interdictio bonorum ſuorum ei fiat, ratum eſt.

COMMENTARIUS.

SEquuntur aliæ perſonæ, quæ non poſſunt facere teſtamentum. Nam in pr. tit. agitur de cauſa ob quam filiusfam. licet pubes & ſanæ mentis & civis ſit, ob hoc ipſum teſtari non poteſt, quod filiusfam. eſt: ex rationibus quas ad princ. tit. attuli. Et objectio quam VVeſemb. poſt alios etiam movet, levis & facilis eſt, quod in his quæ ſunt juris publici, patriæ poteſtatis ratio non ſoleat attendi. Neque enim hoc ſenſu teſtamenti factio eſt, eſt juris publici, ut ante explicatum eſt. Et illa regula quæ eſt tradita *in l. filiusfam. 9. de his qui ſunt ſui jur. & in l. in privatis 77. cum l. ſeq. de judic. l. ille 13. §. ult. cum l. ſeq. ad Trebell.* ut loca arguunt ipſa, pertinent ad officia publica, quorum filiusfam. non obſtante poteſtate patria capax eſt, cujuſmodi officium non eſt, facere teſtamentum.

Porro ut ad hunc textum accedamus, & generalius agamus de iis qui teſtamentum facere non poſſunt, ante omnia excluduntur jure Romano, qui non ſunt cives. Ex quo teſtamentum facere non poſſunt ſervi, deportati, capti ab hoſtibus, de quibus *in §. ult. h. tit.* obſides *l. obſides 11. h. tit.* Et ita cives eſſe oportet qui teſtari volunt, ut ſciant ſe eſſe cives: nam qui dubitant de ſuo ſtatu non poſſunt teſtamentum facere *l. 1. in princ. de legat. 3.* Ex numero civium qui ſunt, non poſſunt teſtari, vel quia in poteſtate alterius ſunt, de quibus ad *pr. tit.* vel quia ejus conditionis, ut voluntatem ſuam recte exprimere certo judicio non poſſe creduntur, quod contingit ex duplici cauſa, ætatis & vitii alicujus, ſive animi, ſive corporis.

Hinc non poſſunt impuberes teſtari § 1. *h. t.* ubi Juſtin. reddit rationem, quod nullum ſit eorum judicium animi, nimirum tale quale requiritur in eo qui ſuper bonis ſuis univerſis perpetuum vult diſponere, conſtans & ſolidum, quam ſtabilem mentem vocat Juſtin. *in l. ult. C. de teſtam. mil.* alias hæc verba poſſint eſſe obnoxia cavillationi, cum impuberes pubertati proximi doli ſint capaces, ut latius diximus *ſup. ad tit. de tutel.* qua de cauſa Vigl. putat, hujuſmodi pupillus ſtatuto poſſe teſtamenti factionem concedi, quod & olim hic qui numerorum tribunatum in impuberi ætate conſecutæ erant fuiſſe permiſſum, docet *l. ult. Cod. de teſtament. milit.* & militare olim potuiſſe impuberes colligere quis poſſit ex *l. ſed & 8. §. jam vero 7. de excuſ. tut.* ſed vitioſa verſio eſt, & in Græco habetur μειόνες ἀφήλικες, id eſt, minoris: à 17. enim demum anno in militiam adlegebantur, non impuberes, etiam Vegetio teſte, & ut maxime aliquando miles eſſet, teſtari tamen non poſſet.

Neque hic permittendum fuit, ut impuberes tutoris autoritate teſtamenta facerent, quippe quæ ab alieno arbitrio pendere non poſſunt, neque hoc permittendum fuit tutoribus, ut cum præjudicio agnatorum bona univerſa, in quibus ſacra quoque & familiæ jura continebantur, autoritate eorum transferrentur.

Alia cauſa contractuum eſt, in quibus etiam ſi quid præter officium egerunt tutores, rationem poſtea coguntur reddere pupillis aut eorum

heredibus. Puberes autem, quoad hoc ut facere poſſint teſtamentum, jure habiles cenſentur, ubi poſtremum anni 14 diem (maſculi ſcilicet) attigerunt *l. à qua 5. de teſtam.* & cur pubeſcant citius fœminæ, rationem dedimus ad *pr. ſup. quibus mod. tut. fin.* Hæc de ætate. Vitium animi, quod prohibet teſtamentum facere, duplex eſt, furor & prodigalitas. De furore res aperta eſt, *in l. 2. & 3. de inoff. teſt.* ſive quis ſit furioſus, ſive mente captus. In prodigo, qui ſane alias non deſtituitur judicio, hæc ratio prohibitionis eſt, *hujus §. & l. is cui 18. de teſtam.* quod ipſi eſt interdicta bonorum adminiſtratio, & cum prodigat bona ſua, & ſine judicio profundat ea, creditur nec recte de iis teſtamento facto diſpoſiturus. Minori autem adminiſtratio bonorum interdicta non eſt, ſed ei dantur curatores, quod alias in contrahendo facile decipi poſſet: quod non præſumitur in teſtamento, in quo tot interveniunt ſolemnitates: ſed & non omnes minores neceſſario accipiunt curatores, ut tractavimus *in § inviti ſup. de curatoribus.* Quid tamen ſi prodigus recte de bonis ſuis, ut quivis ſanus, diſpoſuerit? Et difficile eſt prodigi declarati talem admittere & ratam haberi diſpoſitionem, niſi forte quædam indicia mutatorum morum præceſſerint *arg. l. 1. de curat. furioſi:* Plane Imp. Leo hujuſmodi diſpoſitionem probat *Novell.* 39. Quis autem prodigus ſit, diximus *ad §. furioſi 3. ſup. de curatoribus* Præter rationem qua hic utitur Juſtin. in furioſo, quod mente careat, illa addenda eſt ex L. XII. Tabularum; qua ſancitum eſt, ſi quis furioſus exſiſtat, ut in eo pecuniaque ſua agnatorum & gentilium ſit poteſtas.

Nec ad rem pertinet.] Diximus ad *fin. pr.* quod omnino oporteat quem eſſe habilem eo tempore quo facit teſtamentum.

Si per id tempus.] Contradictionem ſapere videtur, dicere eo tempore furioſum, quo furor eſt intermiſſus. Sed Juſtinianus eo reſpectu loquitur ita, quod hic in ea conditione eſt, ut poſſit furor recurrere. Quid ſi autem talis ſit, quem conſtat habere, ut loquuntur, dilucida intervalla, & poſt ejus mortem producatur teſtamentum ita conditum, ut quivis ſanus diſpoſuiſſet. Et puto veram eſſe eorum opinionem, qui reſpondent pro teſtamento, quam & Vigl. hic probat, & fac. exemplum quod refert *Valer. Maximus libr. 7. cap.* 8. de quondam Tuditano. Tempore intervalli teſtari poſſe, confirmat, *l. 20. de teſtam.* & latius proponitur *in l. furioſus 9. C. qui teſtam. fac poſſ.*

Certe eo quod ante fecit.] In furore factum teſtamentum nullum eſt, nec convaleſcit ceſſante furore, ſed ante furorem factum, valet, nec poſt ſuperveniente furore irritatur.

Idem obtinet in prodigalitate §. ſeq. aut ſi quis poſt ſurdus mutus fiat. *ad dict. leg. is cui 18. l. qui teſt. 20. §. 4. de teſtam. §. Item ſurdus in fin. h. t. L. qui in 6. § de teſtam.* ſecus in iis quæ ſupervenientia ſtatum mutant teſtatoris, veluti ſi quis diminutionem capitis maximam mediam aut minimam, (ſi vid. arrogetur) patiatur, de quo tractatur *in §. alio 4. infr. Quib. mod. teſtam. infirm.* Illud alio pertinet, quod Juſtin. pro ratione adjicit nihil eorum quæ recte geſta ſunt furore irritari poſt ſecuto: quamvis poſſit cauſam præbere, ut per alium actum negotium diſſolvatur, veluti conſtat, olim ob furorem divortium mitti potuiſſe.

TEXTUS.

3\. Item ſurdus & mutus non ſemper teſtamentum facere poſſunt, utique autem de eo ſurdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil poteſt, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam literati & eruditi homines variis caſibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Unde noſtra conſtitutio etiam his ſubvenit, ut certis caſibus & modis ſecundum normam ejus teſtari poſſint, aliaque facere quæ eis permiſſa ſunt. Sed ſi quis poſt teſtamentum factum adverſa valetudine aut alio caſu quolibet, mutus aut ſurdus eſſe cœperit, ratum nihilominus manet ejus teſtamentum.

COMMENTARIUS.

Vitium hoc eſt corporis quod inhibet teſtamenti factionem. Et olim quidem ſimpliciter licet mutus aut ſurdus tantum, non poterant citra permiſſum principis teſtari *l. ſi mutus 7. de teſtam.* Sed Juſtin. in univerſum permiſit ſub hac limitatione *in l. diſcretis 10. Cod. h. t. s.* ut ſi mutus & ſurdus ſimul ſit, ſiquidem natura, nullo modo poſ-

ſit te,

ſit teſtamentum facere: ſin caſu poſſit, ſiquidem literas ſciat. Sin alterutro vitio tantum laborer, ſurdus tantum etiam natura, teſtari poſſit, ſi loqui poſſit, mutus itidem tantum, licet à natura, poſſit, ſi literas ſciat & ſcribere poſſit. Ut quidem recte ſe cetera habeant, ſed illud non facile explicatu, quomodo qui natura eſt ſurdus, loqui poſſit. Et cum omnino audiendo diſcamus quid quæque res ſignificet, penitus impoſſibile eſt, ut poſſit loqui, qui numquam audivit. Et proinde ridiculus eſt Tribonianus *in d. l. 10. C. Qui teſtam. fac. poſſ.* Si, inquit, vox articulata ei à natura conceſſa eſt, nihil prohibet eum omnia quæ voluerit facere: Neque enim à natura vox inditur homini, ſed eam linguam quiſque diſcit quam alios audit loquentes, itaque talis eſt hæc conſecutio & hypotheſis; ac iſta ſi aſinus habet pennas, volat: proſus quiſquis naturaliter ſurdus eſt, eum & mutum eſſe oportet, ut & Plinius ſcribit *lib. 10. nat. hiſt. cap. 69.* Et facetum eſt commentum, quod *in d. l. 10. C. h. t.* ſubdit Juſtinianus, neminem eſſe qui non exaudiat, ſi quis ſupra cerebrum ejus loquatur. Quod ut maxime ſit verum, & tamen falſum eſſe puto, laborioſiſſimus fuerit iſte modus quo quis loqui diſcat, & ſub ipſum faciendi tempus ſtolidum ſis exiſtimare hac ratione fieri poſſe, ut ſurdus animi ſui ſenſa exprimat. Licet enim tum ſonum deſuper loquentis exaudiat, tamen quid ſibi velit, numquam intelligere poſſit. Illi quoque omnino errant, qui putant mutum qui ſcribere non poteſt, impetrare tamen poſſe à principe ut ſibi liceat teſtari; quippe cum hic nec voluntatem ſuam principi exponere poſſit, & ut recte Vigl. hic, quis horum geſticulationes recte percipiat, aut quis talium interpretationibus in re tam ſeria credat. Cogitandum tamen, an non ad interrogationem alterius annuendo poſſit facere teſtamentum. Quamvis hoc videatur periculoſum, & quod nutu fideicommiſſum relinqui poſſe dicitur *l. nutu d. l. 3.* proculdubio ad eum pertinet, qui & loqui poteſt, & fideicommiſſorum latior interpretatio eſt.

TEXTUS.

Cæcus autem non poteſt facere teſtamentum, niſi ſecundum obſervationem, quam Lex Divi Juſtini patris noſtri introduxit.

COMMENTARIUS.

NOn dubium eſt, quin cæcus teſtamentum recte faciat, cum hoc vitium non impediat, quo minus aut loqui aut ſcribere quis poſſit. Sed quia in teſtamento cæci facilius poteſt fraus committi, & voluntatis ſuppoſitio, teſtamentum id paulo accuratius, & ſolemnitatibus pluribus confici voluit Juſtinus, quo perſpicue ſatis exponuntur *in l. hac conſultiſſima. C. qui teſt. fac. poſſ.*

Patris noſtri] Vulgatum eſt & notum, quod Juſtinus adoptaverit Juſtinianum.

TEXTUS.

Ejus qui apud hoſtes eſt, teſtamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit: ſed, quod dum in civitate fuerat, fecit, ſive redierit, valet jure poſtliminii: ſive illic deceſſerit, valet ex Lege Cornelia.

COMMENTARIUS.

DIximus paulo ante, ſi poſt teſtamentum factum quid accidat teſtatori, quo mutetur ejus ſtatus teſtamentum irritum fieri. Mutatur autem ſtatus, cum in hoſtium poteſtatem quis pervenit, quorum ita ſervus efficitur, de quo & diximus *ad §. ſi ab hoſtibus 5. ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.* & ineptus eſt Leo N. 40. ubi neglecta hac ratione juris, quam ſecuti ſunt veteres ICti, contendit, omnino captivis permittendam fuiſſe teſtamenti factionem. Itaque ſi teſtamentum conſervari debet, oportet rationem inire, ut ne teſtator ſtatum mutaſſe, nec in poteſtatem hoſtium veniſſe videatur. Quod faciendum viſum fuit Romanis, ne forte timidius bellica pericula adirent cives Romani, ſi per captivitatem ultima ſua elogia irrita ſcirent futura. Et cum itaque alterutrum fieri neceſſe ſit, ut vel captivus apud hoſtes moriatur; aut ab iis elapſus aut dimiſſus revertatur ad ſuos: in utrumque caſum proſpexit Legiſlator Romanus; ut numquam captus fuiſſe videatur, & ſiquidem redeat, fingatur ſemper retro fuiſſe in civitate Romana: ſin apud hoſtes moriatur, fingatur ipſo puncto dum capitur, imo antequam adhuc capitur, mortuus fuiſſe; prius effectum eſt per fictionem poſtliminii, de qua diximus plura *ad d. §. ſi ab hoſtibus 5. Quib. mod. jus pot. ſolv.* quæ quo autore aut qua Lege introducta ſit, non liquere puto; nam L. Cornelia improprie ſumitur *in l. captum l. 9. C. de poſtlim.* ubi tribuitur L. Corneliæ, quod eſt fictionis poſtliminii,) Poſterior per L. Corneliam

Corneliam

neliam; *h. §. & l. 1. in fin. C. de poſtlim. & capt.* quam quidam & in his Vigl. putant latam fuiſſe primò bello Punico, cum cæſis Romanis ipſe Imp. Regulus & multa millia Romanorum capta fuiſſent. Quod à Scipione aliquo latam eſſe idem Vigl. putat minus probo, quoniam ante bellum ſecundum Punicum vix illuſtre fuit nomen Scipionum. Magis errat, dum pro ratione adjicit, à familia & gente Leges fuiſſe appellatas, imperite confundens familiam & gentem: & ſcilicet *Cornelius*, nomen gentis, *Scipio* nomen familiæ fuit: & proinde, quod à familia nomen Leges acceperint, falſum eſt. Ceteroquin plures fuiſſe Cornelias LL. vulgo notum eſt, & eas diſtinctim refert *Ant. Aug. de LL. [illegible]. Rom.* Objicit Aug. non fuiſſe neceſſariam fictionem poſtliminii ad conſervationem teſtamenti, quod civis fecit, qui in civitate mortuus eſt, quidem pro regula tradatur, media tempora non nocere. *l. ſed ſi 6. §. 2. l ſi alienum 49. §. 1. de hered. inſt. §. in extran. 4. verſ. medio infra de hered. qua.* Ipſe reſpondet hoc procedere, ſi interim non fuerit mutatus ſtatus. Verum de aliis ſupervenientibus nec poſſit eſſe ratio dubitandi, & in *d. l. 6. §. 2.* proponitur factus peregrinus, quomodo ſane mutatur ſtatus. Nimirum iſta regula ad heredem pertinet, non ad teſtatorem, cujus ſi ſtatus mutetur, teſtamentum valere non poteſt.

Quærunt etiam Interpp. cum fingatur reverſus ſemper fuiſſe in civitate, cur non etiam confirmetur teſtamentum apud hoſtes factum? & recte reſpondet Johan. Faber non confirmari, quæ apud hoſtes geſta ſunt, niſi habeant præjacentem materiam, ex quo fit, ut ſi quis ex uxore ſecum capta ſuſtulerit liberos apud hoſtes, & cum iis reverſus ſit, liberi juſti ſint *l. ſive 25. de capt. & poſtlim rev.* quia nimirum matrimonium ante rite contractum erat. Ex quo fit, ut codicilli facti apud hoſtes, ſi revertatur qui ante teſtamentum fecit, ſuſtineantur, *l. in bello 12. §. codicilli 5. eodem.*

***

AD TITULUM XIII. LIBRI SECUNDI INſtitutionum.

DE EXHEREDATIONE *liberorum.*

TEXTUS.

Non tamen ut teſtamentum valeat omnino, ſufficit hæc obſervatio, quam ſupra expoſuimus: Sed qui filium habet in poteſtate, curare debet, ut eum heredem inſtituat, vel exheredem eum faciat nominatim: alioquin ſi eum ſilentio præterierit, inutiliter teſtabitur: adeo quidem, ut ſi vivo patre filius ſit mortuus, nemo heres ex eo teſtamẽto exſiſtere poſſit: quia ſcilicet ab initio non conſtiterit teſtamentum. Sed non ita de filiabus & aliis per virilem ſexum deſcendentibus liberis utriuſque ſexus antiquitati fuerat obſervatum, ſed ſi non fuerant ſcripti herdes, ſcriptæve, vel exheredati exheredatæve, teſtamentũ quidẽ non infirmabatur, jus tamen adcreſcendi eis ad certã portionem præſtabatur. Sed nec nominatim exheredare eas perſonas, parentibus neceſſe erat, ſed licebat inter ceteros hoc facere. Nominatim autem quis exheredari videtur, ſive ita exheredetur, Titius filius meus exheres eſto, non adjecto proprio nomine, ſcilic ſi alius filius nõ exſtet.

COMMENTARIUS.

1 *Varia liberorum differentia.*
2 *De filiabus & nepotibus ex filiis.*

RECte notat Hottomannus, quod hic tit. ideo inſcribatur, *De exheredatione liberorum*, non etiam, *inſtitutione:* quoniam liberi in poteſtate non tam à patre quam à Lege accipere videantur hereditatem

ditatem

ditatem, cum & vivo patre quaſi videantur eſſe domini bonorum *l. in ſuis 11. de lib. & poſthum.* qua de cauſa etiam non adire hereditatem, ſed ipſo jure & ignorantes quoque exſiſtere heredes dicuntur *§ ſui 3. inf. de hered. ab int.* Itaque per exheredationem filius ab hereditate excludendus fuit. Et igitur ſolemnitates teſtandi aliæ ſunt communes, de quibus, ut Juſtin. in pr. ait ſupra videlicet *tit.* 10. expoſitum, aliæ ſpeciales; in ejus teſtamento qui liberos habet. Cujus rei & eorum quæ in pr. *& in ſeqq. §§ & tit.* traduntur, ratio pendet à conjunctione, quæ eſt inter liberos & parentes, & quæ facit, ut aliquando teſtamentum ſit ipſo jure nullum, aliquando modis & remediis legitimis impugnetur & evertatur, ut ſeqq. oſtendent. Cujus diverſitatis ratio rurſus dependet à magna diverſitate, quæ eſt inter liberos teſtatoris.

1 Una † differentia eſt, quod alii tempore teſtamenti facti exiſtunt, alii necdum exſiſtunt, qui non poſſunt facere, ut teſtamentum initio ſit nullum, ſed poſſunt facere, ut iis natis rumpantur teſtamenta. Alia differentia eſt à gradu, quod alii ſunt primo gradu, alii ſecundo, ut nepotes. Tertia eſt à poteſtate, quod alii ſunt ſub ea, alii emancipati. Quarta à ſexu, quod alii ſunt maſculi: alii fœminæ. Quinta à familia, quod alii ſunt de familia, alii extra familiam, veluti nepotes ex filia. Sexta addenda eſt propter novam conſtitutionem Juſtiniani, quod alii ſunt natura liberi, alii Lege, tantum per adoptionem. Hæ omnes differentiæ variant jus, & de ſingulis videndum eſt. Optimo jure ſunt liberi jam nati maſculi, in poteſtate. Hi enim omnino aut inſtituendi ſunt aut exheredandi, & quidem nominatim, ut eſt in fin. hujus textus: ceteroquin ſi alterutrum factum non ſit, teſtamentum eſt nullum, etiamſi filius vivo patre deceſſerit *h. text. & l. filio 17. de injuſt. teſtam.* quia initio interno vitio laborat teſtamentum, & quod ab initio non conſiſtit ex caſu ſecuto non convaleſcit, ex vulgat. reg. Caton. *l. per. de reg. iur.* ſiquidem actus legitimi ſuis viribus niti, non ex incerto eventu pendere debent. Itaque per tale teſtamentum, hoc quod ante factum eſt non rumpitur *l. ſi filius 7. de lib. & poſth.* An autem jure prætorio ſuſtineatur, videbimus ad *§. non tamen infra quibus mod. teſtam. infr.* Hoc autem in hac materia eſt præterire, non inſtituere vel non exheredare. *§. Eadem 12. infra de hered. ab int.* & patet ex *§. ſeq. verſ. ſed fœminini.* legatum autem reliquiſſe non ſufficit, utcunque hoc etiam magnam partem bonorum contineat, oportet enim filium ſucceſſorem eſſe patris, aut legitime & per exheredationem excludi, & quidem, ut in fin. hujus textus docet Juſtin. per exheredationem nominatim factam, quod quale ſit ibidem Juſtin. explicat, & plenius docent ICti, *in l. 1. 2. & 3. de lib. & poſt.* ut ſcilicet vel nomen exprimatur filii, vel certa ejus demonſtratio, quæ nominis vice fungitur *l. certum 6 de rebus creditis.*

Sed non ita de filiabus.] Diximus de filiis: ſequitur de filiabus & nepotibus ſive neptibus ex filio, & ita deſcendentibus per ſexum virilem. Nam nati ex filia, cum non ſint omnino in familia & poteſtate teſtatoris, nec umquam fuerint, & habeant ſuum patrem & avum paternum, ab avo materno liberi prætereuntur, qui jure veteri nec ab inteſtato quidem vocabantur, niſi demum à prætore tertio gradu poſt ſuos & agnatos. Quod cum poſt *in §. pen. infra de hered. ab int. & plene Novel. 118. c. 1.* mutaverit Juſtin. ita ut æquo jure concurrant cum nepotibus ex filio, aut cum avunculis ſuis, licet dubitare an & illi hodie ſint exheredandi, vel ut inſtituendi, & quod remedium habeant, ſi ſe reperiant præteritos.

Et breviter interim dicendum eſt, iis præteritis teſtamentum non eſſe nullum: cum nec olim nepotes ex filia hoc jus haberent, ut teſtamentum nullum facerent, & nec hodie habeant emancipati, (ut poſt dicemus,) nec liberi præteriti à matre, ſed quod jus competit omnibus liberis, qui vocantur ab inteſtato ad ſucceſſionem parentum, hoc quoque competet, querela ſcil. inofficioſi, de qua tit. 18. Jam breviter videamus, quo jure olim fuerint filiæ & nepotes nepteſve ex filio, juxta hunc §. præteriti nec teſtamentum faciebant nullum, nec querela indigebant, ſed quaſi pro ſcriptis habebantur, ita per jus adcreſcendi certam portionem heredibus auferrent. Id ita explicatur à veteribus ICtis. Paulus 3. *ſent.* 4. filio & extraneo æquis partibus heredib. inſtitutis, ſi filia (hoc enim verbum addendum eſt,) præterea adcreſcat, tantum ſuo avocabit quantum extraneo. Si autem duo filii ſunt inſtituti, ſuis tertiam, extraneis (ſi ſcilicet cum duobus filiis aut etiam ſoli ſint inſtituti) dimidiam tollit. Cajus 2. *inſtit.* 3. Si pater præterierit filiam, non rumpit teſtamentum filia prætermiſſa, ſed inter fratres ſuos legitimo ſtante teſtamento ſuam ſicut alii fratres conſequitur portionem. Si vero extranei heredes ſcripti ſint, ſtante teſtamento filia medietatem he-

reditas adquiret. Ulpianus *tit.* 22. §. *ex ſuis* 14. Filia, nepos, neptis (ſi ex filio) præteriti ſcriptis heredibus adcreſcunt, ſuis quidem in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam, Theophilus hic [illegible] [illegible]. In ſumma, aut nullis liberis filiis ſcilicet ſuperſtitibus inſtituti ſunt extranei ſoli: aut ſoli filii: aut mixtim filii & extranei. Primo caſu filia accreſcit in dimidiam ſive aufert extraneis dimidium, ſive una ſit filia ſive plures præteritæ filiæ aut nepotes. Secundo caſu accreſcit filia præterita in virilem, ut Ulp.* & Cajus ſcribunt, & quidem ſingulari numero de filia, ſed putatim ſingulas, ſi plures ſint, auferre virilem, perinde ac ſi ab inteſtato ſuccederetur, ſatis enim patri tribuitur quod teſtamentum cõſervatur: ceteroquin ſi plures ſint filiæ, aut etiam nepotes ex filio, nimis parum conſequerentur. Tertio caſu ſcribit Paulus, ſi filius & extraneus æquis partibus inſtituti ſint, filiam tantum avocare ſuo quantum extraneo, ſin duo filii ſint inſtituti, & extranei, filiis adimere tertiam, extraneis dimidiam. At vero cur & non illic adimet extraneo dimidiam, aut cur illic plus adimet ſuô quam hic, & cur non utrobique idem jus: Aut an pari quoque cauſa auferr dimidium ſuo, eiq; ſicut & extraneo adcreſcit ad virilem? Atque ita utrobique idem jus erit, quæ ſane videtur ſententia Pauli. Nam poſteriori caſu, ſi duo filii in ſemiſſe, ſinguli in tribus unciis ſint inſtituti, dum ſingulis filia aufert tertiam, & ſcilicet unam unciam, conſequitur virilem, & tantum habet quantum ſinguli fratres, quorum deducta uncia una quiſque retinet duas. Itaque conſtans jus erit ut filia accreſcat ſuis fratribus in virilem, extraneis in dimidiã. Et conſequenter falſum erit, quod ſcribit Hottoman, filio & extraneo inſtitutis ex æquis partibus, filium, accreſcente filia habiturum trientem, extraneum quadrantem, filiam, quincuncem. Ita enim contra Paulum filia minus avocaret ſuo quam extraneo, & imo juxta Paulum filia habebit ſemiſſem, quippe quæ utrique & filio extraneo detrahet dimidiam, atque ita fiet ex accidenti, ut plus habeat filia quam filius. Aut an forte tantum habebunt omnes filiæ, licet plures ſint; plane in iſtis non eſt immorandum, cum hoc jus ſuſtulerit Juſtin. *in* §. *ſed hæc*, *infra h. t.* Hoc primum eſt, in quo olim differebant filii à filiabus & nepotibus. Alterum eſt, quod in fin. hic proponitur. & cujus veſtigium eſt *in l. ſi quis* 6. §. 1 *ad L. Corn. de falſ.* quod filiæ & nepotes poterant inter cæteros exheredari generali clauſula, quippe cum nec præteriti facerent nullum teſtamentum, ſed nominum ita inter ceteros exhæredatæ iſtæ perſonæ, non accreſcebant heredibus, ſicut præteritæ, ſed ſi non accepiſſent legitimam, de inofficioſo iis agendum erat, de quo *infra tit.* 18. Illud autem quæri † poſſit, cum olim etiam ſui præteriti habuerint bonorum poſſ. cont. tabb. de quo *infra lib.* 3. *tit.* 10. an etiam filiæ præteritæ & nepotes potuerint uti iſto remedio. Ego magis negandum puto, quoniam præteriti utentes remedio præterito melius agere dicebantur, quam ſi dicerent teſtamentum nullum quomodo quoque totum teſtamentum ad nihilũ redigebitur, atqui præteriti nepotes & filiæ jus dicendi nullũ non habebant, & proprio remedio juris civilis illis ſatis conſultũ erat. Ratio autem diverſitatis inter filios & ceteros liberos ea eſſe videtur, quod fœminæ cũ nubendo tranſirent in alienã familiã, item; ceteri liberi tamq̃ gradu remotiores, non videbantur ita arcte eſſe cõjuncti teſtatori, ſicut filii, neq; eadẽ cõditione illis bona deberi; Unde fiebat, ut filiæ & nepotes ex poteſtate patris exirent una mancipatione & manumiſſione, cũ in filiis tres eſſent neceſſariæ, ut expreſſe ſcriptum eſt *in l. vet.* 2. §. 1 *de inuſt. teſtam & ab Ulp tit.* 10. *in princ.*

TEXTUS.

2\. Poſtumi quoque liberi vel inſtitui debent hæredes vel exhæredari. Et in eo par eſt omnium conditio, quod & filio poſtumo, & quolibet ex ceteris liberis, ſive fœminini ſexus, ſive maſculini, præterito, valet quidem teſtamentum, ſed poſtea agnatione poſtumi ſive poſtumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoq; ſi mulier ex qua poſtumus, aut poſtuma ſperabatur, abortũ fecerit, nihil impedimento eſt ſcriptis hæredib. ad hæreditatẽ adeundã. Sed fœminini quidẽ ſexus perſonæ vel nominatim vel inter ceteros exhæredari ſolebant, dũ tamen ſi exhæredarẽtur inter ceteros aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ per oblivionẽ. Maſculos vero poſtumos, id eſt, filios & deinceps placuit non aliter recte exhæredari, niſi nominatim exhæredarentur, hoc ſcil. modo: Quicunq; mihi fil' genit' fuerit, exhæres eſto.

COMMENTARIUS.

DIximus de liberis in poteſtate jam natis, cum teſtamentū fiebat, ſequitur de needū natis, id eſt poſtumis. Ita enim in hac tractatione dicitur, quiſquis etiam vivo patre poſt teſtamentum natus eſt, *l. 3. §. 1 & l. poſtumus 12. in prin. de iniuſt. & ſt.* Hi liberi etiamſi maſculi ſint primo gradu, hactenus differunt à jam natis, quod his præteritis teſtamentum eſt nullum initio; illis autem præteritis teſtamentum initio valet, & natis demum rumpitur; *h. §. l. 1. & 3. in princ. de iniuſt. teſt. & l. Cod. de poſthum. hær inſt.* Quoniam poſt fieri, ut non naſcantur, ſed mulier faciat abortum, quod ſi fiat, teſtamentum firmum manet. *leg. 2. Codic. de poſt. hæred. inſt.* ex ratione *l. qui mortui 129. de V. S.* Itaque hactenus nec pro natis haberi poſſunt; & cum nati omnimodo rumpant, nullum ipſis in cōmodum affertur, itaque fruſtra hic objicitur, quod qui in utero eſt, quoties de ipſius commodo agitur, habeatur pro nato.

Et in eo par omnium conditio eſt.] Filia nata præterita teſtamentum non rumpitur, ut ad prin. diximus, ſed filia poſtuma præterita teſtamentum ea nata non minus rumpitur, quam ſi poſtumus filius præteritus natus fuiſſet. Etenim incertum eſt an filius an filia ſit in utero: & cum quam benigniſſime præſumamus de voluntate parentum erga liberos, creditur, qui in utero eſt oblivione præteritus eſſe. Igitur omnino poſtumus vel poſtuma exhæredandi ſunt, (alias teſtamentum rumpunt) non tamen eodem modo. Filius enim poſtumus nominatim exhæredandus eſt; filia poſtuma exhæredari poteſt inter ceteros, ut tamen (in quo differt à filia jam nata) ei adſcribatur legatum; ne ut ait Juſtinian. præterita videatur per oblivionem: Ceteroquin pro poſtuma nata dici poſſet, non debere eam ſub generali clauſula cōtineri, quā pater forte in utero eſſe gnoraſſet. An autē hodie omnino poſtumi poſſint exhæredari, dicemus *infr. ad t. de inoff teſt.* Ait Juſtinianus.

Maſculos poſtumos filios & deinceps.] Commune jus eſt, ut diximus, poſtumorum maſculorum & fœminarum, ut ſint exhæredandi: ſed hac differentia, quod hæ quidem exhæredari poſſunt, & inter ceteros adſcripto tamen legato, illis autem legatum adſcripſiſſe non ſufficit, ſed exhæredandi erant nominatim, id eſt, ut hoc loco explicat Juſtin. hoc modo, *Quiſquis filius mihi genitus fuerit, exhæres eſto.* Ceteroqui verbo *nominatim* in ſpecie accepto, poſtumi, qui needū nomen habent, nominatim exhæredari non poſſunt, Sed quid eſt, quod ait Juſt. *filios & deinceps?* deniq; videtur aliter iſtud accipi poſſe, quā ut intelligat tantum nepotes poſtumi ex filio prædefuncto. Sed non videtur rationis, ut hos neceſſum ſit exhæredari nominatim; verum quod ſufficiat inter cæteros exhæredare cum legato, illa ratio facit, quod ſi jam nati ſunt, poſſunt & ſimpliciter inter ceteros exhæredari, & imo etiā ſalvo teſtamento præteriri, *juxta pr. hujus tit.* Qua in re cum eodē jure utātur quo fœminæ, difficile dictu eſt, cur hactenus differant, ut neceſſe ſit eos ſi adhuc in utero ſint, nominatim exhæredari. Viglius hic rationem ignorare ſe ingenue fatetur. Hottom. affert hanc rationem, quod de patrum voluntate erga liberos ſemper præſumamus & judicemus benigne. ſed jam diximus, non poſſe præſumi benigne ſi pater adſcripſerit legatum. Probabiles ſunt rationes quas adducit Weſemb. quod vetuſtas plus mares & quidem & maſculos progenitos dilexerit, & quod teſtator nepotem ex filio, in quo eſt ſpes propagationis nominis & familiæ non facile præſumi poteſt, & debet inter ceteros voluiſſe exheredare: & præcipue quod ſi maxime legatum adjecerit, tamē niſi nominatim poſtumum nepotem exhæredaverit, credatur exiſtimaſſe fœminam poſtumam naſcituram, quæ inter ceteros cum legato recte exhæredatur; quæ ratio in nepotibus etiam maſculis jam natis ceſſat, ſecundum hoc quod ſubjici Juſtinianus formulam exhæredandi, *Quiſquis mihi filius, &c* exempli cauſa ſcriptum accipi debet; quoniam alias appellatione filii præſertim in materia odioſa nepot non continetur. Facit omnino ad explicationem hujus rei, quod Ulp. ſcribit, nepotes & pronepotes ceteroſque maſculos poſtumos præter filium vel nominatim, vel inter ceteros cum legati adjectione placuiſſe exhæredandos: ſed tutius eſſe ut nominatim exhæredentur; & id obſervari magis. Ita ille *l. 12 § nepotes 18.* ex cujus verbis apertum fit, rationem illā quā diximus, feciſſe, ut poſſet exhæredari inter ceteros; ſed rationes poſteriores ex Weſemb. feciſſe, ut aliud potius obſervaretur.

TEXTUS.

3\. Poſtumorum autem loco ſunt, & hi, qui in ſui hæredis locum ſuccedendo quaſi agnaſcendo fiunt parentibus ſui hæredes; ut ecce ſi quis filium & ex eo nepotem in poteſtate habeat, quia filius gradu præcedit, is ſolus jura ſui hæredis habet, quamvis nepos quoq; & neptis ex eo in eadem

Digitized by Google

poteſtate ſint: Sed ſi filius ejus vivo eo moriatur aut qualibet alia ratione exeat de poteſtate ejus, incipit nepos neptis ve in ejus locũ ſuccedere, & eo modo jura ſuorum hæredum quaſi adnatione nanciſcitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus teſtamentum, ſicut ipſum filium vel hæredem inſtituere vel exhæredare debet teſtator, ne non jure teſtamentum faciat; ita & nepotem neptemve ex filio, neceſſe eſt, ei vel hæredem inſtituere vel exhæredare, ne forte eo vivo, mortuo filio, ſuccedẽdo in locũ ejus nepos neptiſve, quaſi adgnatione rumpat teſtamentum: idq; Lege Julia Velleia proviſum eſt, in qua ſimilis exhæredationis modus ad ſimilitudinem poſtumorum demonſtratur.

COMMENTARIUS.

1 *Poſthumus, unde dictus.*
2 *Species poſthumorum.*
3 *Eorum jus in rumpendo teſtamento.*

1 QUomodo ſcribendum ſit, poſtumus an poſthumus, † Grammaticorum diſputatio eſt, & eadem fere quæ de verbis, teſtamenti, poſtliminii, æditui, aut æditimi; & quamvis *Cuiac.* 5. *obſ.* 4. velit *unius* eſſe productionem verbi, & *poſtumum* nihil aliud ſignificare quam poſtremum, tamen quas ipſe adducit in contrarium autoritates ipſius opinioni repugnãt, nec quidquam loca ex aliis ab ipſo adducta movent, quippe quod verbum aliquod extra propriam ſuam & nativam ſignificationem, per translationem latius uſurpari poſſit. Nec quidquam etiam facit, quod ad præc. §. diximus, poſtumum dici etiam, qui vivo patre poſt teſtamentum natus eſt; ita enim dicitur quoad effectum de quo hic tractatur, rumpendi teſtamenti; ſicut & hoc §. qui ſuccedendo in locum hæredis ſui teſtamentum rumpit, poſthumorum loco eſſe dicitur, quem poſthumum vere & proprie eſſe nemo dixerit. Hic autem locus poſtulat, ut ſpecies poſthumorum explicemus. Sunt ſcilicet poſthumi vel vere,
2 vel quaſi; † Veros poſthumos omnino eſſe puto, qui nati poſt humatum patrem ſunt. Quaſi vero poſthumi ſunt qui effectum habent poſthumorum verorum, quoad effectum hunc, rumpendi teſtamenti, licet vivo teſtatore poſt teſtamentum, *l.* 3 §. 1. *de injuſt. teſt.* aut etiam ante teſtamentum nati fuerint, ſed poſt teſtamentum demum locum ſortiantur hæredum ſuorum, quod accidit fere dupliciter, 1. ſi quis poſt teſtamentum factum adrogaverit aliquem ſibi in filium; hic enim ſi ſe præteritum deprehendat, teſtamentum rumpit, ut docet *l filio* 23. *de lib. & poſt.* 2. qui eſt hujus §. caſus, ſi qui teſtamenti tempore ſecundo gradu alio præcedente erat, poſt vivo adhuc teſtatore priori gradu ſubmoto, ſuus hæres eſſe incipiat, *h.* § *& leg poſtumorum* 13, *de injuſt. teſt.* neque enim ut quis ſuus hæres ſit, ſufficit eſſe in poteſtate, ſed gradu primo, vel proximo eſſe oportet; quem nemo præcedat §. *ſui* 2. *infra de hæred. qualit. & differ.* §. *ſui* 2. *in fin. infr. de hæred. ab int.* præcedens enim gradus ſemper obſtat ſequenti, *l. ſi quis* 6. *in fin princ. de injuſt teſt.* Adeoque non neceſſe habet avus ſuperſtite † adhuc filio exhæredare nepo- 3
tem ex ipſo natum, & rurſus firmum manet teſtamentum, ſi eo adhuc ſtatu durante, id eſt vivo filio avus decedat: Sed ſi contingat filium præmori, nepos ſubintrans in locum patris prædefuncti, vel etiam emancipati, ſi deprehendat ſe præteritum, ad inſtar poſthumi rumpit teſtamentum. Itaque avus qui filium habet, & ex eo nepotem, ſi omnino ſecure teſtari velit, in caſum quem diximus, neceſſe habet nepotem quoque exhæredare, vel inſtituere h. §. Ait autem Juſtin. Ne eo modo rumpatur ejus teſtamentum, ſicut ipſum filium, vel hæredem inſtituere, vel nominatim exhæredare debet teſtator, ita & nepotem neptemve ex filio, neceſſe eſt ei, vel inſtituere hæredem, vel exhæredare. Apparet hinc melioris eſſe conditionis neptem ex filio, quam filiam, quæ præterita non rumpit teſtamentum. Sed nimirum hic agitur de nepte, quæ teſtamento facto non habuit proximum gradum in familia defuncti, ſed demum præmortuo patre ſuccedit in ejus locum inſtar poſthumæ. Cum ergo in poſthuma filia id juris eſſet, ut expreſſum eſt §. *præcedent*; ut ſalvo teſtamento ea præteriri non poſſet, merito in nepte ex filia idem ſtatutum fuit, quia credimus fuiſſe avum eam inſtituturum, ſi tempore facti teſtamenti in ejus familia proximum gradum obtinuiſſet. Sed an neptis ex filio erit exhæredanda nominatim? Id videtur hic §. ſuadere, dum filium ait nominatim exhæredandum eſſe, & mox cum filio comparat nepotem & neptem ex filio. Et tamen iſtud repugnat rationi, quia neptis ex filio ſuccedens in locum patris prius jure

poſt

poſthumæ, atquin filia vere poſthuma, teſtamento ſalvo inter ceteros exhæredari poteſt, ſi modo adſcribatur ei legatum, ne oblivione præterita videatur *§ præcedens.* quod ipſum non videtur neceſſum eſſe in nepte jam nata ex filio, quam nō poteſt oblivione videri præteriiſſe pater: itaque ſufficiet omnino eam in genere exhæredatam eſſe. Et hanc ſententiam prorſus veram eſſe puto; & ad hunc locum reſpondeo, quod qualitas exhæredationis nominatim faciendæ, quæ in priori parte comparationis requiritur, non ſit repetenda in redditione, ubi etiam agitur de nepte; ſicut nec repetitur h. §. nec in *leg. poſtumorum* 13. *de injuſt. teſtament.* Sed comparatio facta ſimpliciter intelligenda eſt, quoad exhæredationem attinet, non quo ad ejus ſpeciem formam, modum: nam & qui exhæredatur inter ceteros, utiq; exhæredari eum verum eſt. Et cum Juſtinian. in d. redditione, ſimul de nepote & nepte loquatur, neceſſe habuit indefinite dicere, (& recte dixit) exhæredandos eſſe, non expreſſo an nominatim an vero inter ceteros: & ex præmiſſis hoc explicandum, & ſubjectis propriis applicandum reliquit; nec ulla ratio excogitari poteſt, propter quam neptes ex filio debeant nominatim exhæredari. Quod attinet ad nepotes ex filio, in locum præmortui patris ſuccedentes, cum jure poſtumorum, utantur, reperimus, quæ ad *fin § præc.* de veris poſtumis ex filio diximus.

Idque L. Junia Velleia proviſum.] Proponitur hujus L. ſententia in *leg Gallus* 29. *§. nunc de 11. cum ſequentibus de liberis & poſthum.* quibus locis ſcribitur, Legem Velleiam caviſſe, ut nepos inſtitutus ſuccedens in locum patris non rumperet teſtamentum. Ubi non levis ſcrupulus eſt, quorſum opus fuerit hac Lege; & quæ ratio, ut nepos etiam inſtitutus in præmortui patris itidem inſtituti locum ſuccedens rumperet teſtamentum. Hoc enim diſpoſuiſſe Legem Velleiam, ex jam d. loco apparet, aut oporteat eam ita explicare, ut nepos quem præcedebat filius, jure veteri non potuerit inſtitui: & hoc primum per L. Velleiam fuerit admiſſum; cujus rurſus juris non videtur in aperto eſſe ratio: Quoniam iſta ſunt hodie ſublata, breviter agendum eſt. Videtur iſtius rei hæc non improbabilis ratio, quod ut jure ſui ſuccedens non rumpat teſtamentum, oportet eum eſſe inſtitutum tamquam ſuum; quem autem pater præcedit eo tempore, quo teſtamentum factum eſt, tamquam ſuus inſtitui non poteſt; non autem ſufficit eum inſtitutum tāquam extraneum, qui eo tempore quo moritur teſtator, reperitur ſuus, & quid autem ſi facto protinus teſtamento deceſſiſſet teſtator, obſtante tum adhuc patre nullo modo ſuccedere potuiſſet. Eoque non obſtat *lex ſi qui* 18. *de injuſt. teſtam.* nam ibi nullus fuit, qui inſtituturum jure ſui præcederet. Sed & Juriſconſulti noſtri demum poſt Legem Velleiam ſcripſerunt, quæ hactenus ſubtilitati juris veteris derogavit, ut recte inſtitueretur nepos jam tempore teſtamenti natus; quamvis adhuc filio ſuperſtite, & ut prædefuncto in ejus locum ſuccedens non rumperet teſtamentum. Addit in fin. §. Juſtinian. in Lege Velleia ſimilem eſſe exhæredationis modum demonſtratum, ad ſimilitudinem poſthumorum. Quod ut rectius intelligatur, ſciendum eſt, quod ut poſtumi; qui nati omnimodo quoque ſui futuri eſſent, & ſcilicet ex uxore & ipſi tamquam incertæ perſonæ, aut his ſimiles, non tam ex L. 12. tabb. quam ex interpretatione prudentum olim potuerint inſtitui. Id non ita pariter receptum fuit, in poſthumo, qui ex filii prædefuncti, ante avum, ſed poſt teſtamentum factum, uxore naſciturus eſſet: Sed ut recte fieret, effecit Gallus Aquilius, introducta formula, qua inſtitueretur, qui tempore facti teſtamenti, in utero erat uxoris filii, in hunc eventum, ſi ante avum mortuo filio, poſt avi mortem nepos naſceretur, ut vigore & virtute particulæ TUNC ipſo inſtitutionis tempore videretur ſuus, qui alias in rei veritate, tempore teſtamenti natus, ſuus non fuiſſet, *l. Gallus* 29. *in pr. de lib. & poſth.* & plurib. diſputat *A. Fab.* 9. *conject.* 1. Quæ ratio faciebat, ne ante hic poſthumus inſtitui poſſet; quia ſuperſtite adhuc filio, ſi ipſo teſtamenti facti tempore natus fuiſſet, non fuiſſet ſuus, & expectari eventum mortis filii jam etiamnum viventis, non placuit. In caſum autem quo vivo teſtatore nepos naſceretur, Gallus non proſpexit, quoniam licebat avo, mutato teſtamento inſtituere, aut exhæredare nepotē. Sed quia nec ſemper licet mutare teſtamentum, nec ſemper commodum eſt, ſubvenit Lex Velleia, quæ prima parte de nepotibus poſt teſtamentum vivo avo naſcituris; ſecunda, de nepotib. tempore teſtamenti jam natis locuta eſt. Utrobiq; ſcilicet ubi tempore teſtamenti facti filius adhuc ſuperſtes eſt, ſed ante patrem ſuū decedit: & effecit dicta Lex Velleia, ut utrobique caſu inſtituere liceret recte nepotes, & ut inſtituti & præmortuo filio in locum patris vivo avo ſubintrantes, non rumperent teſtamentum: Utraque hæc pars legis Velleiæ proponitur in *l. Gallus* 29. *§. nunc* 11. *cum ſeqq. de lib. & poſthum.* Juſtinianus, cui

iſtud plene tractare propoſitum non fuit, tantum ex ſecundo ejus capite propoſuit, de nepotibus tempore teſtamenti facti natis, & qui præteriti, præmortuo patri ſuccedendo, in ſpecie, dicuntur rumpere teſtamentum: cum primum caput L. Velleiæ pertineat ad caſum, quo nepos ex filio adnaſcendo in ſpecie, rupiſſet teſtamentum, ſi præteritus fuiſſet: qui ſcilicet præmortuo jam filio natus eſt, cæterorum ſi vivo filio natus ſit, & hic poſt demum avo adhuc ſuperſtite moriatur, hoc ad ſecundum caput L. Velleiæ & ad hunc noſtrum §. pertinet, de quo & ruptione per adgnationem & ſucceſſionem agemus *infr. tit. 17.* Et hoc eſt nimirum, ut eo redeamus, quod ait Juſtinianus, per L. Velleiam ſimilem modum exheredationis, ad ſimilitudinem poſtumorum demonſtrari: voluit enim Lex Velleia, vivis nobis natos *ſimiliter* non rumpere teſtamentum, ut habent verba *d. l. Gallus 29. §. nunc tt. de lib. & poſt.* id eſt, quod Gallus introduxit, in eventum, quo nepos poſt avi mortem naſciturus eſſet: idem introduxit Lex Velleia & produxit ad caſum, quo nepotes nobis vivis naſcituri, aut etiam tempore teſtamenti jam nati eſſent: ut eodem modo ad effectum conſervandi teſtamenti eos exheredari aut inſtituere liceret. Hactenus enim & ut teſtamentum firmum ſit ipſo jure, eadem eſt inſtitutionis & exheredationis ratio; & quo jure ſcilicet ante Gallum & L. Velleiam nepotes ex filio inutiliter inſtituebantur, & inſtituti quoq; rumpebant, eodem jure probabile & omnino verum eſt, eos nec recte exheredari potuiſſe. Sed de iſtis prolixius & ſubtilius hic agere, nec liber nec li[illegible] hunc ſaltem addo, perſpicue hic nimis lab. Viglium, dum putat in *pr. tit. hujus*, ubi traditur, nepotes ex filio ſalvo teſtamento potuiſſe præteriri, referri jus antiquum, quod correctum fuerit per L. Velleiam: cum omnino abſurdum ſit exiſtimare, jus iſtud quod jam tempore JCtorum noſtrorum abolitum erat, proponere Juſtinianum voluiſſe: & nimirum in d. pr. agitur de nepotibus, qui tempore teſtamenti facti jam præmortuo autem emancipato filio, proximum gradum obtinent, ſed in hoc §. de iis, quos tempore teſtamenti pater præcedebat & quos avus inſtituiſſet, niſi filius eos præceſſiſſet: & ob id merito præteriti, ſuccedentes vivo avo in locum patris, teſtamentum rumpunt. Ex his autem addendum pro pleniore diſtinctione poſtumorum, quod alii ſunt ex uxore noſtra, alii ex uxore filii qui vel naſcituri ſunt mortuis nobis, qui inſtitui poſſunt ex formula Galli: vel vivis nobis, de quibus L. Velleia: ita conſiderantur vel ratione teſtamenti facti, vel mortis avi.

TEXTUS.

4\. Emancipatos liberos jure civili neque heredes inſtituere, neque exheredare neceſſe eſt: quia non ſunt ſui heredes. Sed prætor omnes, tam fœminini ſexus quam maſculini, ſi heredes non inſtituantur, exheredari jubet: virilis ſexus nominatim, fœminini vero inter ceteros: quia ſi neque heredes inſtituti fuerint, neq; ita, ut diximus exheredati, promittit eis prætor contra tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem.

COMMENTARIUS.

Jus civile ſucceſſionem tantum tribuit ſuis & agnatis, ab inteſtato: Alios non agnoſcit; [illegible] pluribus *infr. lib. 3.* Emancipati nec agnati ſunt, nec ſui, (de quo effectu emancipationis diximus ad *tit. ſup. Quib. mod. jus pat. pot. ſolu.*) itaque neque neceſſum erat eos nominatim inſtituere vel exheredare, ſed ſalvo teſtamento recte præteribat eos pater. Prætor autem, qui naturalem rationem hic ſecutus, ab inteſtato eis bonorum poſſeſſionem dedit § *emancipati 8. Inſt. de hered. ab int.* idem conſuluit iis ſi teſtamento facto præteriti eſſent, per bonorum poſſeſſionem cont. tabulas, de qua in §. 1 *inſ. de bon. poſſ.* [illegible] effectu tantum juris habent ex prætorio pure emancipati, quantum ſui ex jure civili. Hoc eſt quod hic Juſt. ait, velle & jubere prætorem, ut etiam liberi emancipati maſculi & fœminæ, inſtituantur aut exheredentur: & quidem itidem obſervata differentia juris civilis, & ſcil. ut maſculi exheredentur nominatim, fœminæ inter ceteros, ut notatum ad *pr. tit.* At enim ibi diximus, potuiſſe olim fœminas omnino præteriri, ut tamen teſtamentum ſalvum eſſet. Et igitur differentiam juris civilis non recte obſervavit prætor, & melioris conditionis ſunt fœminæ emancipatæ jure prætorio, quam in poteſtate, jure civili. Sed nimirum jus civile ſuccurrebat fœminis præteritis, ut jure accreſcendi partem auferrent: quo modo cum iis præteritis ſuccurrere prætor non poſſet, merito præteritis quoq; filiabus dedit poſſ. bon. cont. tabb. neq; enim jure noſtro præteritio patris habetur pro exheredatione. Poteſt tamen forte affirmari, quod fœminis emancipati

cipatis potuerit hactenus tantum ſuccurri per bon. poſſ. cont. tabb. & hactenus quoque ſaltem fuerit ſuccurſum, ut tantū caperent, quantum jure civili capiebant ſuæ per jus adcreſcendi. Nec enim habent quod conquerantur emancipatæ, ſi ad inſtar ſuarum rejiciantur: idq; expreſſe ita ſcribit *Theoph. hic.* Quod autem & quare hoc remedium bonor. poſſ. cont. tabb. conceſſum etiam ſit ſuis, qui poſſunt dicere teſtamētum nullum, ubi præteriti ſunt, dicemus *inf. l.3. tit.10.* Ceteroquin eſt iſtud remedium ſua natura reſciſſoriū, quippe cum teſtamentum jure civili valeat, in quo præteriti ſunt emancipati, qui ſunt jure civili pro extraneis, quandoquidem ſuitatis & agnationis jura amiſerunt *l. tutelas 7. de cap. min. l. ſed cum 6. §1. de bon poſſ.* ubi JCtus ait, quod prætor reſcindat capitis diminutionem quæ verba oſtendunt, eos à prætore non tam quā emancipatos, quam ſub quodam colore ſuitatis, & perinde ac ſi adhuc in poteſtate eſſent, admitti.

TEXTUS.

5. Adoptivi liberi, quamdiu ſunt in poteſtate patris adoptivi, ejuſdem juris habentur, cujus ſunt juſtis nuptiis quæſiti. Itaq; heredes inſtituendi vel exheredādi ſunt, ſecundum ea quæ de naturalibus expoſuimus. Emancipati vero à patre adoptivo, neq; jure civili, neq; eo jure quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverſo quod ad naturalē parentē attinet, quamdiu quidem in adoptiva familia ſunt, extraneorum numero habeantur, ut neq; hæredes inſtituere eos, neq; exheredare neceſſe ſit. Cum vero ab adoptivo patre emancipati fuerint, tunc incipiant in ea cauſa eſſe in qua futuri eſſent, ſi emancipati à naturali patre fuiſſent.

COMMENTARIUS.

Diximus de liberis naturalibus. Sequitur de iis qui ante mox lege per adoptionem facti ſunt. Hi eodē jure ſunt, quo illi juxta hoc §. tradita & in *l.1 de bon. poſſ cont. tabb. in pr. l.1. § liberos 6. unde liber. l.1 & paſſ de adopt.* & procul dubio his quoq; præteritis teſtamentū eſt nullū, ut docet hoc §. Juſt *verſ. itaq.* ſicut & ſi poſt teſtamentum adoptati ſunt illud procul dubio rumpunt *l. verū 8. l de injuſt. teſt.* ubi miror judicium Hotto, qui ex eo loco probari putat, meliori eſſe conditione filiam adoptivam, quam filiam naturalem, quod hac præterita teſtamentū maneat firmum, in *pr. h.t.* non autē illa præterita per *d. l. 8.* neq; enim agit Ulp in *d l. 8.* de filia adoptiva quæ jam teſtamenti facti tempore fuit in poteſtate, cujus præteritio quod olim teſtamentum fecerit nullum penitus falſum eſt. Sed de ea quæ poſt teſtamentum adoptata fuit, & adnoſcendo & quaſi inſtar poſtumæ teſtamentum rumpit: hactenus autem eandem conditionem eſſe maſculorum & fœminarum, ut præteriti teſtamēntum rumpant, expreſſit ipſe Juſtin. in §. 1 *h.t.* Atque ita jus eſt adoptione durante, quo caſu & civili & prætorio jure hactenus inſtar verorum liberorum habentur; & utroque rurſus jure pro extraneis quo ad patrem naturalem *h. §. verſ. qua ratione*, ut nec præteriti teſtamentum nullum dicere, nec bon. poſſ cont. tabb. petere poſſint *§. eadem 12. infr. de hered. ab int.* neque enim quis jus liberorum quo ad effectum ſuccedendi, in duorum patrum bonis ſibi adrogare poteſt. Soluta adoptione, (quæ eſt inventum civile) per emancipationem, nullum omnino jus filius retinet nec jure civili nec prætorio, nec teſtamento facto nec ab inteſtato *h. §. verſ. emancipatis § minus: ergo 11 inf de her. ab int.* Itaq; ne omnino ſucceſſione patris unius ſaltē, fraudentur, ex jure prætorio jus recipiunt ad bona patris naturalis, perinde ac ſi ab hoc emancipati fuiſſent & in eodē ſtatu ſemper manſiſſent *h §. inf. §. at hi 10. verſ. nam vivo inſ. de her. ab int.* nec intereſt an in adoptionē à patre naturali dati, an qui emā ipati à patre naturali adrogandos ſe dederunt, poſt rurſum à patre adoptivo fuerint emancipati, ut colligitur ex *h §. & d §. 10 in pr* quod & ipſa ratio ſuadet.

TEXTUS.

6. Sed hæc quidem vetuſtas introducebat: noſtra vero conſtitutio inter maſculos & fœminas in hoc jure nihil intereſſe exiſtimans, quia utraq; perſona in hominū procreatione ſimili naturæ officio fungitur, & antiqua XII. tabb. lege omnes ſimiliter ad ſucceſſionem ab inteſtato vocabātur, quod & prætores poſtea ſecuti eſſe videntur: ideo ſimplex ac ſimile jus in filiis & filiabus & in ceteris deſcendentib.

per

Digitized by Google

perſonis per virilem ſexum, non ſolum jam natis, ſed etiã poſthumis introduxit, ut omnes ſive ſui, ſive emãcipati ſint, vel hæredes inſtituantur, vel exhæredentur nominatim, & eundẽ habeant effectum circa infirmanda teſtamenta parentum ſuorum infirmanda, & auferẽdam hereditatem, quem filii ſui vel emancipati habent: ſive jam nati ſint, ſive adhuc in utero conſtituti poſtea nati ſint. Circa adoptivos autem filios certã induximus diviſionem, quæ in noſtra conſtitutione, quã ſuper adoptivis tulimus, continetur.

COMMENTARIUS.

1 *Mutatio iuris veteris.*
2 *Rationes mutationis an bonæ.*
3 *An emancipati præteriti faciant teſtamentum nullum.*

HActenus relatum eſt jus vetus, ſatis copioſe, & forte prolixius quam decebat in his Inſtitutionibus: ſequitur jus novum Juſtiniani. Triplicem
1 † autem tollit differentiam juris antiqui, inter maſculos & fœminas, inter liberos primi & ulterioris gradus, inter liberos natos & naſcituros. In f. autem §. per relationem ſubjicit, quid ſtatuerit de adoptivis. Cauſa impulſiva hujus mutationis fuit præcipue favor ſexus fœminei: inde cum olim eodem jure eſſent nepotes, quo fœminæ, juxta *pr. huius tit.* ſimul & iſta differentia ſublata fuit. Cur
2 exæquaverit fœminas † maſculis duplicẽ reddit rationem. Prima eſt, quod fœmina ſimili officio in procreatione fungantur, Altera, quod L. XII. tabb. non diſtinxerit inter maſculos & fœminas. In priori ratione ſi Ariſtotelem audiamus, falſum antecedens, ſiquidem ille exiſtimat, ex ſemine tantũ viri formari partum: ſed utcunq; Galenum & alios ſequamur, & mulierem quoque aliquid conferre fateamur, non tamen inde efficitur, tantundem conferre fœminam, cum utiq; maritus ſit principium generationis. Sed ut & hoc concedamus, fungi etiam fœminam eodem officio, inepta eſt tamen cõſequentia: cum alia ſint plurima, & præſertim jus familiæ & agnationis, quæ hac in re maſculos & fœminas diſtinguunt, & non immerito diverſum jus requirunt. Altera ratio quoque non concludit. Licet enim ab inteſtato L. XII. tabb. fœminas quoq; & filios vocet cum fratribus, ex ipſa tamen L. XII. tabb. ut puto, cum filius venditionibus demum tribus exeat, fœmina filia una mancipatione patria poteſtate liberatur *l. verum* 8. §. 1. *de iniuſt. teſtam.* Addidit inſuper tertiam rationem, quod & prætores hoc poſtea ſecuti ſint: Ad quam eadem eſt reſponſio, quæ ad rationem alteram, à lege XII. tabb. nam prætores ſane etiam filiabus ab inteſtato bonorum poſſeſſionem dederunt: ſed dederunt & emancipatis, quos tamen hic Juſtinian. ſuis non exæquat. Et ex ſucceſſione ab inteſtato, non recte infertur, debere eſſe omnimodo idem jus, quoad teſtamentum irritum faciendum: quin ipſe prætor licet emancipatos maſculos & fœminas ab inteſtato vocet, tamen hactenus differentiam juris civilis obſervavit, ut fœminæ inter ceteros exheredari poſſent, ut ipſe Juſtin. refert in §. *emancipatos* 3. *ſup. h. t.* Sed injurium pene ſit, accuratas & veras rationes poſcere Tribonianum, cui pro ratione ſolet eſſe & fuit volũtas: utcunq; hoc paſſim, ſed ineptiſſime ſæpe agat, ut leges ipſius novæ ratione niti videantur. Et igitur hodie & filiæ quoq; natæ pariter & poſthumæ nominatim ſunt inſtituendæ aut exheredandæ. Sunt qui putant † etiam 3
differentiam poteſtatis ſublatam, & emancipatos quoq; hodie inſtituendos aut exheredandos, ceteroqui nullũ fore teſtamentum quæ *Bart. in auth. ex cauſa C. de lib. præt.* & communiter recepta ſententia eſt. Id videtur ex hoc §. colligi, illis verbis, *ut omnes ſive ſui, ſive emancipati vel heredes inſtituantur, vel nominatim exheredentur*: facit. quod ipſe Juſt. h. t. ſumat argumentum à ſucceſſione ab inteſtato, hodie autẽ & poſt N. 118. emancipati cum ſuis ab inteſtato vocantur. Sed jam diximus iſtud argumentum non procedere: & cum demum per N. 118. diu poſt Juſtin. emancipati ab inteſtato vocati ſint, cõſequenter tanto minus probabile ſit, per hunc §. emancipatos ſuis in ſucceſſione teſtamentaria adæquatos eſſe: cum longe facilius ſit, jus ſuccedendi ab inteſtato habere, quam jus annullandi vel rũpendi teſtamentum. Neque hoc poteſt fieri, niſi jure ſuitatis, quod ſane in cauſa teſtari reſervatum eſſe emancipatis vix admitti poſſit: cum ex cõmuniori ſententia, nec poſt N. 118. emancipatus ſuccedat ab inteſtato, ut ſuus, ſed magis ut extraneus, ita ut opus ſit aditione hereditatis, ceteroquin eam non tranſmittat; Et alias ſequeretur, emancipatum obſtare filio ſuo, & ſcil. nepoti, quem avus emancipato filio in poteſtate retinuit: & ita poſt teſtamentum filio emancipato, nepos præteri-

tus non ſuccederet in locum filii, nec rumperet teſtamentum: & ejuſmodi plura conſequerentur: quæ cum nimis multos textus ſint everſura, admittenda circa textum apertiſſimum correctorium, non ſunt. Nec deeſt, quod commodiſſime ad hunc § reſpondeatur. nimirum quod exæquatio ſit facta maſculorum & fœminarum quod ad utrumq; jus, prætoriũ & civile, de quo utroq; in præcedd. dixit Juſt. quod nimirum ſicut maſculi in poteſtate jure civili erant inſtituendi vel exheredãdi nominatim, fœminæ poſt erant exheredari inter ceteros: ita jure prætorio emancipati erant nominatim exheredandi, emancipatæ poterant exheredari inter ceteros: §. *emancipatos 3. h. t.* quod ſi factum eſſet, prætor eis non dabat poſſeſſionem bonorum contra tabb. ſed querela inofficioſi erat neceſſaria. Hodie juxta hunc § ſi pater emancipatas tantum inter ceteros exheredaverit, iis perinde ac ſi præteritæ eſſent (& imo habebuntur pro præteritis) prætor dabit bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Atq; hæc eſt veriſſima hujus loci ſententia, quod liberi omnes, filii, filiæ, & rurſus liberi primi gradus aut ſecundi, nepotes neptesve, ſive ſui ſive emancipati, illi ſcil. ex jure civili, hi ex jure prætorio ſint inſtituendi aut nominatim exheredãdi, & eundem habeant effectum circa teſtamenta parentum ſuorũ infirmanda, ſui nimirũ faciendo nullum ex jure civili, ſed emancipati per bonorum poſſ. cont. tabb. impugnando ex jure prætorio: quẽ olim habebant filii, & ſcil. liberi primi gradus ſoli, ex utroque jure civili & prætorio: nam & olim inter liberos ratione ſexus & gradus, non tantũ jure civili quo ad ſuos, ſed etiam jure prætorio quo ad emancipatos erat differentia: quod ut diximus, ſufficiebat jure quoq; prætorio ceteros liberos emancipatos, exceptis filiis, inter ceteros exheredatos eſſe, ut eis prætor negaret bon. poſſeſſionem cont. tabb. Et habuit Juſtin. neceſſe in *d. verſ. ut omnes.* uti maſculino genere, ibi, *ſive ſui ſive emancipati.* quia non tantũ fœminas ſed etiã nepotes voluit & debuit comprehẽdere. Quam explicationem & hoc ſuadet, quod alias ineptiſſimus eſſet & nullus in iſta cõparatione ſenſus. *ut omnes liberi ſive ſui ſive emancipati eundem habeant effectum, quem ſui vel emancipati habent:* & omnino oſtendunt iſta verba, ſexus & gradus differentiam, non etiam poteſtatis, ſublatam eſſe, & proinde hodieq; firmum eſſe teſtamentum, in quo emancipatus eſt præteritus: quæ ſententia & quod iſto § nihil hactenus ſit mutatum eſt *Ioh Fab. Iaſon. ad Port. & Viglius hic.* An autem hodie aliquid hic ſit mutatum per *N. 115. c. 3.* videbimus ad *tit. de inoffic. teſt. inf.*

Circa adoptivos.] Diximus ad §. *præc.* olim adoptivos durante poteſtate patris adoptivi, nullum penitus jus in bonis & ſucceſſione patris naturalis habuiſſe: emancipatos autem à patre adoptivo, illud jus habuiſſe in bonis naturalis patris, ex jure prætorio, quod emancipati à patre naturali, & in eo ſtatu manentes habebant: ſi modo ſuperſtite adhuc patre naturali, ab adoptivo patre emancipati fuiſſent. Quod ſi vero hoc poſtquã naturalis pater mortuus eſſet, accidiſſet, jus jam quæſitum heredibus aliis legitimis non poterat auferri § *aed. 10 inf. inſ. de her. ab int.* Quomodo cum filius & patris adoptivi & naturalis ſucceſſionem amitteret. §. *ſed ea 14. d. t.* conſtitutum à Juſtin. eſt in *l. penult. C. de adopt.* ut ſi quis ab extraneo eſſet adoptatus, jus in bonis naturalis patris omnimodo filius retineret, *d. l. pen. & d. ſed §. ea 14. inf. de her. ab int. § ſed hodie ſup. de adopt.* ubi de hac re diximus: ea poſt conſtitutio & diviſio, cujus hic meminit Juſt.

TEXTUS.

Sed ſi in expeditione occupatus miles teſtamentum faciat, & liberos ſuos jam natos vel poſthumos nominatim nõ exheredaverit, ſed ſilentio præterierit, nõ ignorans an habeat liberos, ſilentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere, conſtitutionibus principum cautum eſt.

COMMENTARIUS.

PRivilegium hoc eſt militis, quod attigimus ſub *ſit. XI.* quod non neceſſe habeat liberos natos ſive naſcituros vel nominatim vel inter ceteros exheredare, ſed ſilentium ejus pro exheredatione habeatur *h. §. l. ſicut 9. cum l. ſeq. C. de milit. teſt.* id eſt, ut perinde teſtamẽtum valeat ac ſi liberos exheredaſſet: & conſequenter nec ex juris veteris ratione filiæ aut nepotes præteriti jus accreſcendi ad certam portionem de quo in *pr. ſup. h. t.* habuerunt. Et ait Juſt. perinde haberi ac ſi eos *Nominatim* exheredaſſet: ſcil. ut comprehẽdat caſum difficiliorem: quod etiam ſilentio poſſit præterire eos liberos, quos alii parentes neceſſe habebant nominatim exheredare, veluti maſculos primi gradus, ceteroquin male hinc inferretur, oportuiſſe olim omnes liberos nominatim exheredari: aut an ita loquitur Juſt. ſecundum jus novum de quo in §. *præced.* quo exæquavit hactenus omnes liberos qui ſunt in poteſtate.

ſtate Hoc ita ſi ſciat ſe liberos habere, aut uxorem gravidam eſſe, tum enim conſulto præteriiſſe eos intelligitur, ſecus ſi ignoret, aut mortuos eſſe putet: tum n. præteritio facit teſtamentum nullum, quoniam creditur eos pro affectu paterno, ſi ſciviſſet, inſtituturus fuiſſe, idq; ita reſcriptum eſt in *d. l. ſicut 9. cũ l. ſeq C. de mil. teſt & in l. ſi filiusf. 33. §. 2. D. eod.* Eadem enim eſt ratio natorum, quo ad annullandũ, & poſthumorũ quo ad rumpendum. Filius militis natus præteritus nõ facit nullum teſtamentum: poſthumus præteritus non rumpit. Quid hodie juris ſit, dicemus ad *tit. 18. de inoff. teſt.*

T E X T U S.

Mater vel avus maternus neceſſe non habent liberos ſuos, aut heredes inſtituere, aut exheredare: ſed poſſũt eos ſilentio omittere: nã ſilentiũ matris, aut avi materni, & ceterorum per matrẽ aſcendẽtium, tantum facit quantum exheredatio patris, neq; enim matri, filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, ſi eum eamve hæredem nõ inſtituat, exheredare neceſſe eſt: ſive de jure civili quæramus, ſive de edicto prætoris, quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum poſſeſſionem permittit: ſed aliud eis adminiculum ſervatur, quod paulo poſt vobis manifeſtum fiet.

C O M M E N T A R I U S.

QUod miles ſalvo teſtamento præterit liberos ſuos, & quod ſilentium ejus pro exheredatione habetur, eſt ex privilegio militari, de quo *§. prec.* In matre & avo materno &c. idem obtinet, ob qualitatem liberorum, qui nec in poteſtate ſunt nec in familia; nec unquam fuerunt: Ut nec neceſſum habitum ſit, eos per exheredationẽ expreſſam inde excludere, nec etiam viſum fuerit, iis præteritis ad certam portionem jus accreſcendi concedere, ſecundum tradita ad *pr. ſup h t.* Et igitur, ut ait hic §. ſilentium matris tantum facit quantũ exheredatio patris: &, ut ait ſignanter in *§. prec.* ſilentium pro exheredatione eſt: quo ſenſu in *l. ſi patronus 12 in pr. de bon. libr.* dicitur miles ſilẽtio exheredare. Nimirũ non revera & ſi verba cõſideres, ſiquidem qui nihil dicit de filio, eum non poteſt dici exheredare: ſed ratione effectus, ut idem juris ſtatuatur quod in exheredato: & quidem utroque jure, civili & prætorio. Nimirum illo jure præteriti olim dicebant teſtamentum nullum, aut per jus accreſcendi certam portionem ſcriptis auferebant; hoc præteritià matre non poterant, quia nec poterant exheredari: hodie quivis liberi in poteſtate non exheredati nominatim teſtamentum dicunt patris nullum: ſed matris, liberi non poſſunt. Hoc & ſcilicet prætorio jure, præteriti bon. poſſeſſione contra tabb. evertunt teſtamentum: ſed matris teſtamentum evertere ita non poſſunt: quia nec poterant nec poſſunt exheredari: quoniam ita notatis ea bon. poſſ. non datur *l. non putavit 8. in pr. de bon. poſſ. cont tabb.* & ita explicanda eſt ratio JCti in *l. 4. §. 2. de bon. poſſ cont. tabb* quod edictum iſtud non pertineat ad teſtamenta fœminarum, (idem autem in avo materno) quia non habeãt ſuos heredes; *l. nulla 13. de ſuis & legit.* quibus ſcilicet lex quaſi addicit ita bona, ut ea habere omnino debeant, niſi diſerte per exheredationem excludantur: & quibus adeo præteritis prætor dat hanc bon. poſſ. quippe qui eos itidem voluit ita exheredari: & hactenus emancipatos exæquavit ſuis, non utilli teſtamentum faciant nullum; ſed quod citra querelam (neque enim pro exheredatis habentur) per poſſ. bon. contra tabb. teſtamen tum evertant. Ut adeo excludantur liberi expreſſe per matrem, jure non requiritur. & fœminarum liberi hactenus nec emancipatorum jure utuntur, qui præteriti habent bon. poſſ. cont. tabb. quoniam hi ſui fuerunt, & ſuorum jure ex edicto prætoris utuntur: eoque reſpexit JCtus in *d. l. nulla 13. de ſuis & leg.* quod fœminæ nec habeant ſuos heredes, nec habere deſinant, & quo ad eas omnium liberorum conditio par eſt.

Neque enim matri.] Hæc ratio petit principium. Mater non neceſſe habet liberos inſtituere vel exheredare: quia matri liberos ſi eos non inſtituat, exheredare neceſſe non eſt. Poteſt excuſari Juſtinian. quod in hac ratione addit aliquid novi; nimirum nec prætorio jure id neceſſe eſſe, neque liberos contra teſtamentum matris habere poſſeſſionem cont. tabb. ubi ratio dubitandi erat, quod bon. poſſeſſio datur liberis etiam non ſuis contra teſtamentum patris, ut videlicet emancipatis: quorum jure videbantur cenſendi liberi matris vel avi materni. Sed ratio decidendi eſt, quam diximus, quod mater ob conditionem ſexus non habet liberos ſuos, nec unquam habuit in poteſtate aut

fami-

familia. Prætor autem quoad patrem liberos eodẽ jure habet, licet exierint è poteſtate, quo eſſent jure civili adhuc in poteſtate. Ceterum rationem hujus juris, quod iſto §. proponitur, jam dedimus, quod nec lex nec prætor quidem eodem modo attribuit bona materna liberis, qui extra familiam & poteſtatem ita ſunt, ut nec in ea umquam fuerint, nec eſſe poſſint.

Aliud adminiculum.] De quo tit 18. & ſcil. querela inoffcioſi: quia cum natura liberi ſint, aliquid & portionem legitimam iis relinqui, pietatis ratio & jura quoque civilia ſuadent & volunt, quod ſi factum non ſit, & illi exheredatione notati ſint, aliquo remedio ipſis ſuccurrendum fuit, de quo plura *d. tit.* 18. Hodie tamen poſt *N.* 115. *cap.* 3. etiam præteritione matris teſtamentum fieri nullum receptum eſt, de quo dicemus ad *tit.* 18. Quæſierit hic aliquis, quid juris parentes habeant, ſi à liberis prætereantur. Et certi juris eſt, cum parentes, ſive pater ſive mater non ſint ſui heredes liberis, præteritionem eſſe pro exheredatione, & patrem quoque præteritum nec teſtamentum filii nullum dicere, nec cont. tabb poſſ. bon. uti poſſe, ſed tantum inofficioſi querelam habere *l. cum filii* 17. *Cod de inoffic. teſtam l. pater* 14. *cum l. ſeq. D. eod.* nec enim hactenus intereſt inter filium emancipatum & in poteſtate: niſi quod pater præteritus à filio emancipato, jure patroni ex proprio edicto habet bon. poſſ. cont. tabb. ad certam partem, de quo *tit. ſi quis à par. manum. & in §. ultim. infr. de leg. agna. ſucc.*

AD TITULUM XIV.
LIBRI SECUNDI INſtitutionum,
DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

TEXTUS.

1. Heredes inſtituere permiſſum eſt tã liberos homines, quã ſervos, & tam proprios quam alienos. Proprios autem olim quidem, ſecundum plurium ſententias non aliter quam cum libertate recte licebat inſtituere: hodie vero etiam ſine libertate, ex noſtra conſtitutione heredes eos inſtituere permiſſum eſt. Quod non per innovationem, induximus, ſed quoniam æquius erat, & Atilicino placuiſſe liberis ſuis Paulus, quos tam ad Maſſuriũ Sabinum, quam ad Plautium ſcripſit, refert. Proprius autem ſervus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem teſtator habet, alio uſumfructum habente. Eſt tamen caſus, in quo nec cũ libertate utiliter ſervus heres inſtituitur à domina, ut conſtitutione divorum Severi & Antonini cavetur; cujus verba hæc ſunt: ſervum adulterio maculatum non jure teſtamento manumiſſum ante ſententiam, ab ea muliere videri, quæ rea fuerit, ejuſdem criminis poſtulata, rationis eſt. Quare ſequitur, ut in eundem à domina collata inſtitutio heredis nullius momenti habeatur. Alienus ſervus etiam is intelligitur, in quo uſumfructum teſtator habet.

COMMENTARIUS.

1. *Qui inſtituantur heredes.*
2. *De inſtitutione ſervorum.*
3. *De ſervo adultero dominæ.*

HIc tit. magis ad extraneos heredes pertinet, & tres habet partes: de his qui poſſunt inſtitui heredes; de dividenda hereditate inter plures heredes ſcriptos: & de inſtituendi modo, hiſque quæ adjici inſtitutioni poſſunt. Inſtitui poſſunt, † ait 1
Juſtin. tum liberi homines quam ſervi. Liberi homines ita 1. ſi ſint cives Romani, non deportati, & omnino non peregrini, cum quibus conſtat non eſſe teſtamenti factionem 2. ſi non ſpeciali aliqua Lege, veluti Julia Papia aut Voconia facti ſint incapaces, cujuſmodi olim vel in ſolidum vel pro parte erãt orbi, cælibes, fæminæ: ſunt & aliæ perſonæ incapaces, quas referũt *Vigl. & Mynſ. hic ex l.* 1 *& l collegiũ Cod. h. t. l. hi qui l Manichæos C. de apoſtat. l* 1. *C. de ſec. nupt. cap. ult. N. quib. mod nat. effi. ſui.* Servi vel ſunt proprii † vel alieni. Hi utiq; ex ſe ſunt in- 2
capaces, ſed eſt cum iis teſtamenti factio ex perſona dominorum, quibus adquiritur hereditas *l. non minus* 31. *l. ſi alienum* 49 §. 1. *D. h. t.* itaq; hic dominus civis Rom. mediate per ipſum ſervum here-

 vide 3

videtur quodammodo eſſe inſtitutus. Servus proprius non poteſt intelligi inſtitutus ex perſona domini: quoniam cum inſtitutionem validam eſſe oporteat, eo ipſo tempore quo teſtamentum fit, nemo ſe ipſum repræſentare poteſt. Igitur inſtitutio ſervi proprii aut erit nulla, aut oportet cũ ſimul habere libertatem: quam quidem ſimul tacite pro adſcripta habendam vult Juſtin. licet id nominatim non expreſſerit teſtator *h. §. & l. pen. C. de neceſſ. ſerv. her. inſt.* cum enim qui ſervum tutorem dat liberis ſuis intelligatur eum voluiſſe eſſe liberum, de quo ad §. 1 *ſup. qui teſt. tut. dat.* ſiquidem qui vult conſequens, etiam intelligitur velle antecedens, ſine quo ad iſtud perveniri non poteſt: idem ad inſtitutionem protrahendum, eſt arbitratus Juſtinian. in *d. l. pen. C. de neceſſ. ſerv. her. inſt.* & magis teſtator creditur ſervum inſtitutum heredem dilexiſſe, quam eum quem tutorem dedit liberis. Hoc procedit in inſtitutione; ſervum autem cui ſine libertate legatum relictum eſt, non fieri liberum expreſſum eſt in *ead. l. pen. Cod. de neceſſ. ſerv. her. inſt.* nec enim hic eſt idem favor, & voluntas domini hic exitum habere poteſt, ut etiam ſervo manenti, quod relictum eſt, tamquam pro alimentis; præſtetur *d. l. pen.* Eſt autem ſervus domini proprius vel in ſolidum, vel eſt tantum pro parte, ubi ſcilicet ſervus eſt plurium communis. Rurſus ſervus eſt vel pleno jure domini, vel non, ut ſi ejus habeat nudam proprietatem, uſusfructus ſit apud alium. Quæritur ergo quid juris, ſi ſervus inſtitutus ſit heres, qui alterius eſt pro parte, vel in quo alius habet uſumfructum. Illo caſu libertas & inſtitutio exitum ſuum habeat, poſt textum in *l. 1. § 1. C. de comm. ſerv. man.* ubi Juſtin. conſtituit ut ſocius partis quã in ſervo habet pretium accipere, & ita partem ſuam vendere cogatur, quod *d. l. 1.* in genere conſtituit, ſive inter vivos impoſita libertas ſit, ſive ultima voluntate, & ſive libertas relicta ſit per modum legati, ſive ſervus heres ſit inſtitutus. At quid ſi dominus libertate non adſcripta ſervum communem fecerit heredem? Et exiſtimant aliqui inter quos Vigl. hic. & hic quoq; obtinere *d. l. 1.* & ſocium cogi partem vendere. Et opinio iſta ita firmatur: quod Juſtinianus h. §. libertatem, licet nulla mentio ejus facta fuerit, vult pro adſcripta haberi, quo poſtea ſuccedit poteſtas *d. l. 1. C. de comm. ſerv. man.* & *l. ſi ſervus 18. de ſubſtit.* ex qua ſervo communi cum libertate ſubſtituto, permittitur afferre precium partis, & favorabilius præſumere debemus, quod teſtator voluerit ſervum liberum & heredem fieri, quam ad ſocium pervenire. Sed præterquam quod correctoria non facile ſunt extendenda, repugnat ipſa conſtitutio in *d. l. 1. §. 1. in f.* ibi, *& hoc moriturus dixerit.* Et cum [illegible] ex parte is ſervus communis ſit alienus, poteſt intelligi teſtator voluiſſe, ut ſocius per ſervum fieret heres: ſicut ex hac ratione ſervo communi legatum, totum acquiritur ſocio, *l. verũ 63. §. ſi ſervo 9. pro ſoc. l. Plautius 49. in princ. ad L. Falc.* & hæc communis Interpp. eſt ſententia. Alter caſus erat, de ſervo inſtituto, in quo teſtator habet nudam proprietatem. Et recte hunc inſtitui apparet ex eo, quod Juſtinian hic ait, ſervum hunc intelligi proprium, quod & rationi juris cõgruit, *l. recte 25. de V. S.* Quoniam autem de hoc caſu nihil in *d. l. 1. Cod. de comm. ſerv. manum.* agitur; ejus deciſio petenda eſt ex *l. 1. C. comm. de manum.* ut ſervus hic fiat liber & hæres, ſed interim fructuario operas præſtet, & ex re ejus adquirat ipſi; quod enim de libertate inter vivos impoſita ibi tractatur, etiam ad ultimam voluntatem recte porrigitur. At quid ſi teſtator hunc ſervum inſtitueret ſine libertate? Et cum nihilominus liberum fieri ex hoc textu probatur: ubi cum dixiſſet Juſtinian. libertatem pro adſcripta haberi *ſervo proprio*, ſtatim ſubjicit, pro proprio eum ſervum quoque haberi, in quo teſtator ſolam proprietatem habet. Et facit, quod hic ceſſat ratio, quæ militat in ſervo communi; quoniam fructuario regulariter, per ſervum fructuarium nõ adquiritur hæreditas, ut diximus *ſup. tit. per quas perſ. adq.* At cur non conſtitutum eſt, ut ſervus liber omnimodo fiat, & pretium uſusfructus accipere fructuarius cogatur? quod ſtatutum eſt in ſervo communi. Equidem conſtitutio *d. l. 1. Cod. comm. de manum.* duabus ſeptimanis antiquior eſt *l. 1. Cod. de comm. ſerv. manum.* Sed difficile eſt admittere hic correctionẽ, cum utraq; cõſtitutio ſit poſita in Codice. An quia æſtimatio uſusfructus ob incertam ejus durationem eſt incertior? (& poſſit tamen ratio æſtimandi iniri ex *l. hereditatum 68. ad L. Falcid.*) an quia non partem, ſed ſolidum uſumfructum habere alicui proponitur; an quia non multum præjudicatur ei, qui tantum operas adhuc tenetur præſtare, & aliquatenus adquirit fructuario, & in ceteris omnib. habetur pro libero, imo revera eſt liber, plane in l. 1. Juſtin. fruſtra accurata exigitur ratio. Quid autem ſi fructuarius inſtituat ſervum fructuarium? Et ſiquidem ſine libertate, procul dubio proprietarius per ſervum fiet hæres, cum & morte fructuarii jus ejus finiatur; &

in §.

in § *alienus in fin. hujus textus*, alienus dicatur ſervus fructuarius. Item tamen adhuc erit, licet eum inſtituerit cum libertate quoniam fructuarius non habet jus dandi libertatem, & quod diſponitur in *dict. leg. 1. Cod. commun. de manumiſſ.* ut interim quaſi liber videatur ſecundũ quid, dum durat uſusfructus, habere non poteſt locum in libertate quæ data eſt ultima voluntate, quoniam ut diximus, morte fructuarii finitur omne jus ejus.

Quod non per innovationem.] Objicitur quod §. 2. *ſupr. quibus manum. non licet.* Juſtinian. ait, ſe hoc conſtituiſſe nova humanitatis ratione. Reſp. Hottomann. ibi agi de dominis, qui ſolvendo non ſunt: Inepte, quoniam ſi Atilicinus & alii hoc probarunt in genere, multo magis id probarunt in domino qui ſolvendo non eſt, ubi ſimul militat favor, domini §. 1. *quibus man. non licet.* Cavillatur Weſemb. nihil innovari, quia nec hodie hæredes fiunt ſine libertate. Etenim hoc quæritur, an libertas pro adſcripta habeatur necne, cujus teſtator expreſſe mentionem non fecit. Sed nimirum etiam hic nove aliquid conſtituere dicitur, qui ex eo quod paucioribus placuerat, ſed receptum non erat, jus facit, & plurium receptam opinionem improbat & abrogat. Ergo hactenus non fecit per innovationem quoniam ipſe primus ejus opinionis autor & inventor non fuit.

Ad Maſſurium Sabinum.] Levis obſervatio eſt, nõ intelligi opus dedicatum Sabino, quippe qui longe antiquior fuit, ſed notas vel commentaria ſcripta ad libros Sabini: quomodo paſſim in Pand. eodem ſenſu, quo legimus commentatos eſſe ICtos ad Edictum prætoris.

Eſt tamen caſus.] Exceptio eſt à regula, & quod domina ſervum proprium † inſtituere hæredem
3 nec cum libertate poſſit, cum quo adulterii commiſſi rea poſtulata necdum abſoluta fuerat, quippe cujus manumiſſio & libertas & impeditur; ex quo recte ad nullitatem inſtitutionis infertur. Quod ſi ſervus abſolvatur, & humanius eſt, quod probat Viglius, libertatem interim in ſuſpenſo fuiſſe, & ecuta abſolutione confirmari, & conſequenter, & inſtitutionem hæredis, ſummi juris ratio aliud efficit in legatis, quia dies inutiliter cedit l. leg. cum filius 76. § *ſervus* 4. *de legat. 2.* quod ſecus eſſe in hæreditatibus, argum. eſt § *ſervus infr. h. t.* Et tamen ibi etiam mortis teſtatoris tempore utiliter cedit dies, licet alius poſt adquirat hæreditatem & illo ſane tempore oportet capacem eſſe hæredem; qualis non eſt, cui quæſtio adulterii movetur; itaque & hic contra Vigl. inutilis erit inſtitutio & libertas; quod ſummæ iniquitatis ait eſſe Ang. hic, quid enim ſi quis per calumniam ſervo moveat quæſtionem? An tum tenebit forte libertas & inſtitutio? & ea cognitio judicis erit? Subſiſto. Refertur ſuper hoc conſtitutio Impp. hic & in *l. his verbis 48. §. 2. eod.* quem text. ex h. §. emendandum & pro *accuſatum* legendum eſſe *maculatum*, ut h. § putat Hottom. quoniam mas & fœmina ſimul rei adulterii peragi non poſſunt *l. reos §. C. ad L. Jul. de adult.* utrobiq; autem ponitur fœmina adulterii poſtulata. An accuſatum intelligimus in *d. l. 48.* jam condemnatam quoque, ſi quo caſu pœna irrogata non fuerit. (Ceteroquin de ſervo punito inſtituendo hærede fruſtra quæratur) an accuſatum paulo abuſive pro, criminis obnoxium, ut apud Theoph. ἐνόχῳ τῷ μοιχείᾳ, aut intelligimus mulierem ita poſtulatam, ut peracta fuerit; nam olim pœna adulterii tantum relegatio fuit. Quin & abſoluta muliere poterit accuſari ſervus, & judicio pendente locus erit conſtitutioni iſtius §. Sed & tum, ſi citra adulterium ſervus cum domina rem habuerit, argum. *l. un. Cod. de mulier. quæ ſe prop. ſeru.* quæ tamen ſanctio nimis dura eſt, & procul dubio jure Canon. locum non habet. His autem conſtitutionibus, ſi dominus cum ancilla rem habuerit, locum non eſſe conſtat, cum nec adulterium ita committatur.

TEXTUS.

2. Servus autem à domino ſuo hæres inſtitutus, ſiquidem in eadem cauſa manſerit, fit ex teſtamento liber, eique hæres neceſſarius. Si vero manumiſſus fuerit à vivo teſtatore, ſuo arbitrio adire hæreditatem poteſt: quia non fit hæres neceſſarius, cum utrumque ex domini teſtamento nõ conſequatur. Quod ſi alienatus fuerit, juſſu novi domini adire hæreditatem debet: & ea ratione per eum dominus fit hæres: nam ipſe alienatus neque liber neque hæres eſſe poteſt: etiamſi cũ libertate hæres inſtitutus fuerit; deſtitiſſe enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque ſervus hæres inſtitutus, ſi in cauſa eadem duraverit, juſſu ejus domini debet adire hæredita-

tem. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequam adeat, debet juſſu novi domini adire. At ſi manumiſſus eſt vivo teſtatore, vel mortuo antequam adeat, ſuo arbitrio adire poteſt hæreditatem.

COMMENTARIUS.

SErvus à domino.] Pergit amplius agere de ſervo proprio, & quid juris ſit, eo inſtituto circa acquiſitionem hæreditatis: & quidem duplici caſu, quo vel manet in eadem cauſa, id eſt conditione & ſtatu, uſque ad mortem teſtatoris, vel non manet, qui caſus rurſus eſt duplex; vel enim alienatur poſt teſtamentum, vel manumittitur: atque ita in univerſum ſunt tres caſus, ſervi in eodem ſtatu manentis: Servi ante mortem teſtatoris alienati; & ſervi manumiſſi. Primo caſu fit teſtatori hæres neceſſarius, id eſt, omnino cogitur eſſe & eſt hæres, de quo plenius agemus *infra de hered. qual. & diff.* Id primum favore dominorum videtur receptum, qui non erant ſolvendo, argum. §. 1. *in fin ſupr. quibus ex cauſ. manumitt. non lic.* poſt generaliter obtinuit, ut apparet ex h. §. Ratio eſt, quia teſtatoribus minus honorificum eſt, ſi quis repudiet hæreditatem: & tum igitur ſervus ſummum beneficium à teſtatore conſequatur, nimirum libertatem, non debet iſtud ſervo licere, ut poſſit hæreditatem repudiare. Accedit, quod omnino libertas & hæreditas conjuncta ſunt, & juris hoc facit ratio, ut ea ſeparari & ſegregari invicem nõ poſſit: adeo quidem ut neutrum adimi ſeparatim & ſeorſim ſervo poſſit, ſed utrumque ſimul ſit relinquẽdum ſervo *l. ſi ita* 13. *§. 1. de liber. & poſtum.* ex ratione *l. 6. §. ultim. de hered. inſtit.* quod quia paulo ſubtilioris eſt & latioris inquiſitionis, pluribus hic non exſequimur.

Alter caſus eſt ſervi poſt teſtamentum manumiſſi: & hic ſuo arbitrio poteſt adire, aut repudiare hæreditatem; quoniam libertatem ex teſtamento non conſequitur; adeo non conjunctim cum hæreditate, quæ duæ alias ſimul exſiſtunt; neceſſarius enim hæres ita fit ſervus, ut ipſa poteſtate juris exſiſtat, ut diremus *ad tit.* 19. quod juris ratio non patitur ut contingat in eo, qui ante mortem teſtatoris libertatem eſt conſecutus: licet recte atque ordine facturus ſit hic ante manumiſſus, ſi pro beneficio libertatis hanc injuriam non rependat patrono. Tertius caſus eſt, ſervi poſt teſtamentum alienati; & ſi in eodem ſtatu manet novum dominum facit hæredem, ipſe nec hæres fit nec liber, licet cum libertate fuerit inſtitutus, quoniam, teſtator mutaſſe voluntatem, & deſtitiſſe à libertatis datione intelligitur aperte, cum ſervum utique adhuc ſuum alienavit, ut perinde hic ſit ac ſi alienum ſervum initio inſtituiſſet, quæ probantur h. §. *verſ. quod ſi alienatus,* & in *leg. quoties* 9. §. *ſervus* 16. *l. ſervum* 50 *in fin. princip. h. t. lex, ervo* 47. facit quod ſi ſervo quis legatum cum libertate dederit, eumque alienaverit, legatum pertinet ad emptorem *l. quæſitum* 91. §. *ſervo. de legat.* 1. Neque hic obſtat regula cujus paulo ante meminimus, ex *leg.* 13 §. 1. *de liber. & poſthum.* non tam quia utrumque adimitur, & libertas & hæreditas, quam potius quia facto ipſo alienationis conditio ſervi mutatur, & res in alium ſtatum deducitur. Dixi, ſervum non fieri liberum, nec hæredem, ſi maneat in eodem ſtatu, & apud novum dominum: Ceteroquin ſi dominus prior, teſtator eum redimat rurſus, reviviſcit quaſi & libertas, & inſtitutio, & ſervus fit neceſſarius hæres, *dict. leg. quoties* 9. §. *ſervus* 16. *& d. l. ſervum* 50 *h. t.* An quia alias paterfamilias more- etur inteſtatus, quod non præſumitur voluiſſe: Sed hoc procedit talem ſi ſervus in ſolidum fuerit inſtitutus? ſin pro parte poſſet portio ejus jure accreſcendi ad cohæredem pertinere. Sed & idem receptum eſt, ut ſi ſervo citra hæreditatem tantum libertas data ſit, & is alienatus rurſusque a teſtatore redemtus ſit, libertatem conſequatur, *l. verum* 58 *de manumiſſ. teſtament.* ut fatendum ſit favore libertatis hoc admiſſum; alias ſi quis ſervum legatum Titio, alienaverit, (quomodo legatum ademptum cenſetur) licet eum rurſus redemerit, legatum non reconvaleſcit *l. cum ſervus* ... *de adim. legat.*

Alienus quoque ſervus.] Hactenus de ſervo proprio. Sequitur de alieno inſtituto; quæ inſtitutio ut *ad pr. tit.* diximus valet ex perſona domini: Itaque hic quoque ſunt tres caſus, 1. Servi in eodem ſtatu manentis, & facit utique dominum hæredem cujus juſſu adit, quod juſſum neceſſarium eſſe & cur, diximus ad §. *Item nobis* 3. *ſup per quas perſ. adquirit.* 2. Servi manumiſſi, & ipſe fit hæres *h. § in fin. Vlpian. titul.* 22. *de hæred. inſtit.* § *alii* ... 3. Servi alienati; & hic novi domini juſſu adire hæreditatem h. §. reſpondetur, qui adeo etiam efficietur hæres. Ubi objiciunt quidam iniquum hoc videri, & contra præſumptam voluntatẽ teſtatoris, qui utiqꝫ cenſetur voluiſſe eũ fieri hæredem

redem per ſervum ; qui tempore teſtamenti facti dominus erat, qui ſi ignorans ſervum ſuum inſtitutum eum alienaverit, iniquum videatur, ut privetur cōmodo hæreditatis An igitur, licet ſūmo jure adquiratur novo domino hæreditas, ſaltem, priori domino dabimus condictionem ? *arg. l. pen. de ſtip. ſeru.* Id quidem Hotom. pene velle videtur, ſed textus juris ſimpliciter loquuntur *& h. §. & in l. Antiſtius 62. § 1. de adq. har. l. 2. § ult. de ben. poſſ ſec. tab.* Ubi ICtus ait hæreditatem ſive bonor. poſſeſſionē ambulare cum domino. Et qui inſtituit ſervum, ſimul ipſius quoque perſonam ſpectare intelligitur *arg l debitor. 82 §. ult. de leg. 2.* Ceteroquin ipſum dominum hæredē potius teſtator inſtituiſſet, ex quo fit, ut etiam ipſe ſervus manumiſſus hæres efficiatur : Creditur enim teſtator amoris erga ſervum gratia & benevolentia eum hæredem inſtituiſſe, ut beneficio quod ex inſtitutione ſervi conſequitur provocatus dominus tanto citius eum remuneretur libertate.

TEXTUS.

3. Servus etiam alienus poſt domini mortem, recte hæres inſtituitur : quia & cum hæreditariis ſervis eſt teſtamenti factio : nondum enim adita hæreditas perſonæ vicem ſuſtinet, non hæredis futuri, ſed defuncti : cum etiam ejus, qui in utero eſt ſervus, recte hæres inſtituatur. Servus autem pluriū, cum quib. teſtamenti factio eſt, ab extraneo inſtitutus hæres, unicuique dominorum, cujus juſſu adierit, pro portione dominii adquirit hæreditatem.

COMMENTARIUS.

1 *Hæreditas cujus perſonam repræſentet.*
2 *Ad l. Si ſervus 52. h. t.*
3 *De ſervo poſtumi.*

SErvus alienus recte inſtituitur, non tantum is, qui dominum habet vere, ſed etiam qui repræſentative, id eſt, ſervus hæreditarius; quoniam hæreditas jacens perſonæ & domini vice fungitur. *leg. libr. homo 13. §. 2. Ad L. Aquil. l. ſi ante 15. de int. terrogat. in iur. leg. 1 §. 1. ſi is qui teſtament libr. l. cum hæred 9. Codic. depoſiti leg hæred 6. 1. de adquirend rerum domin. l. mortuo 21. de fideiuſſ.* & quidem defuncti vicem & locum ut ſuſtineat *is princ. inf. de ſtipul. ſervil. non minus 31. §. 1. h. t. & h. §.* ubi ut & in *leg hæredi ac 34. d. t. de adquir. rerum domini* nominatim additur ſuſtinere locum defuncti, non heredis futuri. Cui ſententiæ objicitur & textus & ratio. Textus eſt in *l. novatio 24. in fin de novat.* ubi dicitur, hæreditatē interim ſuſtinere perſonam hæredis futuri. Ratio ſumitur ex vulgata regula, quod ubi hæres adiit, conjungatur tempus aditionis, cum eo tempore, quo mortuus fuit teſtator, per fictionem juris, ita ut hæreditas numquam vacua, ſed hæres retro à tempore mortis hæres fuiſſe intelligatur, *l. hæres 54. de adq hær. l. ſi ex re 28. §. illud 4 de ſtipulat. ſeru. l. omnia 193. de Reg. Iur.* Secundum quod non poteſt videri hæreditas repræſentaſſe † perſonam defuncti, aut oporteret alias fingere eum 1
qui mortuus eſt, adhuc vivere cujuſmodi fictio nulla apparet uſquam. Sunt qui arbitrantur, in hac quæſtione inter ſe non conveniſſe priſcis Juriſconſultis. Sed recurrendum eo temere non eſt ; & non videtur eſſe difficilis hujus rei explicatio: Ut quam breviſſime dicam, aut conſideratur caſus & eventus aditæ hæreditatis, & recte dicitur hæreditas futuri hæredis perſonam repræſentaſſe, cui etiam hac conſideratione recte ſtipulatur ſervus hæreditarius, *dict. leg. 28. §. 4. de ſtipulation. ſeru. & leg. ſervus 35. eod.* quo reſpectu in *fin. prin. inf. de ſtipulat. ſeru.* dicitur adquiri hæreditati acper hanc hæredi ; & in *l. interdum 73. §. 1. de Verb. obl.* hæreditate non adita, ſtipulationem ſervi nullius eſſe momenti, aut conſideratur ipſum illud inſtans, quo ſervus contrahit, aut inſtituitur hæres & quod in rei veritate obtinet, & quod nimirum necdum adita eſt hæreditas : Et hac conſideratione, cum etiamnum in rei veritate incertum ſit, an heres ſit aditurus hereditatem, ſiquidem actum valere volumus, qui non debet nec poteſt eſſe in ſuſpenſo, oportet ut ſtatuamus, quod hereditas repræſentet defunctum, idque eſt quod ait ICtus *in l. in eo 33. in fi. de adq rer. dom.* quoties ſervus hereditarius ſtipulatur, vel per traditionem accipit, ex perſona defuncti vires conſumit. Atque hinc eſt, quod ſervus hereditarius recte ab alio inſtituitur heres, modo teſtamenti factio fuerit cum defuncto, licet cum herede inſtituto non ſit *l. ſervus 52. h. t.* At quomodo ut hoc obiter addamus, poteſt non eſſe teſtamenti factio cum herede † inſtituto ? ſiqui- 2
dem hoc eſt, eſſe cum aliquo teſtamenti factionem, poſſe eum inſtitui heredem. Dicam vel de facto fuiſſe quem inſtitutum heredem, qui jure non poterat, vel poſſe quem recte inſtitui heredē reſpe-

ctu unius

ſeu unius & ab hoc vel illo, non ab omnibus, quomodo olim ex Lege Voconia fœminæ ab extraneo heredes inſtitui non poterant, ſed iſtud obiter. Ex his autem explicandum eſt, quod ait ICtus *in l. ſi Titio 15. §. 1. de legat. 2.* nullum eſſe dominum, & ob id hereditati adquiri. Nullus eſt dominus reveta, ut non excludatur, quin hereditas fungatur ejus vice. Et hoc eſt quod Angel. & alii hic ſcribunt, hereditatem quaſi jacentem repræſentare defunctum, ſed aditam videri retro repræſentaſſe perſonam heredis.

Cum etiam ejus qui in utero eſt.] Poſtumus vel ſuus eſt vel alienus: De poſtumo ſuo hic locus intelligi non poteſt, quia ita non eſſet ſervus alienus, ſed ipſius teſtatoris, non poſſit eſſe ſuus poſtumus, niſi qui naſceretur in teſtatoris poteſtate. Ergo hic de poſtumo alieno agitur. Atquin occurritur, cum alienus poſtumus non poſſit ipſe heres ab alio inſtitui, de quo *in §. poſtum. 26. infra de legat.* nec poſſe inſtitui ſervum ejus, cum inſtitutio ſervi ex perſona domini ſumat vires. Duplex reſponſio eſt, 1. Quod dicatur ſervus ejus qui in utero eſt, quatenus in hujus nati poteſtate eſt futurus: Ceteroquin quod non habeat aut capiat vires inſtitutio ſervi ex perſona ejus qui in utero eſt, ſed defuncti, cujus interim repræſentat hereditas perſonam, ut modo diximus, & quod de hereditario ſervo dixerit Juſtin. quodammodo exemplo ſervi, ejus qui in utero eſt, confirmare videtur, quæ in terminis explicatio eſt Theoph. qui ait nullam fore inſtitutionem ſervi, ſi heredis, futuri & ſcilicet poſtumi perſonam ſpectaremus. Altera eſt reſponſio, quod inſtitutio ſervi non ſit ita comparata, ut ſemper dominum faciat heredem, qui eſt tempore teſtamenti facti, ſed etiam alium, in quem ſervus eſt poſtea translatus, vel etiam ipſum ſervum factum liberum, ut diximus ad § *præc.* ut proinde quadantenus etiam ex perſona ipſius ſervi ſubſiſtere videatur inſtitutio, quod quidem reſponſum eſt de legato *in l. debitor 82. § ult. de leg. 2.* fac. op. *l. etſi 5. de ſeru. leg.* ea tantum valere ſervis relicta, quæ & liberis illis recte relinquerentur, & ſervum ejus qui capere non poteſt, ſi ante liber factus ſit, admitti ad hereditatem, eſt *in l. ſi ſervus 82. de adq. her.* ex quo patet ſervi quoque perſonam ſpectari, ut hinc favorabiliter receptum ſit poſſe ſervū inſtitui etiam ejus, qui utiq; natus futurus eſt civis Romanus. Alii hanc rationem reddunt, quod hic agatur de commodo ejus qui in utero eſt, & proinde juxta vulgat. regulā juris, is pro nato hactenus habeatur. Recte autem omnino explicatur hic locus, de ſervo jam hereditario inſtituto, minus autē convenit, ut ponamus ſervum vivente domino inſtitutum ita, ut poſt mortē domini heres eſſet, quomodo tamen caſum aliqui ponunt, & ſane inſtitutio hæc quoque valet.

Servus autem plurimum.] Servus vel eſt unius, vel plurium communis, qui adquirit pro rata portionis dominicę: de qua re & quomodo ſingulis dominis vel ex re ipſorum vel juſſu adquirat, dicemus *infra in §. ult. de ſtipul ſerv. & in §. ul. infra per quas per. obl adq.* ubi etiam videbimus, quid juris, ſi aliquis ex dominis ſit incapax, & eo reſpiciunt verba hujus §. *cum quibus teſtamenti factio eſt*, ſi unus enim incapax ſit: pars aliqua ei adquiri non poteſt, de quo agemus d. loco.

TEXTUS.

4. Et unum hominem & plures uſque in infinitum, quot quis heredes velit, facere licet.

Commentarius.

ACcurſius hinc quærit, quid ſi quis inſtituat omnes homines in mundo? Et reſpondet, valituram inſtitutionem quidem, per hunc textum, ſed non poſſe confirmari aditione propter nimiam difficultatem vel impoſſibilitatem. Quin Angel. putat poſſe adiri, ut ſemper unus adiens detrahat priori Sed ineptum eſt exiſtimare hanc fuiſſe mentem Juſtiniani in verbis *in infinitum*, quum iſta non dubia ſententia eſt, non eſſe certum numerum & definitum ſub quo heredes inſtitui poſſint, ſed eſſe hoc permiſſum teſtatoris arbitrio, ut tamen res repetire exitum poſſit, & habeat aliquam determinationem. Et Viglius hic notat, hujuſmodi diſpoſitionem, qua inſtituuntur omnes homines, non videri eſſe ſane hominis, credit tamen, ſi tale quid teſtator diſponat, fiſcum vel etiam rem publ. eſſe admittendam: aut potius inter pauperes hujuſmodi hereditatem eſſe diſtribuendam. Plane ſi ſimpliciter omnes inſtituerit quis, dixerim civiliter fore hoc accipiendum, ut Re publ. intelligatur inſtituta. Sed in medium ego hoc relinquo & ſi expreſſe dixerit ſe inſtituere omnes homines mundi, omnino cum Porcio dicam inſtitutionem eſſe nullam, cum id ſpeciali favore admiſſum ſit, ut inſtituatur pauperes *l. id quod pau. C. de Epiſc & cler.* Theo. *in infinitum* reddit εἰς ἀόριστον, quomodo ad pr. ti. ſeq. ait gradus ſubſtitutionum fieri εἰς ἄπειρον, ſed utique non in infinitum.

TEXTUS

TEXTUS.

5. Hereditas pleruumque dividitur in duodecim uncias, quæ aſſis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina, ab uncia uſque ad aſſem: ut puta hæc: ſextans, quadrans, triens, quincunx, ſemis, ſeptunx, bes, dodrans dextrás, decunx. Non autem utique ſemper duodecim uncias eſſe oportet: nam tot unciæ aſſem efficiunt, quot teſtator voluerit: & ſi unum tantum quis ex ſemiſſe, verbi gratia heredem ſcripſerit, totus as in ſemiſſe erit. Neque enim idem ex parte teſtatus, & ex parte inteſtatus decedere poteſt: niſi ſit miles, cujus ſola voluntas in teſtando ſpectatur. Et è contrario, poteſt quis in quantaſcunq; voluerit, plurimas uncias ſuam hereditatem dividere. Si plures inſtituantur heredes, ita demum in hoc caſu partium diſtributio neceſſaria eſt, ſi nolit teſtator eos heredes eſſe ex partibus æquis. Satis enim conſtat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos eſſe heredes. Partibus autem in quorundam perſonis expreſſis, ſi quis alius ſine parte nominatus erit, ſiquidem aliqua pars dixit aſſi, ex ea parte heres ſit. Et ſi plures ſine parte ſcripti ſint, omnes in eandem partem concurrunt. Si vero totus as completus ſit, ii qui nominatim partes expreſſas habent, in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec intereſt, primus an medius an noviſſimus, ſine parte heres ſcriptus ſit, ea enim pars data intelligitur, quæ vacat. Videamus, ſi pars aliqua vacet, nec tamen quiſquam ſine parte heres ſit inſtitutus, quid juris ſit: veluti ſi tres ex quartis partibus heredes ſcripti ſunt. Et conſtat vacantem partem ſingulis tacite pro hereditaria parte accedere, & perinde haberi, ac ſi ex tertiis partibus heredes ſcripti eſſent. Et ex diverſo: ſi plures heredes ſcripti in portionibus ſint, tacite decreſcit ſingulis: ut ſi verbi gratia, quatuor ex tertiis partibus ſcripti ſint, perinde habeantur, ac ſi unuſquiſque ex quarta parte heres ſcriptus fuiſſet. Et ſi plures unciæ, quam duodecim diſtributæ ſint, is, qui ſine parte inſtitutus eſt, quod dupondio deeſt, habebit. Idemque erit, ſi dupondius expletus ſit. Quæ omnes partes ad aſſem poſtea revocantur quamvis ſint plurium unciarum.

COMMENTARIUS.

1 *De uno herede ſcripto in una parte.*
2 *Ad* l.3.C. de teſtam. milit.
3 *An poſſit prohiberi jus accreſcendi.*
4 *Ad* l.8.ɑ: ſi duo h.t.
5 *De herede ſcripto in re certa & n.11.*
6 *De heredibus pluribus conformiter ſcriptis.*
7 *De revocatione ad aſſem ſolemnem.*
8 *De progreſſu ad dupondium.*
9 *Ad* l.23.C. de legatis.
10 *De progreſſu ad tripondium & n.12.*
11 *Difformis inſtitutio & ejus ſpecies.*
13 *Ad* l.17.§.ult. h.t.

TOtum hoc ex pluribus §§. uno contextu proponere viſum fuit, quia continetur materia connexa, quam methodice ad certa capita revocabo, additis etiam caſibus, quos Tribonianus omiſit. Ut rem paulo altius repetamus & arceſſamus; inſtituitur (in pagano ſcilicet) aut unus aut plures. Unus ſine controverſia capit totam † here- 1
ditatem, &c. 1. Si ſit ſimpliciter ſcriptus veluti, Titius heres eſto. 2. Etſi in certa parte hereditatis ſcriptus ſit, ut docet §. hereditas 7. *verſ. etſi unum.* Loquitur ibi Juſtin. de uno qui in ſemiſſe ſcriptus eſt: ſed procul dubio idem obtinet, etiamſi in uncia ſcriptus ſit. Ratio hujus juris eſt, vel quia non neceſſe habet teſtator in XII. partes dividere hereditatem, ſed poſt tot uncias facere quot voluerit, & quot voluerit facere, tot efficiunt hereditatem, ut diſerte Juſtinianus ait in *d.* §. *verſ. non autem:* vel quia quidquid etiam voluerit te-

Digitized by Google

rit teſtator, ex ratione juris pars vacans & quæ ſupereſt, accreſcit parti in qua ſcriptus eſt heres: cujus porro ratio eſt, quod nemo paganus (miles enim excipitur, ut oſtendimus ſupra adtit. XI. & in d. §. hereditas in fin. repetit Juſtinian.) pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere poteſt, & eum diverſi generis heredibus, quod rurſus *in d. §. verſic. neque enim*, tradit Tribonianus poſt ICtum *in l. jus noſtrum 7. de Reg. Iur.*

Hinc autem, & quod teſtator tot partes poſſit facere hereditatis, quot velit, & plures & pauciores, defenditur diviſio *l. 3.* † *C. de teſtam. milit.* ubi miles inſtituit duos, unum ex uncia, alterum ex duabus: & reſcriptum eſt totam hereditatem ad illos duos pertinere, (cum tamen alias miles poſſit pro parte teſtatus decedere) quoniam intelligitur in tot partes hereditatem diviſiſſe. Nec obſtat *l. ſi miles 6. D. eod.* quia ut in re certa inſtitutus habeat totam hereditatem, & detrahatur mentio rei certæ, fit ex ſubtilitate juris & interpretatione, quæ in teſtamento militis non habet locum. cui rurſus non obſtat *l. ſi certarum 17. in princ. d. tit.* quia ipſum miles inſtituerit ibi heredem rerum ruſticarum & urbanarum, & ceterarum rerum, apparet, in totum teſtatum eum decedere voluiſſe. Et conſequitur ea voluntas effectum, ita ut res per perceptionem ſingulis legaſſe videatur: licet hactenus perinde dicatur haberi ac ſi ſine partibus eos ſcripſiſſet, quo ad nudam rationem juris, & ſcilicet ut tamquam heredes, verbi cauſa à creditoribus defuncti conveniri poſſent. Sed quid ſi teſtator paganus expreſſe dixerit, ſe velle ut heres ſcriptus tantum † habeat partem ſibi adſcriptam, & nolle ſeut partes ceteræ ei adcreſcant? Et certi juris eſt, neminem poſſe facere ne Leges habeant inteſtato ſuo locum *l. nemo 55. de legat. 1.* adeo nullis machinis efficere poteſt teſtator, ut & ex teſtamento ſibi ſuccedatur & ſimul ab inteſtato. Itaque aut oportet illam prohibitionem teſtatoris & voluntatem nullam eſſe & valere teſtamentum, aut ſi prohibitionem, qua vetat partem adcreſcere parti, admittimus, teſtamentum corruere oportet. Prius magis convenit rationi juris, nec teſtamentum tam ſolenniter conditum evertatur, quod nec teſtator voluit, idque probatur communius à Dd. teſte *Claro in § teſtamentum q. 74.* licet ipſe poſteriorem opinionem magis probet, quæ eſt *Bartoli in l. quoties 9. §. ſi duo h. t.* Eſt & media ſententia,

2 (margin: beside "res, defenditur diviſio")

quam Salicetus probat *in l. quoties 13. C. h. t.* ut hereditas quidem tota ipſo jure pertineat ad heredem ſcriptum, ſed ut partem quam ei adcreſcere prohibuit teſtator, cogatur reſtituere heredibus qui ab inteſtato futuri fuiſſent ſucceſſuri, ut nimirum colligatur fideicommiſſum ex teſtatoris prohibitione, quæ ſententia habet ſane meo judicio rationem, & firmatur arg. *§. ſed & 3. infra quib. mod. teſt. inf.* Et ad hanc ſententiam trahi poteſt & explicari *l. quoties 9. §. ſi duo h. t.* ubi in non diſſimili † caſu dicitur, duos ex certis rebus inſtitutos æqualiter eſſe heredes niſi patrisfamilias voluntas expreſſiſſime refragetur. 4
Hoc enim poteſt referri ad effectum rei, ut non videantur heredes effecti, qui tamquam ex fideicommiſſo rem reſtituere tenentur. per *d. §. 3. quibus mod. teſt. infirm.* Eſt tamen & alia reſponſio ad *d. l. 9. §. ſi duo 13.* quam & *Br in d l. 9. §. quoties h. t. & Salic. in l. 13. C. eod.* tradunt, non hoc velle ICtum, quod reliqua hereditas ſucceſſoribus ab inteſtato relinquatur, ſed quod juxta voluntatem teſtatoris, heredes fiant ex inæqualibus portionibus, juxta proportionem fundorum & rerum certarum, vel partium quas adſcripſit ſingulis teſtator, cum alias id juris ſit, ut quamvis res adſcriptæ pretii & valoris inæqualis ſint, vel in ipſis rebus certis teſtator partes adſcripſerit, tamen æqualiter ſint ſinguli heredes, quippe ex ratione juris omnino detracta rei certæ, & partium etiã mentione *d. l. 9. §. 13 cum l. ſeq. h. t.* Sed & amplius iſta inæqualitas non tã ipſo jure quam officio arbitri fam. erc. teſtatoris voluntatem ſubſequentis, inducitur arg. *l. ex facto in pr. h. t.* Diximus, unum heredem ſcriptum & ſolum, conſequi totam hereditatem, ſive ſimpliciter, ſive in certa parte hereditatis ſcriptus fuerit heres. Amplius & 3. idem eſt, † etiamſi ſcriptus ſit heres in re certa & ſingulari, veluti in fundo, in ædibus, ſed ſub qualitate primi caſus, ut perinde habeatur, ac ſi ſimpliciter ac ſine ulla mentione rei, quæ poteſtate iuris detrahitur, ſcriptus fuiſſet. Nam cũ heres ſit ſucceſſor univerſi juris, & proinde citra contradictionem fieri non poſſit, ut in re ſingulari conſiſtat hereditas, nec tamen, qui tam ſolemniter diſpoſuit, credatur ludere voluiſſe, ſuccurrit jus, & detracta mentione rei ſingulari, facit eum pure heredem, ut ſcriptum eſt *in l 1. §. 4. l quoties 9. § ſi duo 13 cum l. ſeq. h t* Hæc de caſu, quo unus heres inſtitutus fuit.

Plurium heredum inſtitutio † vel eſt uniformis, vel difformis. Illam appello, quando omnes heredes eadem forma ſcripti ſunt heredes, ut ſcilicet

licet

licet omnes ſine partibus, vel omnes ex partibus certis hereditatis, vel omnes ex certis & ſingularibus rebus. Utrique enim pars, & rei ſingularis d fierunt, quia dicimus partem hereditatis, unciam, ſextantem quadrantē, quæ ſunt nomina juris, &c. Primo caſu conſtat, omnes æqualiter heredes eſſe §. ſi plures 8. in pr. h. t. Idemque eſt in poſtremo caſu, quia poteſtate juris eſt idem hic caſus cum primo, quia fit detractio rerum ſingularum aut certarum, & perinde habetur, ac ſi rerum nulla mentio fuiſſet facta, ut paulo ante diximus ex l. 13. §. cum l ſeq. h tit. Præterquam quod, ut adjecimus, aliquando ſequimur voluntatem enixam teſtatoris, ut quamvis ipſo jure æqualiter omnes ſint heredes, tamen arbitri officio, alteri plus adjudicetur.

Intermedio caſu, qui omnes ſunt ex partibus ſcripti ſupremis hæc diſtinctio præmittenda eſt, quod aut conſideramus ſimpliciter hereditatem & partes juxta verba teſtatoris, aut juxta diſpoſitionem juris civilis, ſecundum quam hereditas in XII. partes vel proportionaliter XXIV. aut XXXVI. dividitur. Illa conſideratione nullas certas partes habet hereditas, ſed quod fecit teſtator, adeo & pauciores quam XII. §. hereditas 7. verſ. non autem h t. & plures imo plurimas d. § 7. in fin l. 13. §. 1. h. t. & ita in d l. interdum 13. §. ult. h. t. hereditas in XIV. partes dividitur. Hac autem & poſteriori conſideratione hereditas ut as quidam ſolemnis, conſiderata, habet XII. partes & uncias, ad quas revocari debent & poſſunt, partes, quas dedit & expreſſit teſtator, quantæcunque etiam ſint, plures vel pauciores. Et ita Juſtin. in §. etſi plures 10. h t. quæ omnes partes, inquit, ad aſſem poſtea revocantur, & Juriſc. in d. l. 13 §. 1. eod. paterfam. inquit, diſtribuere hereditatem in quot voluerit uncias, poteſt, ſed ſolennis aſſis diſtributio in duodecim uncias fit. Et ubi igitur ſecundum hanc ra-
7 tionem partes revocandæ † ſunt & reducendæ ad aſſem ſolemnem, diſtinguitur: quod aut partes adſcriptæ heredibus ſingulis, ſunt infra aſſem, nec eum explent, aut ſunt ſupra aſſem, illumque excedunt: ubi enim partes exæquant aſſem, nullus dubitationi eſt locus aut diſputationi. Primo caſu, ubi non totum aſſem exhauſit teſtator, illud obtinet, quod diximus ad membrum præcedens, ubi unus ſolus in quantacunque minima parte etjam, ſcriptus eſt, ut omnes ceteræ partes adjiciantur juris poteſtate, quod non patitur, ut pro parte quis teſtetur, pro parte inteſtatus moriatur l. 7. de reg. jur. Et ſicut hic heredi uni ſoli totum quod ſupereſt, adjicitur: ita illic ubi plures ſcripti ſunt, ex eadem ratione, quod ſupereſt, pro rata portione ſingulis adjicitur: veluti ſi tres inſtituti ſint ſinguli ex quadrante, tres illæ unciæ ſuperſtites ſingulis adjiciuntur, ut ſinguli habeant trientem: quomodo ſcribit Juſtin. in §. videamus 9. in princ. h. t. & ad eundem modum, ſi duos ſcripſerit heredes, ſingulos ex quadrante, quæ ſuperſunt ſex unciæ ſingulis proportionaliter adcreſcunt l. interdum 13. § 1. h. t. Poſteriori caſu, ubi partes adſcriptæ excedunt aſſem ſolemnem, oportet eadem ratione, ut ſiquidem revocamus rem ad aſſem ſolemnem, conſiſtentem in XII. unciis, ſinguli pro rata decreſcant, veluti ſi quatuor proponamus inſtitutos, ſingulos in triente & ita omnes in XVI. unciis, ſingulis detrahimus unciam, perinde ac ſi in quadrante eſſent inſtituti d. §. videamus 9. verſ. & ex diverſo h. t. neque vero æqualiter & in viriles partes fit decretio aut accretio, ſed pro portionibus quas inſtitutioni adſcripſit: quæ ſi ſint inæquales, inæqualiter etiam aut adjicitur aut detrahitur. Hinc ſi alter heredum ex quadrante, alter ex ſemiſſe ſcriptus ſit, ex tribus unciis quæ ſuperſunt, duæ huic, una illi adjicitur: d. l. 13 §. ſed ſi 3. h. t. Ex diverſo, ſi unum ſcripſit heredem ex XII. unciis, alterum ex ſex, ex unciis ſex quæ excedunt, illi quatuor, huic duæ detrahuntur, ita ut ille beſſem, hic trientem hereditatis & aſſis conſequatur d. l. 13. §. 4 h tit. Atque ita obtinet, ubi reductio fit ad aſſem ſolemnem. Reperitur & alia ratio apud IC. ut † pro- 8
greſſus fiat, verbi gratia, ad dupondium, & ad duplicem aſſem, ubi partes adjectæ ſuperant XII. uncias, nec tamen faciunt totum dupondium, ſed ſunt infra XXIV. uncias: & ut nimirum ſicut ubi partes ſunt infra aſſem, ſingulis pro rata ad dupondium explendum adjiciatur.

Atque ita ubi quatuor ſunt inſtituti heredes, ſinguli in triente XVI. unciis omnes, ex VIII. unciis, quæ deſunt dupondio, ſingulis duæ adcreſcunt. Ita in ſpecie d. l. 13. §. 4. h. t. ſi ex duobus alter ex XII. unciis, alter ex VI. ſcriptus ſit, ex VI. reliquis unciis, illi quatuor, huic duæ accreſcunt. Quomodo habent idem pene heredes, quod haberent, ſi revocatio fieret ad aſſem ſolemnem, quoniam quæ eſt proportio III. ad XII. & VIII. ad IV. ubi aſſem facimus, eadem eſt proportio IV. ad XXIV. & XVI. ad VIII. ubi tranſitus fit ad dupondium, quoniam in dupondio duæ unciæ tantundem faciunt, quantum in aſſe uncia una. Itaque, ut diximus, ſi duo ſcripti ſint, unus in XII.

tur ſuperant aſſem, aut exæquant aſſem. Primo caſu jus liquidum eſt, ut quod ſupereſt, habeant ille vel illi qui ſine partibus ſcripti ſunt, ut docet *Juſtinian §. ſi plures 8. verſ. partibus h. tit. poſt l. Cum in l. item quod 17. in pr. D. eod.* Secundo caſu, eadem ratione habent ſine partibus ſcripti, quod deeſt dupondio, ad quem teſtator, plures faciendo uncias ultra aſſem tranſitum facere intelligitur voluiſſe, ut eſt *in §. etſi plures in pr. 10. h. t.* idemque in *l. Sabinus 81 D. eod.* Sin autem revocatur res ad aſſem, ſingulis, qui partes habent detrahenda eſt dimidia, quia ſcilicet, ut diximus, duæ unciæ in dupondio, faciunt unam in aſſe: verb. cauſa: ſi duo Titius & Mævius ſinguli ſcripti ſint ex unciis VIII. & Sempronius ſimpliciter ſine parte, ſiquidem dupondium facimus, Sempronius itidem VIII. uncias feret: ſin revocamus rem ad aſſem, ſinguli habebunt trientem & quatuor uncias hereditatis totius. Et ita in ſpecie *l. ex unciis 8. 7. h. tit.* ubi duo, unus, in VI. alter in VIII. unciis, tertius ſine parte ſcriptus eſt: facto dupondio hic X. ſed in aſſe V. uncias habet: ſingulis enim detrahitur dimidia, ita ut qui in dupondio ex partibus ſcripti habent XIV. uncias, in aſſe tantum habeant ſeptem. Nec diſſimilis eſt in tertio caſu ratio: quoniam qui aſſe integro expleto & XII. factis unciis, alium ſine parte ſcribit, itidem præſumitur tranſitum facere voluiſſe ad novum aſſem & ad dupondium, & proinde ſive unus ſive plures ſcripti ſine partibus ſint, in dupondio XII. uncias, in aſſe ſemiſſem, & ita dimidiam hereditatis totius habebunt: & hoc diſerte tradit *Juſtin. in §. ſi plures 8. verſ. ſi vero h. t.* ubi brevi quaſi manu; ait, aſſe toto completo, ſi qui ſine partibus ſcripti ſint, dimidium hereditatis habituros, & tantum ſcilicet, quantum hi qui partes adſcriptas habent, & in quorum perſonis as expletus eſt: itemque *in l. item 17. §. ſed ſi 3. h. tit.* aſſe expleto, ſine parte ſcriptum, in alium aſſem venire, ſcilicet facto dupondio, qui enim habet duos aſſes, quod in eo as unus eſt, in aſſe ſolemni eſt ſemis: & *in d. l. 17 §. 4.* duos ſine partib. ſcriptos in unum aſſem conjungi. Quid igitur ſi expleto du-
12 pondio, teſtator ſcripſerit aliquem vel aliquos † ſine parte? Videtur huc referri poſſe, quod eſt *in § etſi plures 10. verſ. idemq. h. t.*

Idem erit, ait Juſtinian. ſi dupondius expletus ſit: Et tamen proxime ante caſum proponit, non quo expletus as, ſed quo ſuperatus eſt: & ut ille verſ. ad valde illud remotum, quod eſt *in §. ſi plures 8. verſ. ſi vero,* (ubi de expleto aſſe agitur) referatur, tolerari vix poteſt, ut forte non abs re ſit, quod Hottomannus expletum *in d. §. 10.* accipit pro exſuperato. Sicut enim qui ſuperato aſſe, ſine parte ſcriptus eſt, habet quod dupondio deeſt: ita qui ſcriptus eſt ſine parte ſuperato dupondio debet habere, quod deeſt tripondio, ad quem tum teſtator tranſitum facere, & in XXXVI. uncias ſuam hereditatem intelligitur dividere voluiſſe. Et tamen eſt eadem ratio ſive expletum ſive ſuperatum dupondium ponamus, quia utroque caſu ad tripondium tranſitum facimus: ut proinde *in d. §. 10.* recte quoq; verbum *expleti* proprie accipi poſſit, ſicut & *in l. 17. § 3. & 4. h. t.* Et eſt alias caſus hic, quo dupondio expleto alius ſine parte ſcriptus eſt, deciſus *in d. l. 17. §. ult. h. tit.* venire hunc non in alium aſſem, ſed in trientem. Nimirum negat eum venire in alium aſſem, eo ſenſu, quo in §§. præcedd. dixerat eum qui aſſe expleto ſine parte ſcriptus eſt, in alium aſſem venire, qui ſcilicet habet dimidiam hereditatẽ: ceteroqui tripondio facto, in quo utique ſunt tres aſſes, & hic recte diceretur vocari in alium aſſem. Sed JCti noluerunt multiplicare nomina, & fere in dupondio ſubſtiterunt, ideoque JCtus *in d. l. 17. §. ult.* in propoſito caſu recta reſpondet, eum trientem habiturum, in tota videlicet hereditate, & re ad aſſem revocata. Quę certiſſima ratio eſt, in qua miror turpiter adeo lapſum *Hottom. in §. etſi plures 10. h. t.* Negat ibi ſe poſſe excogitare rationem, cur qui duobus (v. c.) ſingulis ex aſſe ſcriptis, ſine parte ſcriptus eſt, debeat vocari tantum in trientem: Nam, inquit, ſi aſſe completo, qui ſine parte nominatus eſt, in alterum aſſem vocatur, reque ad unum aſſem revocata, ſemiſſem aufert, quidni qui dupondio completo ſine parte ſcriptus eſt, eodem modo re ad aſſem revocata auferet ſemiſſem? Nihil hac argumentatione inſubtilius, & inſulſius. Et nimis craſſa & falſa opinio, cum qui dupondio expleto ſcriptus eſt ſine parte, in aſſe ſolemni ſemiſſem, & ita dimidiũ totius hereditatis, & tãtũ, quantũ habet, qui expleto aſſe ſine parte ſcriptus eſt, habere debere. Nihil eſt, quod rationi & proportioni magis repugnet & tamen ille tam indoctam opinionem pluribus proponit 8. *obſerv.* 2. quod totum caput una litura delendum eſt. Et primo expreſſus eſt textus *in d. l. 17. §. ult.* quod hic de quo quærimus vocetur in triẽtem. Et impudens eſt emẽdatio, ut pro, *trientem* legamus *treſſem*: quin & hac admiſſa lectione, non poteſt juvari ſententia Hottomanni, quia aut intelligimus treſſem conjunctim pro tribus aſſibus, & manifeſto ſtolida eſt

 ſen-

ſententia vocati eum in treſſem: ita enim totum haberet: aut diſeretim, & pro tertia aſſe vel uno ex tribus, & hic nimirum facit in aſſe trientem. Et ſicut dupondius ſignificat duos aſſes, & ſcilicet XXIV. uncias, ita treſſis ſive tripondius ſignificat tres aſſes & XXXVI. uncias, & vel hac de cauſa penitus inepta & vitioſa eſt illa lectio & corruptio Fr. Hotto. *in d. l. 17. §. ult h. t.* Et quo plures portiones hereditatis facit teſtator, eo etiam minus in integra & re ad aſſem revocata oportet habere ſingulos heredes: & proinde abſurdiſſimum eſt, ut qui poſt dupondiũ expletũ ſcriptus eſt, ſine parte, tantundem habeat in hereditate, ac is qui ſcriptus eſt ſine parte poſt aſſem expletum, quoniam illic teſtator diviſit hereditatem in partes & uncias XXXVI. hic tantum in XXIV. Itaque ſi dixerit, Titius ex XII unciis heres eſto. Caius heres eſto, facto dupondio. Caius XII. uncias habet. Si dixerit, Titius ex XII. Seius ex XII. unciis heredes ſunto. Caius heres eſto, facto tripondio, Caius itidem habet XII. uncias quidem, ſed quę in hereditate & aſſe ſolemni, non tantum faciant, quãtum caſu priori: etenim rationis eſt apertæ, ut uncia in tripondio minor ſit quã uncia in dupondio, & hæc rurſus minor quam in aſſe, & ut ſup. diximus, in tripondio tres unciæ, in dupondio, duæ unciæ computantur pro una, ubi res ad aſſem revocatur, itaque neceſſum eſt ut in poſteriori caſu Caius tantum habeat trientem in aſſe, in priori ſemiſſem. At ſecundum Hotom. opinionem, cum in poſteriori ſpecie ſinguli, Titius, Seius & Caius, habeant XII. uncias, abſurdiſſime tantum tribuitur Caio, quãtum duobus illis. Titio & Seio. Et turpiter labitur *d. lib. 8. obſ 1. Hottom.* in facienda reductione ad aſſem. Detrahit tantum Titio & Seio quibus ſingulis XII. unciæ adſcriptæ ſunt: & detrahit ſingulis VI. unc. & nihil detrahit Caio. Quod in manifeſto vitio eſt. Nã cum Caius intellectu juris utrique partem habeat, cæteroquin ſuccedere nõ poſſet, oportet illũ quoque pari proportionatam detractionem. Et hoc modo nimirum, ut gradatim primo tripondius ad dupondium, inde hic ad aſſem revocetur, & nimirum primo ſingulis detrahatur tertia id eſt IV. unciæ (ita enim fiet dupondius) mox ſingulis dimidia, & ita relinquetur as: in quo ſinguli habebunt trientem: quomodo ut fiat deductio ratio ea facit, quod, ut ſæpe diximus, tres unciæ in tripondio, duæ unciæ in dupondio, faciunt unam unciam in aſſe; in quo itetum graviter offendit Hott. qui longe alia ratione ad dupondium, alia ad aſſem reducendi utitur, ut omni eum judicio hic caruiſſe appareat. Et porro, ſi Caio ſine parte poſt dupondium expletum ſcripto, ubi teſtator tripondium facere voluit, tribuas dimidium totius hæreditatis, quod vult Hotoman. efficietur neceſſario ut in tripondio habeat XVIII. uncias, quod abſurdiſſimum eſt, & implicat contradictionem cum jam XXIV. uncias expleverit teſtator, quibus ſi addas XII. faciunt XXXVI quarum tertia pars utique ſunt XII. quæ partem tertiam faciunt totius hæreditatis, & nimirum in aſſe trientẽ *dict. leg. 17. §. ultim h. t.* Deniq; quæ ratio eſt ubi ſuperato dupondio, aliqui ſine parte ſcripti ſunt, eadem eſt, ubi ſcripti ſunt dupondio expleto, ut ſcilicet illi habeant quod ſupereſt de tripondio, hi alias XII. uncias in tripondio, ſicut quæ eſt ratio, ubi ſuperato aſſe quidam ſine parte ſcripti ſunt, eadem eſt, ubi ſcripti ſunt expleto aſſe: ut illic capiant quod deeſt dupondio, hic alias XII. uncias ſcilicet in dupondio; neque vero fieri poteſt, ut XII unciæ in dupondio tantum faciant, quantum XII unciæ in aſſe Siquidem as totus eſt in XII. unciis; dupondius autem in XXIV. unciis: itaque in dupondio XII. unciæ faciunt dimidium aſſis; Et ad hunc modum rurſus fieri non poteſt, ut XII. unciæ tantum faciant in tripondio, quantum faciunt in dupondio; quia XXXVI. unciæ faciunt tripondium, & proinde in tripondio XII. unciæ faciunt tertiam partem aſſi, quæ eſt triens. Sed pudet tot verba perdidiſſe, in confutanda tam inſulſa opinione. Facit tamen, aut autoritas, aut confidentia aut impudentia, & ignorantia quorundã, ut reperiant approbatores. Unum addo, ſi teſtator v. c. unum inſtituerit in XII. unciis, alterum in VI. ſive retinens has XVIII. uncias, ſive faciens tranſitum ad dupondium & XXIV. uncias, ſive re ad aſſem revocata XII. uncias, ſemper effectu idem futurum; primo caſu habebit uncias expreſſas; altero caſu prior XVI. poſterior VIII tertio, prior VIII. poſterior IV. uncias habebit: utique alter duas tertias, alter unam tertiam: qua in re lapſus eſt Faber hic. Hactenus totum hunc textum, & ſingulas ejus partes, explicavimus, additis quibuſdam, quæ connexio materiæ exigebat. Ceteroquin hoc textu in prin. proponitur regula, quod paganus pro parte teſtatus & inteſtatus decedere non poſſit. Et fit ex accidenti & poſt facto, aliquando ob querelam inofficioſi, ut ex parte reſcindatur teſtamentum *leg. circa 24. de inoff. teſt.* Et tamen verum eſt tempore mortis in totum teſtatum fuiſſe.

Alium

Aliumcaſum ſingularem in pupillo, notavi ad *fin. pr infra de pupill. ſubſtit.*

Unicum adhuc addendum eſt ad enumerationem partiũ in pr. § *hæreditas 7. h.t.* vulgatæ editiones habent. *ſeſcunx*, ſextans, &c. Vigl. pro *ſeſcunx*, legit. *ſeſcuncia.* Sed ſufficit uncias ipſas poſuiſſe, nõ etiam dimidiatas; & omnino illud *ſeſcunx* delēdum eſt, quod nec extat in Florent. & Hal. editionibus in *l. ſervum 59. §. ult. h. t.* nec apud Theophilum, qui *unciam* poſuit: quod ipſum verbum rectius omittitur, ſicut in *d. l. 50.* quoniam in pr. §. dicitur, hæreditatem dividi in XII. *uncias*: & rurſus eum in d. prin. bis fiat mentio *aſſis*; non eſt neceſſe, ut poſt *deunx* adjiciatur; *As*, quod etiam deeſt in emendationibus. Sed hactenus parum refert; ſive verbum *uncia* præmittamus, ſive etiam *Aſſis* verbum in fine ſubjiciamus; quam lectionem etiam Contius repræſentavit, & Hott. Porro aſſem eſſe nummi genus, hic autem pro ſolido, quod in XII. partes diſtribuatur, ſumi; omnes notant; & vulgatum eſt, & ex iis quæ Budæus de aſſe, Voluſ. Mæl. & Varro d. L. L. ſcribunt, notiſſimum.

TEXTUS.

6. Hæres & pure & ſub conditione inſtitui poteſt: ex certo tẽpore, aut ad certũ tempus non poteſt, veluti, poſt quinquenniũ, quã moriar, vel, ex Calendis illis, vel, uſq; ad Calendas illas heres eſto. Deniq; diem adjectum haberi pro ſupervacuo placet, & perinde eſſe ac ſi pure hæres inſtitutus eſſet. Impoſſibilis cõditio in inſtitutionibus, & legatis nec non in fideicommiſſis & libertatibus, pro non ſcripta habetur. Si plures conditiones in inſtitutionibus adſcriptæ ſunt, ſiquidem conjunctim, eſt omnibus parendum; ſin ſeparatim: veluti, ſi illud, aut illud factum fuerit: cuilibet conditioni obtemperare ſatis eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Liberi an & ſub qua conditione inſtitui poſſint.*
2 *De impoſſibili conditione.*
3 *Conditio impoſſibilis jure.*
4 *De die certo & incerto.*
5 *Ad* l. extraneum 9. C. h. t.

INſtitutio, aut eſt pura, aut aliquo adjecto qualificata; cujuſmodi multa ſunt quæ adjici poſſunt, dies, conditio, modus, cauſa, &c. Hic de die & conditione tantum agitur. Conditio eſt vel poſſibilis vel impoſſibilis. Illa poteſt diſtingui in mixtam & ſimplicem: quæ eſt vel caſualis tantum vel poteſtativa tantum. Et poteſtativæ quidem, implendæ, & iis parendum eſt, caſuales expectandæ ſunt, hoc tit. ex *verſ. ſi plures* cujus verba, *parendum eſt, obtemperare* proprie competunt conditioni poteſtativæ: licet procul dubio idem ſit in caſuali, quæ & ipſa utiliter adjicitur, nec detrahitur; præterquam in filiifam. perſona, qui ſub † conditione caſuali male inſtituitur, quia deficiente cõditione 1 reperitur præteritus; itaq; recte tum demum inſtituitur ſub conditione caſuali, ſi in contrarium eventum fuerit exhæredatus *l. 4. 5. & 6. & l. jam dubitari 86 h. t.* Ceteroquin teſtamentum nullum eſt: Atque ita olim in filio tantum obtinebat, non in ceteris liberis, quippe, qui nec præteriti teſtamentum faciebant nullum, ut diximus *ad pr tit. prac.* ſed Juſtinianus omnes liberos in poteſtate exæquavit §. *ſed hac 5. d. tit.* Communius tamen putant Dd. hodie ſi filius ſit inſtitutus ſub cõditione caſuali, teſtamentum non eſſe nullum, ſed conditionẽ poteſtate juris detrahi uſq; ad legitimam, quæ nullam moram & gravamen ferre poteſt, ex *l. quoniam 32. Codic. de inoff. teſtam.* eoque communis eſt opinio Dd. teſte *Jas.* qui eandem probat in *l 4. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* Sed falluntur & errant. Eo enim loco & ſi, qui ſunt ſimiles, agitur de caſu, quæ quæritur, de querela inofficioſi, & de caſu adeo filii exhæredati. Et nimirum ita olim jus erat, ut filius etiam optimus exhæredari à patre poſſet, ut nec querelam haberet, modo pater ei legitimam dediſſet, de quo *infr. tit. 18.* Quam legitimam Juſtin. voluit habere filium plenam & ſine ullo onere & mora: ſed poſt *Nov. 115. cap. 3.* conſtituit, ut omnino neceſſum eſſet filio dari legitimam titulo inſtitutionis, de quo *dicemus d. tit. 18.* Hoc utiq; Juſtin. ubiq; egit, ut conditionem liberorum meliorem faceret; itaque hodieque nullum erit teſtamentum, in quo filius inſtitutus eſt ſub conditione caſuali. Poteſtativa autem conditio recte adſcribitur etiam liberis in poteſtate: ſed utiq; ſi v. c. in dando conſiſtat, tum demum verum erit quod Dd. volunt, eam detrahi, ſi qualecunq; etiam præjudicium inferat legitimæ: adeo & tunc, ſi talis ſit, quæ ſumptus requirat, nihil enim in fraudem & præjudicium legitimæ fieri poteſt. Hæc de conditione poſſibili. Impoſſibilis

† con-

† conditio dicitur eſſe cui natura impedimẽto eſt, 2 § *ſi impoſſibilis* 10. *de inutil. ſtipul.* Sed docendi gratia latius accipi & ita diſtingui poteſt, & ſolet, quod ſit impoſſibilis natura vel jure. Illa rurſus ſubdiſtingui poteſt, quod ſit vel ſimpliciter talis, veluti ſi mare ebiberis, ſi cœlum digito tetigeris, vel per ſe quidem poſſibilis, ſed propter conditionem ſive circumſtantiam v. c. temporis fiat impoſſibilis natura, veluti monumentum facere, ſervos dare per ſe poſſibile, imo poteſtativum eſt, ſed ſi adjectum ſit tempus nimis breve, & brevius, quam ut (ubi ſcilicet ſervi longe abſentes ſunt) fieri intra illud poſſit, fit conditio impoſſibilis; veluti ſi monumentũ intra triduum feceris, ſi ſervos, qui Carthagine ſunt, (cum hæres Romæ eſſet) intra triduum dederis *l. ſi quis ita* 6. *de condition. inſt. l. ſi mihi* 12. §. 1. *de legat* 1. Et hęc quoq; conditio utitur eo jure, quo ſimpliciter impoſſibilis, ut videlicet ipſa detrahatur & vitietur, & inſtitutio maneat pura, dictis textibus. Et huc etiam referri poteſt conditio, quam appellant Interpretes impoſſibilem, propter perplexitatem, quæ facit, ut exitum reperire res non poſſit, ut in ſpecie *l. ſi Titius* 16. *de condit. inſtit.* Sed ea diverſo jure utitur, quam illæ priores; etenim inutilem inſtitutionem facit, ut eſt in *d. l.* 16. Alia etiam conditionis ejus ratio eſt, quam perſonæ qualitas facit impoſſibilem, veluti ſi quis hac lege ſervum manumiſerit, ſi millies dederit hæredi, quomodo libertas dicitur data inutiliter, & ita vitiatur datio, *leg. ſi hæres* 4. §. 1. *de ſtatu liber.* & eſt iſta potius difficultas quam impoſſibilitas. Quid autem ſi legaverit vel inſtituerit ita teſtator, ſi montem aureum dederis? Angel. in § *impoſſibilis in fin h. t.* diſtinguit an teſtator cogitarit de monte aureo naturali, an artificiali. Illo caſu detrahi conditionem & valere inſtitutionem, quoniam naturali talis mons nullus eſt; hoc caſu inſtitutionem vel legatum vitiari. Sed contrarium verius puto; nec enim quiſquam mortalium tantum auri coacervare poſſit, ut ex eo liquefacto, (ut ipſe loquitur Ang.) conficiatur mons. Viglius putat intelligi poſſe montem, qui habeat venas auri. Sed ille ſane inepte dicatur mons aureus; quod ſi probetur, teſtatorem de tali monte ſenſiſſe, facile concedam, conditionem implendam, aut nullam inſtitutionem fore. Hujuſmodi conditiones appellant Interpp. impoſſibiles de facto, & illas quoq; quæ ſunt in *d. l.* 16. *de condit. inſtit.* & *d. l.* 12. §. 1. *de legat* 1. & conditionibus natura impoſſibilibus opponunt. Sed non recte ſatis; ſiquidem & iſta propter impoſſibilitatem facti, natura impoſſibiles ſunt, & rurſus quæ ſunt impoſſibiles natura, utique de facto ſunt impoſſibiles. Supereſt conditio † 3
impoſſibilis jure, quæ ita dicitur ex *l. filius* 15. *de condit. inſtit.* ubi JCtus ait, quæ honeſte fieri non poſſunt, ea intelligi nec facere nos poſſe. Et de hac quoq; communiſſime Interpp. tradunt, idem juris eſſe, quod in impoſſibili conditione natura, ut ſcil. conditio rejiciatur ſalva inſtitutione, & hoc indubitatum eſſe, ait Myns. hic. ex hoc loco, quem non dubitat pariter de cõditione impoſſibili jure, quæ turpis dicitur, accipiendum eſſe. Sed nimis leve iſtud eſt argumentum; cum nuſquam alibi jure noſtro turpis conditio dicatur eſſe impoſſibilis; ut proinde recte hic locus accipiatur, de conditione quæ natura eſt & de facto impoſſibilis, ſicut & de ejuſmodi conditione tantum, loquitur §. *ſi impoſſibil.* 10. *infra de inutil. ſtipulat.* Et facit contra hanc opinionem iſtud argumentum, quæ conditio adjecta, filii inſtitutionem facit nullam, ea ſane non detrahitur, quia ſi detraheretur, valeret inſtitutio; nec dubium eſt, quod ſi filius inſtituatur hoc modo, ſi ebiberit mare, vel, ſi digito cœlum tetigerit, non vitiari inſtitutionem. Atqui ſi inſtitutioni filii adjiciatur conditio turpis, inſtitutionem vitiari reſponſum eſt, in *dict. leg. filius* 15. *de condit. inſtit* Ergo &c. Sed rurſus pro cõmuni illa Dd. opinione facit; quod eſt in *l. conditiones* 9. *de cond. inſt* conditiones remitti, quę ſunt contra mores bonos. Et reſpondet *Angel ad d leg.* 15. *de condit. inſtit.* quod ibi in forma ſubſtantiali peccet diſpoſitio, quia conſtitutum ſit, ut filius nõ niſi ſub poteſtativa conditione inſtitui poſſet. Sed efficeretur ita, ut hæc quoque inſtitutio filii, ſi digito cœlum tetigerit, ſit nulla, quod puto eſſe falſum. Exiſtimo hactenus jure eodem eſſe utramq; conditionem, & quæ jure & quæ facto, vel natura impoſſibilis eſt, quod utrobique hæres conſequitur hæreditatem, ſed, ut hæc ipſa poteſtate juris detrahatur, & habeatur pro non adjecta; illa autem remittatur juxta *d. l.* 9. *de condit. inſtitut.* quandoquidem revera impleri poteſt, ſed à jure reprobatur, ne impleatur, ſicut conditionem quoque jurisjurandi prætor remittit *l qua ſub* 8. *de condit. inſtitut.* Ut autem valeat filii inſtitutio, remitti non ſatis eſt conditionem, ſed pro nulla poteſtate juris eam habere oportet. Remitti enim, hoc infert, poteſtate ipſa juris non detrahi conditionem, nec haberi pro non adſcripta; & ob id inſtitutionem filii ſub tali conditione, quæ pro poteſtati non habetur,

Digitized by Google

tur, nullam eſſe conſequitur. Atquin cur conditio impoſſibilis vitiatur, & non vitiat inſtitutionem, cum tamen vitiet contractus & conventiones *l §. ſi impoſſib.* 10. *inſ. de inutil. ſtipulat. l. impoſſibilis* 7. *de V. O.* Ratio differentiæ vulgo traditur, quod contrahentes ſub ejuſmodi conditione ludere & jocari videantur: quod non præſumitur facere, qui ſolus & tam ſolemniter condit ultimam voluntatem, cui magis adſiſtunt & favent jura, ut habeat exitum: quod præſertim alias toto teſtamento corruente, multa recte & bene conſtituta everterentur.

Hæc de conditione. Sequitur de die, qui vel eſt certus † vel incert⁹. De certo die agit Juſt. hoc loco in *har.* de quo reſpondet, hæredē ex certo tempore, aut ad certū tempus inſtitui non poſſe, ſed explicat mox in *f* §. quomodo hoc intelligat, nimirum non quod inſtitutio ſit nulla, ſed q; ſicut conditio impoſſibilis, ita & dies certus detrahatur, & ſit pro nō adjecto, potius quam ut pereat ultima defuncti voluntas, *h. §. & l. hæreditas* 34. *D. eod.* Et igitur ſive dies adjectus ſit tamquam terminus ad quem, vel tamquam terminus à quo: Communis utriuſque ratio eſt, quod ſicut extra militem nemo pro parte bonorum, ita nec pro parte temporis teſtatus & inteſtatus decedere poteſt: quam rationem communiſſime reddunt Interpp hic, eoq; genere argumentandi utitur ipſe JCtus in *l. miles ita* 41. *in fin. princ. de milit. teſtam.* Propria ratio prioris eſt, quia nemo jure noſtro hæredem ad tempus habere poteſt, & ſemel hæres perpetuo manet hæres, *l. ei qui* 88 *h. t. l. ait* 7. *§. ſed quid* 10 *inf. de minorib.* & admiſſo alio hærede poſt tempus, tū circa ſolutionem æris alieni, tum alia ſequuntura eſſent incommoda. Poſterius membrum, pluſculum videtur habere dubitationis, ſiquidem non minus, ubi ſub conditione facta eſt inſtitutio, interim ea pendente, nullus eſt hæres, Verū hæc differentię ratio ſolet reddi, quod conditio quandocunque exſiſtens retrotrahitur *l. neceſſario* 8. *in princip. verſ. quod ſi pendente de pericul. & commod. rei vendit. l. potior* 11. *§* 1. *qui pot. in pign.* at non ita dies, quem cum expreſſe adjecerit teſtator, & ante eum voluerit eſſe hæredem, & non detracto amplius impediretur, illa quam jus requirit conjunctio temporis quo adita eſt hæreditas, cum tempore quo teſtator mortuus eſt. Et porro dies non ſuſpendit juris effectum, ſed tantum executionem; adeo cum certum ſit, diem exiturum, (quod in conditione ſecus eſt,) potius ſtatim admittendus eſt ſcriptus hæres, ne dies operetur præter & contra ſuam naturam, ut etiam diſputat *Gomez* 1. *l. reſol* 2. *num.* 8. Facit, quod ſi inſtitutio ex die certo valeret, interim deferretur hæreditas ex Lege argument. *l miles* 41. *in princip de milit. teſtam.* & poſt ex teſtamento; quod ratio juris non patitur. Quid autem ſi teſtator ita diſponat; Titius hæres eſto uſque ad Calend. Junias, poſtea Cajus hæres eſto? Ut hic poſt illum hæres fiat, & ille tum hæres eſſe deſinat, ratio juris non patitur. An igitur dicemus, Caium inutiliter adjectum, & Titium ſolum hæredē eſſe? Atquin utriuſq; & Titii & Caii par ratio eſt, & ut ordini ſcripturę tātus effectus tribuatur, vix poteſt. An inducimus fidei cōmiſſum, ut Titius videatur rogatus reſtituere hæreditatem Cajo poſt illud tempus? quæ eſt ſententia Baldi in *l extraneum num.* 2. *Codic. h. t.* ſicut & ſi quis inſtituerit hæredem uſque ad tempus & poſt hæredem eſſe vetuerit, tacitum fideicommiſſum admittit *Gomez.* 1 *var. reſ.* 2. *num.* 10. ut cenſeatur rogatus hęreditatē reſtituere proximis ab inteſtato, vel uti ſup. diximus, ubi teſtator prohibuit jus accreſcēdi. An potius & Titio & Caio detrahimus tēpus, ut uterq; in hæreditate concurrat, quæ eſt ſententia *Bart in l. hereditas* 34. *h t. Salic. in d l. extraneum C. h. in* 5. *& probat Ioh Fab hic.*

Hæc de die certo. Dies incertus tripliciter dicitur. 1. An & quando ſit exiturus, veluti, cum uxorem duxerit, cū conſul factus erit, & hic dies omnimodo pro conditione eſt *l. ſi dies* 21. *in pr. quand. dies leg. ced.* 2. An ſit exiturus, veluti cum pubes erit, quia poteſt ante pubertatem mori, eoque & hic dies pro conditione eſt, *d. l.* 21. *in pr.* & proinde & hic & ille dies recte adjicietur inſtitutioni, nec detrahetur. 3. Quando ſit exiturus, veluti, *cum quis morietur*: certum enim eſt, moriturum, ſed incertum, quando; & hic communius diſtinguunt Dd. quod aut dies hæc adſcripta eſt in perſona tertii: veluti *cum Caius morietur, Titius heres eſto*: vel ipſi heredi, Titius, cum morietur, heres eſto. Ille dies quoq; † pro conditione eſt, quia poteſt p̄ mori Cajus, de quo caſu poteſt accip *l. extraneum* 9. *Cod h. t.* 5 ſi retenta particula *Quis* legimus, Extraneū eū quis (tertius ſcilicet) moreretur, heredem inſtitui poſſe: Ceterum inducta illa particula, pertinebit ille textus ad poſterius membrum, quo quis inſtitutus eſt cum ipſe morietur. Improbabilis enim plane eſt explicatio Viglii ad hunc locum; teſtatorem poſſe ſibi ſcribere heredem cum ipſe (ſcilicet teſtator) moritur: ut hic ſit ſenſus, non tantum eum qui ſano eſt corpore ſed etiam moriturum heredē ſcribere

bere ſibi poſſe. Et vero aut accipimus & intelligimus ægrotantem tantum, & ſtulta prorſus eſt ratio dubitandi: aut jam animam agentem, & falſum eſt, quod hic poſſit teſtamentum ſibi facere; & in toto jure, verba, *cum morietur*, ipſum punctum moriendi ſignificant, poſito autem hoc caſu, quo heres ita ſcribitur. *Titius cum morietur, heres eſto:* quæritur, an Titius pure ſit heres, & detrahatur dies, an vero demum ſit heres cum morietur. Pro illa ſententia facit, quod cum omnino certum ſit, Titium moriturum, fruſtra expectamus eventum & caſum mortis. Pro hac facit, quod ſimpliciter ſcriptum eſt, diem incertum in teſtamento facere conditionē *l. dies 75. de cond. & dem* & nominatim quod hic dies incertus, *cum heres morietur*, faciat conditionem, probat *l. 1. §. d. t.* ſed obſtat poſteriori explicationi, quod cum nemo poſſit adire hereditatem ante conditionem exiſtentem, cum necdum hereditas delata ſit, non apparet prorſus, quomodo quis ipſo puncto mortis adire poſſit hereditatem. In quo diverſa eſt obligationis ratio, quæ recte concipitur in caſum quo moriturus eſt creditor vel debitor *§. ita autem 14. infr. de inutil. ſtip.* quia nihil præterea requiritur, quam ut obligatio purificetur per exiſtentiam conditionis: atqui hic, ut diximus amplius requiritur ut hereditas adeatur, neque heredem facit nuda conditionis exiſtentia, & explicatio Azonis quem refert hic Faber, ut intelligatur, cum et in lecto mortis ægrotus, repugnet notiſſimo uſui juris. Video Ang. & Fab. hic, & Dd. in *d. l. 9. C. h. t.* magis probare, ut dies detrahatur; nec abſurdum ſit, limitare hactenus *d. l. dies 75. de co d & dem. & d. l. 1. §. 1. eod. titul.* quæ loquitur de legato, Titius heres cum morietur Caio decem dato: ibi quia poteſt præmori Caius, legatum habere intelligitur conditionem. Sed etiamſi legetur Titio cum morietur, pro conditione erit; quia nihil hic amplius requiritur, niſi ut moriatur Titius, ut transmittatur legatum: quæ res etiam utiles facit hujuſmodi conventiones; quod ſecus eſt in inſtitutione heredis. Et in die quoq; certo alia legati, alia inſtitutionis ratio eſt: quoniam de hac detrahitur dies certus, ſed non de illo, & omnino ante diem legatum efficaciter non debetur nec peti poteſt *d. l. 1. de cond. & dem. d. l. 21. Quand dies leg. ced.* Ita ſingularis ſpecies eſt diei incertæ, Titius heres eſto *cum capere poterit l. in tempus 62. h. t.* quod tamen recte explicare & limitare videtur Angel. hic ut procedat quando incapacitas eſt ſolum ex parte inſtituti non etiam ſimul ex parte teſtantis: ex quo probat non poſſe inſtitui à patre filium ſpurium, Id enim fieret in fraudem legis.

In inſtitutionibus & legatis.] Comparantur iſta quo ad conditionem: nam ut diximus, quo ad diem diſpar ratio eſt, qui non detrahitur de legatis.

Omnibus parendum eſt.] Accurſ. hoc reſtringit ad conditionem poteſtativam: ſi plures ſint caſuales, licet conjunctim, putat ſufficere, extitiſſe primam: ſed recte reprobatur ab omnibus: hactenus enim diverſificatis ratio dari non poteſt: ſive ſint omnes poteſtativæ: ſive omnes caſuales, ſive alia poteſtativa alia caſualis, quale exemplum proponit Theophil. Nec juvat eum *l. ſi plures 17. de condit. inſtitut.* quia loquitur de pluribus inſtitutionibus, ut non poſſint non eſſe disjunctim adjectæ conditiones; poteſt enim teſtator in diverſis partibus teſtamenti ſæpius eundem inſtituere, ut & Vigl. notat. Illud vero huic loco nō obſtat, quod negantur actus legitimi recipere conditionem *l. actus 77. de Reg. iur.* vel quia lectio loci eius dubia, nec ſatis exploratum eſt, quod nullus actus legitimus conditionem admittat; vel potius quia aditio quidem hereditatis actus legitimus eſt, non vero etiam inſtitutio heredis.

TEXTUS.

In quos umquam teſtator vidit, heredes inſtitui poſſunt; veluti ſi fratris filios peregrinantes, ignorans qui eſſent heredes inſtituerit, ignorantia enim teſtantis, inutilem inſtitutionem non facit.

COMMENTARIUS.

Rationem dubitandi notant, quod hereditas detur ob bene merita *l. nec adiecti 9. pro ſoc.* Sed levis ratio eſt, & liberum habet hic teſtator arbitrium; & in terminis hujus §. cognationis ratio movit teſtatorem.

Peregrinantes.] Alii malunt, *peregrinatos:* atq; ita manuſcriptos habere ait Hottomannus quod & reſtatur Contius. Addit Hottoman. cum iſta lectione conſentire Theophilum. Sed imponit lectori. Ita enim habet Theoph. ἐπὶ ξένης διάγοντας, quod utique non ſignificat peregre natum, ſed peregre & in natione peregrina agentem & verſantem. Itaque unice miror, quod Contius, & ex eo Pacius, ex Theophilo, citatis etiam his ipſis jam relatis verbis confirmant legendum eſſe *peregrenatos*, quod ſane ignorantiam Græci ſermonis aut inſignem oſcitantiam

tiam ſapit. Plane apparet peregrinantem, diverſum eſſe à peregrino, qui opponitur civi, & heres inſtitui non poteſt.

AD TITULUM XV. LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

TEXTUS.

Poteſt autem quis in teſtamento ſuo plures gradus heredum facere: ut puta, ſi ille heres non erit, ille heres eſto: & deinceps in quantum velit teſtator, ſubſtituere poteſt: ut noviſſimo loco in ſubſidium, vel ſervum neceſſarium heredem inſtituere poſſit.

COMMENTARIUS.

EST ex *l. poteſt 36 D de vulg. & pub. ſubſt.* Interpretes ſubſtitutionem primo dividunt in directam & fideicommiſſariam: Et ſane nõ uno loco dicitur ſubſtitutus, cui per fideicõmiſſum alius quid reſtituere juſſus eſt *l. Titia 87. §. Seia. 2 de leg. 2 l. heredes 57. §. 1. & 2 ad Treb. l. coheredi 41. §. quid ſi 3. l. generaliter 6. C de inſtit. & ſubſt. l. ſi legata 6. C de leg. l. ſi ſervus 50. de legat. 2. l. ei cui 10. de mort. cauſ. dom.* de fideicõmiſſis agitur *inf. h. lib.* Hic autem de directa & heredis ſubſtitutione agitur. Quæ ſolet definiri, ſecundi heredis inſtitutio: (hoc enim verbum in genere ſubſtitutionem quoque comprehendit hoc ipſo *textu inf.*) *l. ex facto 43. §. 2. h. t.* vel ſimpliciter, inſtitutio ſecũda: ſcilicet, non ordine, ſed gradu, quomodo hic loquitur Juſtin. poſſe teſtatorem plures gradus heredum facere; ubi obſervandum interim, (de quo pluribus *tit. ſeqq.* agemus,) pupillarem ſubſtitutionem ſolam in ſe conſideratam (quippe quæ etiam recte fit exheredato) non eſſe revera ſecundam inſtitutionem, quippe, qua quis non ſibi ſed filio facit heredem, eo effectu, ac ſi ipſe filius teſtamentum feciſſet. Et porro dicitur ſecundi heredis inſtitutio, licet quarto vel ulteriori gradu facta ſit: vel ſicut ſecundæ nuptiæ dicuntur omnes poſt primas: vel ratione ordinis in ſuccedendo, & ſubſtitutus qui admittitur, ratione prioris deficientis ſemper eſt ſecundus. Vulgaris ſubſtitutio dicitur, quia fit vulgari formula, *ſi Caius heres non erit Titius heres eſto*: fit vulgo & paſſim, & quidem cuivis: quod in pupillari ſecus eſt, Ait Juſtinianus.

In teſtamento.] Eſt enim ſubſtitutio, ut diximus, inſtitutio heredis: itaque non recte fit in codicillis. In iis tamen factam ad fideicommiſſum trahi, & rogatos videri heredes ab inteſtato, ut reſtituant hereditatem ſubſtituto per *l. illud enim 13. §. 1. de iur. codic. & l. Scævola 76. ad SC. Trebell.* nec enim idonea ſatis videtur hic differentiæ ratio inter ſubſtitutionem pupillarem & vulgarem: & facit à contrario ſenſu *l. fin. C de codicill.*

Noviſſimo loco ſervum.] Ut in omnem eventum ſit teſtatus: quia ſervus non poteſt repudiare hereditatem, ſed neceſſarius eſt. Quid autem ſi medio loco ſubſtituat ſervũ? Et ſiquidem ſervum tangat ordo, & hic neceſſarius heres eſt, non poteſt utilis eſſe ſequens ſubſtitutio. Sed poteſt ſervus alienari aut manumitti antea: quibus caſibus dominus aut ipſe manumiſſus poſſunt repudiare hereditatem. Sed & licet ſervus in eadem cauſa maneat, poteſt tamen præmori: & caſus *ſi heres non erit*, & voluntatis, ut ita loquar, & impotentiæ caſum cõprehendit. Et proinde non prorſus per dationem ſubſtituti neceſſitatem ſtatui intelligitur: niſi forte expreſſe adſcripſerit, *ſi heres eſſe voluerit*, nam & in ſuo hoc modo, ut nec jure civili ſit neceſſarius heres, tolli neceſſitatem, probat *l. verba 12. de condit. inſt.*

TEXTUS.

2\. Et plures in unius locum poſſunt ſubſtitui, vel unus in plurium, vel ſinguli in ſingulorum, vel invicem ipſi, qui inſtituti ſunt heredes. Et ſi ex diſparibus partibus heredes ſcriptos invicem ſubſtituerit, & nullam mentionem partiũ habuerit in ſubſtitutione, eas videtur in ſubſtitutione partes dediſſe, quas in inſtitutione expreſſit: & ita D. Pius reſcripſit. Sed ſi inſtituto heredi, coherede ſubſtituto dato, alius ei ſubſtitutus fuerit, divi Severus & Antoninus ſine diſtinctione reſcripſerunt, ad utramq; partem ſubſtitutum admitti.

COMMENTARIUS.

AUt ipſi heredes inſtituti ſubſtituuntur, aut alii, qui caſus quatuor in univerſum membra habe-

bet: quod aut ſubſtituuntur ſinguli ſingulis, aut plurib. plures, (qui caſus utpote cujus eadem ratio cum illo, hic omiſſus eſt) aut unus plurib. aut plures uni. Neq; dubium eſt, quin ſecundum naturam & rationem ſubſtitutionis omnibus caſibus iſtis oporteat prius defectos eſſe primo gradu inſtitutos, ut ſubſtitutis locus fiat. Et igitur locum huc quoque habebit, ubi in plurium locum unus ſubſtitutus eſt, veluti, Titius & Caius heredes ſunto. Si heredes nō fuerint, Sempronius heres eſto: locus non fiet Sempronio, niſi & Titius & Caius defecerint, alterutro autem tantum deficiente, alter totū habebit, nec locus erit ſubſtituto. Et quid igitur eſt quod Juſtin. ſcribit in *l. pen. Cod de impub. & al ſubſt.* dubitatum apud veteres fuiſſe in hac ſpecie, *Titius & Caius liberi mei heredes ſunto, ſi uterq; impubes deceſſerit, Sēpronius heres eſto*, an Sempronius demū poſt mortē utriuſq; admittatur, an ſtatim uno mortuo in illius locum ſuccedat: cū prius illud procul dubio ante obtinuerit, & non obſcure deciſum ſit in *l. quāvis 4. C. eod. tit.* Non infrequens eſt. Trib. dubitationes fingere tales, & imputare veteribus, quę tamen haud ullæ fuerunt umquam. Porro ex inſtitutis heredibus, (qui alter principalis caſus erat) aut unus tantum coheres eſt ſubſtitutus coheredi: aut coheredes invicem ſubſtituuntur: quam ſpeciem ſubſtitutionis reciprocam vocat JCtus in *l. 4. §. 1. h. t.* Dd. breviloquam vocant; ſed eſt ea non nova ſubſtitutionis ſpecies, verum forma & modus ſubſtituendi, quæ & vulgari conſtitutioni convenit & pupillari *l. 4. §. 1 h. t.* & non immerito improbat Vigl. hanc appellationem, cum & pluribus verbis fieri poſſit, ut & p oponitur à Theophil. & breviloquum idem ſignificat quod compendiolum: cum tamen ſubſtitutio, quam vocant compendioſam Dd. plurimum differat à reciproca, ut apparet ex *l. precibus 8. C h t.* in qua illam compendioſæ ſpeciem qu[illegible] Dd Et poteſt teſtator eaſdem partes in ſubſtitutione quas in inſtitutione expreſſit, ſervare, aut alias partes facere in ſubſtitutione. Quod ſi nihil in ſubſtitutione de partibus expreſſerit, eaſdem in ſubſtitutione partes voluiſſe ſervare intelligitur, quas dedit in inſtitutione, ut docet *Inſt. hoc text. §. Et ſi ex l. ſi in 5. & l. ſi plures 24. D eod l. 1. C. eod.* Et eſt huic tractationi locus nō ubi duo tantū inſtituti ſunt, deficiente n. altero, alter qui ſupereſt neceſſario totū habet, ſed ad minimū tres, & hi invicem ſubſtituti: ut in ſpecie quam Ulp. proponit in *d. l. 24 h. t.* ſi unus ex uncia, ſecundus ex octo unciis, tertius ex quadrante inſtitutus, & ipſi invicem fuerint ſubſtituti, deficiente tertio, dividitur quadrans qui vacat, in novem partes, quarum una ad primum, octo pertineat ad ſecundum, qui in hereditate tota octo habet uncias: adeo fit diviſio pro partibus hereditariis, non autem in partes viriles niſi ſubſtitutio non ſub appellatione heredum, ſed propriis nominibus facta ſit, ut notant Dd. *argum. l. nonnumquam 24 ad Trebell. & l ſi heredes 24. de legat. 1. fac. l. ſi communis 37. de ſtip. ſerv. l. ita liber. 8. de ſtatu lib.* de quo pluribus Vigl. hic, qui putat ſatis inde colligi voluntatē teſtatoris; quæ tamen evidens requiritur in *l. ſi plures 24. h. t.* Et ſane vix eſt, ut non neceſſum ſit in ſubſtitutione exprimere nomine appellativa heredum: itaque ne eludantur textus, in dubio dabimus partes hereditarias: & textus citati à Viglio & aliis diverſos caſus tractant. Hæc de mutua ſubſtitutione heredum & reciproca. Ad alteram ſpeciem, ubi extra reciprocationem coheredi ſubſtituitur coheres, pertinet, quod eſt in f. hujus textus in *§. ſed ſi 3. h. t.* Teſtator cum Titium & Caium heredes feciſſet, & Titium ſolum Caio ſubſtituiſſet, *ſi Caius heres non erit, Titius heres eſto*, porro Titio aliū ſubſtituit, ſi Titius heres non erit, Sempronius heres eſto: deficiēte Titio dubitari poterat, an pars accreſceret coheredi Caio, an pertineret ad Sempronū jure ſubſtitutionis: quod affirmatur: ſed non eſt iſte caſus *d. § 3.* in quo ait Juſtinian. Sempronium admitti ad partem utriuſq;, Titii & Caii, utroque ſcilicet deficiente. Verum non videbatur ratio dub. quippe deficientis Caii pars procul dubio accreſcit Titio, qua de cauſa totū jure ſubſtitutionis haud dubie capiet Sempronius. Sed nimirum non accreſcit niſi ei qui adivit, & aditione expirat ſubſtitutio vulgaris. Itaq; ponendum eſt à neutro factam aditionem, & ubi prior ſubſtitutus coheredi, Titius defecerat ante coheredem, videbatur res redire ad cauſam inteſtati: cujus contrarium reſpondetur in *d. §. 3. h. t. l. ſi Titius 27. l. coheredi 41. in pr. h. t.* ex hoc procul dubio fundamento, quod ſubſtitutus coheredi, qui ſuo coheredi ſubſtitutus erat, videtur utriq; ſubſtitutus fuiſſe: itaq; conſequens eſt Sempronium hunc utriuſque partem jure non accreſcendi ut putat Faber, ſed jure ſubſtitutionis habere: cum & in *l. ſi Titius 27. h tit.* in utramque partem ſubſtitutus dicatur, quā opinionem communiter receptam latius confirmat Vigl. hic, & effectum quoq; hujus rei docet n. 4. poſt Fabrum; & elegans eſt differentia in *l ſi ex plurib. 9 de ſuis & legit:* quod jus adcreſcendi ſequitur portionem adquiſitam, etiamſi qui eam agno-

vit

vit deceſſerit: ſed ſubſtitutione ſicut inſtitutione defertur hereditas vel pars, nec adeo ſine nova adquiſitione: facit *l. qui patri 59. de adq. hered.* Ait porro Juſtin. admitti Sempronium ad utriuſque partem *Indiſtincte*, quod explicandum eſt ex *d. l 41. in pr.* ubi dicitur, quod jam retulimus, non intereſſe, an prior ſubſtitutus poſt coheredem ſuum an ante decedat: poteſt intelligi & ea diſtinctio remota, quæ eſt in *d. l. 41. in pr.* an Sempronius ſubſtitutus ſit Titio, antequã hic ſubſtitueretur Cajo coheredi ſuo, an poſt: itaq; non videtur Juſtin. reſpexiſſe ad illud, quod Hottom. explicando hoc verbum ſcribit, ſive Titius inſtitutionem ſolam, ſive & inſtitutionem & ſubſtitutionem mortuo Gajo ſibi competẽtem repudiarit. Huic tamen ſententiæ, quod ſubſtitutus admittatur ad utramq; partem indiſtincte, ſive prior ſubſtitutus ante inſtitutum an poſt decedat, ut eſt in *l coheredi 41. in pr. h. t.* non leviter adverſari videtur *l. qui habebat 47. h. t.* ubi ex eo quod prior ſubſtitutus prior deceſſit, reſpondet Scævola, licet poſt inſtitutus decedat, ſecundum ſubſtitutum non admitti. Communiter ponunt, in ea ſpecie primum ſubſtitutum deceſſiſſe jam puberem, itaque finitam ſubſtitutionem. Sed præterquam, quod in Flor. exemplaribus legitur, filiũ primo ſubſtitutum deceſſiſſe impuberem, (quãvis reſponderi poſſit cum Ac. dici impuberem non ratione temporis quo ſubſtitutio facta erat) ſubſtitutio quoque altera nõ eſt concepta in caſum quo filia impubes deceſſerit, ſed ſi antequam nuberet: niſi quis nubiles annos intellectos putet, Vigliꝰ putat dici poſſe, quod diſtinctio illa, an prius deceſſerit prior ſubſtitutus nec ne, fuerit quidem Scævolæ, qui antiquior eſt, ſed improbata poſt à Papiniano & Impp. Verum ita ſocordiæ arguuntur compilatores. Exiſtimat tamen poſſe reſponderi aliter, & nimirum quod reſcriptum Impp. loquatur de utraque parte unius hereditatis, at in *d. l. 47. h. t.* agitur de duabus hereditatibus: nec temere reſcripta in ſingulari caſu producenda ſunt ad conſequentias. Ego etiam putarim diverſũ eſſe in ſubſtitutione pupillari, quæ contra rationem juris admiſſa eſt, ut quis alii faciat heredem: itaque ſubſtitutio talis ſtricte accepta videtur; ut non protinus cenſeretur ſubſtitutus pupillo, qui ſubſtitutus eſt pupilli ſubſtituto: quod facilius admiſſum eſt in ſubſtitutione vulgari: in hoc enim fundatur deciſio §. 3. *h. t.* q ſubſtitutus Titio, qui ſubſtitutus eſt Cajo coheredi, videatur etiã ipſi Cajo ſubſtitutus. Videndum etiam an non ratione quoque differentiæ faciat, quod in *d. l. qui habebat* 47. *h. t.* non ſubſtitutus eſt pupillo coheres, ut proponitur in §. 3 *h. t. & in l. 27. & 4. eod.* ſed filia exheredata: ut difficilius ſit, eos porro qui ſubſtituti ſunt filiæ exheredatæ, cenſeri quoque ſubſtitutos filio pupillo inſtituto.

TEXTUS.

Si ſervum alienum quis patremfam. arbitratus, heredem ſcripſerit, & ſi non eſſet heres, Mævium ei ſubſtituerit, iſque ſervus juſſu domini adiverit hereditatem, ſubſtitutus Mævius in partem admittitur. Illa enim verba, ſi heres non erit, in eo quidem quem alieno juri ſubjectum eſſe ſcit teſtator, ſic accipiuntur, ſi neque ipſe heres erit, neque alium heredem effecerit: in eo vero quem patremfam. eſſe arbitratur, id ſignificant, ſi hereditatem ſibi, vel ei cujus juri poſtea ſubjectus eſſe ceperit, non adquiſierit. Idque Tiberius in perſona ſervi ſuo Parthenii conſtituit.

COMMENTARIUS.

Conditio ſubſtitutionis vulgaris hæc eſt, ſi prior heres nõ fuerit; quæ ſi exiſtat, & heres priori loco ſcriptus deficiat, & vel nõ poſſit vel nolit hereditatem adire, admittitur ſubſtitutus, ſed ea deficiẽte excluditur. Deficit autẽ ubi prior heres adiit hereditatem *l. 5. C. h. t.* ſive ipſe inſtitutus ſibi hereditatem adquiſierit, ſive alteri, ei ſcil. in cujus poteſtate eſt, & cujus juſſu adit, ut docet *l. paterfamilias 40. de her. d. inſt. & hoc §. verſ. illa enim* quib. locis explicatur, quid hæc formula & hæc verba ſubſtitutionis, ſi hæres non erit, in perſona ſervi verbi gr. ſignificent: videlicet ſi hereditatem nec ipſe ante mortẽ teſtatoris manumiſſus & ita mutato ſtatu, ſibi adquiſiverit, nec in eodem ſtatu manens dominum fecerit heredem: quorum alterutrum ſi fiat, in ſolidum excluditur ſubſtitutus. Ex diverſo in perſona ejus, qui tempore teſtamenti liber fuit, eadem verba ſignificant: ſi nec ipſe in eodem ſtatu manens adquiſierit hereditatem, nec ante mortem teſtatoris ſervus factus, & ita mutato ſtatu dominum fecerit heredem: *h. §. ver. in eo vero.* quorum rurſum alterutrum ſi fiat, in ſolidum excluditur ſubſtitutus, quæ eadem in filiofam. proportionaliter obtinent.

Sed nimirum hæc procedunt in eo ſervo quem teſtator ſervum eſſe putavit, & in cujus perſona non erravit. Ceteroquin, ſi liberum & patremfam. eſſe arbitratus eſt, cum revera ſervus eſſet, eique inſtituto ſubſtituit, medium tenetur & reſpōdetur in *h. §. ult.* quod ſubſtitutus nec excludatur nec admittatur omnimodo, ſed cum domino ſervi in partem concurrat. Sed an in partem æqualem? Equidem partis appellatione in dubio venit & ſignificatur dimidia, nec ſatis cauſæ apparet, cur partes inæquales debeant fieri. Sed tamen in *d. l. paterfam.* 40. *de hered. inſt.* omnino proponuntur inæquales partes, quippe reſpondetur, eſſe alterum ſemiſſem dividendum inter ſubſtitutum & dominum ſervi: qui adeo feret tres partes, ſubſtitutus ſaltem partem quartam: quam ſententiam propter textum expreſſum in *d. l.* 40. Dd. communiter poſt gl. ſequuntur: & rationem reddit gl. ibid. quod cū inſtitutus revera ſervus fuerit, plus ſit tribuendum veritati quam opinioni; & ſervus enim dominum facit heredē in ſolidū excluſo ſubſtituto, neq; liquido ſatis conſtat, teſtatorem non fuiſſe eum inſtituturum, ſi ſervum eſſe ſciviſſet. Ut tamen aliquid daretur ſubſtituto, hæc ſuaſiſſe videntur, 1. quia cum inſtitutio ſervi ex domini perſona vires capiat, non poteſt teſtator videri conſideraſſe perſonam domini, qui inſtitutū heredem liberum eſſe putavit 2. quia illa formula, *ſi heres non erit*, juxta modo traditam explicationem *§. ult. h. t. & l. 40. de hered. inſt.* caſui hujus §. omnino non poteſt & in ſolidum applicari, qui, ut Juſt. teſtatur pertinet proprie ad caſum, quo teſtator, ſervum quem eſſe ſcivit, aut liberum eſſe, ſed qui ſtatu mutato poſt ſervus factus eſt: hic autem teſtator liberum putavit, nec inſtitutus poſtea mutavit ſtatum, ſed ſervus & fuit & adhuc eſt. Fateor tamen illam rationem valde inæqualem dividendi, non ſapere mihi ſatis, & longe concinnius ſit æqualem diviſionem admitti, pro qua etiam ratio bona ex hoc loco ſumitur: quod præſertim expreſſe hoc ita Theoph. hic explicavit, quod τὸ ἥμισυ, capiat ſubſtitutus; quæ etiam ratio movit Cujacium ut in *d. l. paterf. 40. de hered. inſtituend.* putaret errorem natum ex notis, ad ſcribendum A: pro vulg. *alter ſemis.* itēque *Politum, de ſubſt. vulgari Alcia. 1. diſpunct. 2. Don. 6. comm. 24. & Weſemb. & Mynſ hic*, ut in *d. l.* 40. aut legendum ita, aut hoc ſubintelligendum crediderint, Sempronium *coheredem* ſervo ſubſtitutum fuiſſe; qui adeo ſemiſſem ceperit jure inſtitutionis, & alterius ſemiſſis dimidium, ex rationibus quas paulo ante dedimus. Ubi tamen porro objicitur *l. cum propenas 3. C. de her. inſt.* ubi ſubſtitutus omnino admittitur. Una eſt reſponſio, quod explicatio hujus §. & *d. l.* 40. ſumatur in dubio, ubi non plane cōſtat quid teſtator facturus fuiſſet, ſi inſtitutum ſervum eſſe ſciviſſet: ſed *d. l.* 3. deciſio procedat ex ſuppoſita mente teſtatoris. Reſponſionem aliam proponit Vigl. quam & Weſemb. ſequitur, ſpecialem ejus eſſe in milite, de quo in *d. l.* 3. tractatur: & voluntas militis rejectis ſubtilitatibus juris ſola attendi ſolet. Plane non obſtat *l. ſi pater 4. C. de hered. inſtit.* neque enim hic fuit error in perſona, ſed omnino iſtum inſtituere voluit, licet in conditione erraverit.

Tiberius Cæſar.] Alciat. 1. *diſpunct.* 2. vult legi Titus quē probat omnino *Gothof. ad d. l. 40. de her. inſt.* dicens ita legendum ex Dione & Sueto. quia, ut puto, apud hos fit mentio Parthenii inter conjuratos in Domitianum: ſed levis ſatis hæc ratio eſt. Certe Vigl. alium nobis eo nomine ex Suida & Sueton. in Tiberio producit Parthenium, à quo ſervus Tiberii nomen accepiſſe potuerit. Et ſcilicet refert Suidas Parthenium quendam, ſub Cinna captum fuiſſe, & uſque ad Tiberii tempora vitam produxiſſe. Longius adhuc abit Theophil. qui hoc tribuit Pio. Sed in his parum aut nihil momenti poſitum eſt. Diſpoſuit hoc ita Imp. in univerſum, ut etiam futuris caſibus formam daret, ſuper caſu, qui in perſona ſervi ejus contigerat; neque enim aliud quam Imp. hoc facere potuerit: ut non multum huc faciat aut hinc probetur, quod Dd notant, Imp. poſſe judicare in cauſa propria.

AD TITULUM XVI. LIBRI SECUNDI INſtitutionum.

DE PUPILLARI SUBSTItutione.

TEXTUS.

1. Liberis ſuis impuberibus, quos quis habet in poteſtate, non ſolum ita ut ſupra diximus, ſubſtituere poteſt, id eſt, ut ſi heredes ei non extiterint, alius ſit ei heres: ſed eo amplius, ut ſi heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, ſit eis aliquis heres: veluti ſi quis dicat hoc modo

modo: Titius filius meus heres mihi eſto: & ſi filius meus heres mihi non erit, ſive heres erit, & prius morietur, quam in tutelam ſuam venerit, id eſt, antequam pubes factus ſit, tunc Seius heres eſto: quo caſu ſiquidē non extiterit heres filius tunc ſubſtitutus patri fit heres: ſi vero extiterit heres filius & ante pubertatem deceſſerit, ipſi filio fit heres ſubſtitutus: nam inſtitutum eſt moribus, ut cum ejus ætatis filii ſint, in qua ipſi teſtamentum facere non poſſunt, parentes eis faciant.

COMMENTARIUS.

1 *Hæc ſubſtitutio an vere ſit talis.*
2 *Quo tempore oporteat liberos eſſe in poteſtate.*
3 *An pupillaris contineat vulgarem.*
4 *An ſubſtitutus pupillo, abſtinente eo fiat directe heres.*
5 *Subſtitutus præfertur matri.*

SUbſtitutio directa in pupillarem & vulgarem diſtinguitur per *rubric. Dig h. t. & hunc & praeced. ti.*
1 ſed ut ad *tit præc.* monuimus dicitur id ambigue. Et vulgaris quidem vere eſt ſecunda † & in caſum quo prius non futurus eſt heres, ſubſtitutio vel ſecunda inſtitutio per quam ipſi diſponenti & teſtatori ſuccedimur: per ſubſtitutionem autem pupillarem, cum ſuccedatur pupillo, perinde ac ſi feciſſet teſtamentum, ea utiq; ut ſubſtitutio vulgaris nequit dici ſecunda inſtitutio, ſed eſt illa revera inſtitutio prima & pupilli ipſius teſtamento, quod ubi pupillo exheredato ſubſtituitur, eſt evidentiſſimum: & cogor itaque mirari, quod Hotom. hic corrupto plane judicio inverſo modo vulgarem ſubſtitutionem magis inſtitutionem, pupillarem autem magis proprie cenſet eſſe ſubſtitutionem. Dicitur tamen ſubſtitutio tum ratione formulæ in *pr. h. t.* tum ratione connexionis cum teſtamento paterno cujus eſt ſequela juxta *§. liberis 6. h. t.* ceteroquin ut diximus eſt inſtitutio prima: cui & illud argumento eſt, quod ſubſtitutio pupillaris etiam diverſo tempore & ſeparatim fieri poteſt *l. 16. h. t.* perſequamur ſingula textus verba.

Liberis impuberibus.] Pubertate adveniente finitur, de quo in *§. maſculo 9. inf. h. t.* & rationem dicemus ad fin. hujus text.

In poteſtate.] Patriæ poteſtati enim hoc datum eſt, ut ad d. finem dicemus. Et igitur non licet ita ſubſtituere emancipatis, *l. 2. in pr. h. t.* nec licet adeo etiam matri: Cui non obſtat *l. ſi mater 34. h. tit.* eſt enim ibi revera ſubſtitutio vulgaris, verum appellantur tabulæ pupillares, tum ratione objecti, quia filius adhuc eſt in ætate pupillari, tum & adeo, quia ſubſtitutio facta eſt in eum caſum qui eſt pupillaris ſubſtitutionis proprius, quo impubes filius ante pubertatem deceſſerit: qui ſcilicet non pure, ſed ſub die incerto cum erit annorū quatuordecim, heres inſtitutus eſt: quod conſilium prudentum fuit, qui etiam rationem invenerunt, ut effectu quaſi, emancipato pupillariter ſubſtitui poſſit, juxta *l. cum ex 39. h. t.* Quod autem dicitur de liberis in poteſtate, id accipiendum eſt ita, ſi ſint & proximo gradu, quos filius non præcedit: ceteroquin non ſunt ſui *§. ſui 2. infr. de hered. qual.* ſuis autem tantum ſubſtitui poteſt: & hoc expreſſum eſt in *l. 2. in pr. h. t.* Quibus conſequens eſt, in eventum, quo ſui futuri ſunt, ſubmoto præcedenti gradu, ex conſilio Legis Velleiæ ſubſtitui nepotibus & ulterius poſſe *d. l. 2. in pr.* & hoc notant Dd. ex fin. hujus textus, ubi dicitur, ideo poſſe ſubſtitui pupillis, quod propter ætatem non poſſint teſtari: & qui recidunt in poteſtatem patris ex alia cauſa non poſſunt teſtari, quia ſunt filiifam. At porro, quo tempore neceſſum eſt, ut ſint ſui & in poteſtate † an ſufficit, eſſe tales tempore mortis, an & requiritur ut ſint eo tempore, quo teſtamentum fit? 2
Gl. & Bart. in l. 2. inf. pr. h. t. & alii cōmunius putant ſufficere, ſi fuerint mortis tēpore in poteſtate. Alii, *Polit. Zaſ. Vigl.* & quos refert *Angel. h. t. n. 6.* requirūt, ut etiam tempore teſtamenti facti ſint in poteſtate: quoniam tribus his temporibus habilitatem requiri vulgatum eſt *l. ſi alienum 49. § 1 de hered. inſt. §. in extraneis 4. infr. de hered. qual.* & facit *l. coher. 41. §. 2. h. t.* Mihi gl. & Bart. ſententia videtur ſatis valide confirmari ex *d. l. 2. inf. h. t.* ubi dicitur poſſe ſubſtitui extraneo impuberi, ſi modo quis eum in nepotem adoptaverit vel adrogaverit filio præcedente, (hic enim caſus ibi tractatur occaſione ejus quod præceſſit, idem enim procul dubio fuerit, ſi eum adoptaverit in filium.) Quod ſi enim tempore teſtamenti jam fuiſſet arrogatus, (quomodo alias ille locus explicari poſſet,) non eſſet tū extraneus impubes: duriuſculum enim ſit ſi dicamus, eū appellari extraneum, intuitu temporis antecedentis, quod olim extraneus fuit: nec ſapit reſponſio Politis Zaſii quā probat Vigl. hic, (quam ante illos jam

jam olim quoſdam probaſſe refert hic *Angel. n.6.*) ut teſtamenti quidem paterni tempore fuerit adhuc extrane⁹, ſed tempore ſubſtitutionis arrogatus: licet enim ſubſtituere pupillo ex intervallo & poſtquam quis ſibi teſtamentum condidit: *l. 16. h. t.* quod quidem nimis eſt divinatorium. Et non adeo difficulter ad argumenta & fundamenta alterius partis reſponderi poſſe videtur. Nimirum in *d. l.41.§.2.h.t.* illud omnino & præciſe à ICto exigitur, ut tempore mortis ſit in poteſtate cui ſubſtitutum eſt, non itidem ut tempore ſubſtitutionis: Ad *d. l 49. de hered. inſt.* reſpondebo aliud eſſe in inſtituto, aliud in herede ſubſtituto, qui datur filio, cujus id potius quam patris teſtamentum eſt; & utique qui filio ſuo poſt etiam facto ſubſtitutus eſt, capax eſt hereditatis quo ad filium. Nec male ex ſententia veterum removet hanc objectionem Angelus: ubi quæritur de capacitate inſtituti, ibi tria omnino tempora attendi: ſed ubi de alia habilitate tunc ſufficere tẽpus mortis, ſaltem ex quo à principio non fuit ex toto nulla diſpoſitio, quomodo ſane non eſt hoc caſu. Veniebat amplius in mentem poſſe diſtingui, an quæratur de ſubſtitutione facta ut filio, an ut nepoti, quam præcedebat filius tempore ſubſtitutionis: ut illo caſu neceſſe ſit filium eſſe quoq; in poteſtate ſubſtitutionis tempore: non autem hoc, quandoquidem nepos quem filius præcedit, quadam conſideratione poteſt dici extraneus, & utique non eſt ſuus. Itaque cum eo caſu quo ſubſtitutio fit nepoti in poteſtate quem antecedit filius, non tam ipſo jure initio valeat, quam in eventum, quo filius ex poteſtate poſt ſublatus eſt; quid ni etiam ſuſtineatur, ſi fiat extraneo tamquam ex filio, ſi ille extraneus poſtea tamquam ex filio natus adoptetur, aut arrogetur, in eventum quo filius præmoritur ante patrem. Et iſta de hoc ſatis.

Velutiſi quis ita.] Hæc duplex ſubſtitutio dicitur in *l. 1. h. t.* quia explicate utramque formulam & vulgariter & pupillariter ſubſtituendi comprehendit; & ita quidem olim exprimere neceſſum erat ſi quis in utrumque caſum proſpectum ſibi & pupillo vellet, poſtea introductum fuit ab Impp. Marco & Vero *l. 4. in pr. h. t.* ut in vulgari ſubſtitutione pupillo facta, contineretur etiam pupillaris: de quo nemo dubitat. Quæ ſententia limitatur procedere, ſi ſolis pupillis ſubſtitutum ſit. Quod ſi enim adjecta ſit perſona cui pupillariter ſubſtitui non poteſt, propter inæqualitatem perſonarum præſumitur pater vulgariter tantum ſubſtituere voluiſſe *l. 2. §. 2. leg. Lucius 45. h. t. leg. 4. Codic. eod.* Fundatur enim conſtitutio Impp. in præſumta, aut ſubintellecta patris voluntate, qui præſertim propter conjunctionem teſtamentorum & quaſi unitatem, quem ſibi deficiente filio heredem eſſe voluit, eundem etiam cenſetur filio voluiſſe eſſe heredem, quod præſertim ſubſtitutio pupillaris tamquam favorabilis pupillo & utilis accepta eſt, *l. Iulianus 42. in princip. de adquirend. hæredit.* Eſtque adeo hæc tacita pupillaris ſubſtitutio, quæ in vulgari expreſſa continetur. Sed an viciſſim † pupillaris 5
expreſſa ſola, tacite continet vulgarem? Id quidem à Doctor. communiſſime affirmatur. Sed jam olim de eo dubitavit *Curtius in leg. precibus Codic. h. t.* cujus & meminit *Covarr. in cap. Rainut. de teſtament. §. 5. num. 7.* & non pauca contra eam communem ſententiam movet *Vigl hic numer* 19. aperte autem contradicunt *Polit. de ſubſtitut. pupill. quæſt 8. num 39. Anton. Fab. decad. 32. de errorib. pragmat. cap. 9. & 10.* Communis autem opinio confirmatur per *dict. leg. 4. §. 2. verſ. hoc ita h. t.* ibi *in utrumq; eventum,* & ait enim ibi Juriſconſultus in caſu ibi propoſito, ſi quis puberem & impuberem filios habens, puberem impuberi ſubſtituat, ſi impubes heres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, cenſeri in utrumque eventum puberem ſubſtitutum; idque ex fine ejus textus apertius patet, ubi ICtus ait, rectius facturum patrem, ſi evitandæ quæſtionis cauſa utrumque caſum ſubſtituat; quia cum ibi inæquales ſint perſonæ, poſſit de voluntate & mente patris quæſtio eſſe. Et igitur apparet hinc nihil eſſe abſurdi, ut in pupillari ſubſtitutione vulgaris contineatur: ex quo pleraque argumenta contrariæ ſententiæ corruunt. Et ſicut ſuadet favor pupilli, ut habeat teſtamentarium hæredem, ita etiam ſuadet teſtatoris favor ut & ipſe quoque habeat heredem, quod fit per vulgarem ſubſtitutionem. Et cõmentitium eſt quod de ordine graduum, primi & ſecundi, & ita ſubſtitutionis vulgaris & pupillaris Fab. adferr. Nullus enim hic & ordo, ſed uterque caſus per ſe ab altero omnino eſt ſeparatus, & altero modo teſtatori, altero, filio pupillo ſcribitur heres. Imo cum pater filium inſtituit heredem, quem etiam ſperat heredem ſibi futurum, & ſua bona accepturum, eum quem filio heredi facto ſubſtituit, & per conſequentiam conſecuturum etiam ſub bona putat; quid ni etiam præſumamus voluiſſe teſtatorem ita ſubſtitutum, deficiente filio ſibi hæredem eſſe, ad quem cum ſuis bonis filii

etiam poſt quæ ſua bona voluit pertinere: & quem ſi verba expreſſa ſequimur, magis dilexit, quam eum quem tantum ſibi fecit expreſſe hæredem. Quod ſi igitur hunc pupillariter ſubſtitutum fingimus & admittimus, quid ni concedimus hoc quoque, eum qui pupillariter ſubſtitutus eſt, cenſeri vocatum ad patris etiam hæreditatem, deficiente pupillo. Idque etiam ſuadet, quod indefinite & indiſtincte ſcriptum eſt in *d. l. 4. in prin. h. t.* eum qui ſubſtitutus eſt populo in *ALTERVM* caſum, in utrumque ſubſtitutum videri; neque verba ſequentia reſtringunt hoc, ſed tantum exemplum proponunt. Neq; verum eſt, quod Faber obiicit, ita futurum, ut principale, videl. patris teſtamentum confirmetur per acceſſorium, & in teſtamento filij pater ſibi faciat hæredem: nam ponimus filium inſtitutum, cui pater ſubſtituit pupillariter; quæ inſtitutio conſtituit tabulas & teſtamentum patris? Quod ſi enim exhæredato ſubſtitutum ponamus, facile concedent Dd. in ſubſtitutione tum pupillari, non contineri vulgarem, ſiquidem, qui filium ipſum ab hæreditate excluſit, non poteſt credi eum hæredem feciſſe & ſibi voluiſſe eſſe hæredem, quem huic filio ſubſtituit. Denique non adeo valde obſtat, quod in *l. paterfamil. 28. de reb. aut poſſ.* & forte alibi pupillo, qui ſubſtitutum habet, abſtinente, nulla fit mentio vulgaris ſubſtitutionis, cujus vi & poteſtate ſubſtitutus poſſit adire hæreditatem patris. Etenim principalis quæſtio iſtius loci non iſta eſt, ſed hæc, an ſubſtitutus pupilli qui abſtinerat, teneatur reſpondere creditoribus paternis, & an poſſit ſeparare hæreditates, quæ ipſa exiſtentia poteſtate juris civilis ſunt conjunctæ. Et cum de creditoribus diſtrahentibus, vel diſtrahere volentibus bona paterna ibi tractetur, adeo bona patris non fuerint ſolvendo, credibile plane eſt, quod & ſubſtitutus repudiarit paternam hæreditatem, utcunque vi tacitæ vulgaris ſubſtitutionis delatam. Addo unum argumentum pro communi opinione, quod ea jam olim placuit & defenſa fuit à M. Craſſo contra Q. Mutium, referente *Cicerone pro Cæcinna, in Bruto & 2. de orator.* Coponius quidam inſtituerat poſthumum hæredē, eiq; ſi ante pubertatem mortuus eſſet ſubſtituit Curium. Cum poſtumus prorſus natus non eſſet, defendit tamen Craſſus, Curium debere eſſe hæredem Coponij ex ſubſtitutione, non autem hæreditatem deferre ad agnatos. De quo *Quintil. 7. inſt. 7.* Hæres erat ſubſtitutus, ſi poſtumus ante tutelæ ſuæ annos deceſſiſſet: non eſt natus; propinquus bona ſibi vindicabat; contra quem dixit ſcil. Craſſus & reſte Cicer. pro Cæcinna, obtinuit. Ecce hæc ſententia, ut ſubſtitutus pupillo etiam cenſeretur ipſi patri datus hæres, placuit jam olim Craſſo, & probata eſt centumviris; & noſtri recentiores eam, uſque adeo abſurdam eſſe nobis perſuadere volunt. Et vero ſimile eſt, quia hoc propter autoritatem Mutij adhuc controverſum erat, D. Marcum id conſtitutione ſua decidere voluiſſe. Verum de iſto plus ſatis.

Siquidem non extiterit [4] hæres filij] Id eſt ſi non effectu extiterit, nec ſe immiſcuerit: Ceteroquin poteſtate juris civilis ſuus omnimodo exſiſtit hæres; 4
ſed ſcilicet nuda illa exiſtentia ſi hic attenderetur, faceret, ut filio nullo modo poſſet ſubſtitui vulgariter. Atqui in jure noſtro filius etiam ſi abſtineat, quoniam hoc non ex civili, ſed ex prætorio eſt, jure civili pro hærede habetur; & dicitur non eſſe ſine hærede, qui ſuum habet hæredem, licet ſe abſtinentem, per *l. 1. § qui ſunt 5. ff. quis omiſſ. cauſ. teſtament. l. cum quaſi 30 § ſed et ſi 10. de fide comm. lib.* cujus rei inſignis effectus eſt, quod ſuo ſe abſtinenti cohæredi, ad quem pars pertinet, pro iſta parte tantum dantur utiles actiones, *per l. ult. tim. de adquir. hæred.* Et an igitur & ſubſtitutus filio, qui eſt in poteſtate, abſtinente illo, non ipſo jure fiet hæres, ſed tantum ex æquitate prætoria utiles actiones habebit? Hoc videtur dici non poſſe, efficeretur enim hinc, cum non venire directo ex ſubſtitutione, nec hæredem eſſe patris teſtatoris vere, contra hunc § & alios textus, quibus abſtinente filio tuo hærede, ſubſtitutum hæredem effici patris dicitur; & ſubſtitutum patri fieri hæredem hic traditur, & quæ referuntur verba ſubſtitutionis, omnino inferunt directam ſubſtitutionem; *Si filius mihi hæres non erit, Caius hæres eſto. h. textu & in leg. 1. in princ. D eod.* Hæc ratio feciſſe omnino videtur, ut Interpp. vulgo ſtatuerēt, per ſubſtitutionem vulgarem tolli ſuitatem, de quo v. omnino *Angel in § ſui autem infr. de hæredit. qual. numer. 10 & ſeq.* Et ſane ita ſe habet, ut conditio illa, ſi filius mihi hæres non erit, non videatur admittere illum effectum juris civilis, quo ſcilicet filius omnimodo fit hæres, nec ullo modo efficere poteſt ne ſit hæres; Neque enim in formula illa, *ſi hæres non erit*, continetur tantum caſus, quo filius hæres eſſe non poteſt, ſed etiam quo non vult, & adeo quo abſtinet. Et cum igitur jure civili hoc permiſſum ſit parentibus, ut in caſum quoque vulgarem liberis ſubſtituant, oportebit ſimul fateri,

Eee tali

tali ſubſtitutione pene enervari ſuitatem, & effectus eius quodammodo inhiberi: & hoc utique effici, ut quod habuiſſet filius ex prætorio jure, ut nimirum liceret ſibi abſtinere, id jam habeat ex ipſius patris permiſſione, & proinde ex jure civili; idque probatur ex *leg. verba* 12. *de condition. inſtit.* hæc verba, *ſi volet hæres eſto*, in neceſſario conditionem facere, ut ſi nolit, hæres non exiſtat; ut poſt conceſſum à prætore ius abſtinendi, pater etiam hanc facultatem dare potuerit. Atquin ſubſtitutione vulgari hoc ipſum comprehenditur, ut inſtitutus poſſit nolle, & velle pro libitu ſuo. Totum plane jus ſuitatis tolli per vulgarem ſubſtitutionem admitti non poteſt; ita enim manifeſta implicaretur contradictio; quoniam tantum ſuis ſubſtitui poteſt pupillariter. & quomodo contineri poſſit, igitur pupillaris tacita in expreſſa vulgari, ſi per hanc ſuitas omnino cohiberetur & tolleretur. Et vulgaris ſubſtitutio ergo in ſumma hoc facit, ut citra beneficium prætoris etiam jure civili poſſit abſtinere filius, data quaſi hac ſibi poteſtate & conceſſa ab ipſo patre. Theophilus tamen aliter ſentit, & diſerte ſcribit, vulgarem ſubſtitutionem tum demum in filio habere locum, ubi filius ante patrem deceſſit: Ceteroquin ſi filius patri ſupervivat, licet ſe abſtineat ſubſtitutum vulgarem excludi, ſed falſa hæc eſt ſententia, & poſſunt videri, quæ late ſcripſimus ad Fabr. decade 32.

Ipſi ſi is ſit hæres ſubſtitutus.] Nimirum ex ſubſtitutione pupillari, per quam pater hæredem ipſi filio ſcribit, quod cum intelligatur eſſe teſtamentum pupilli cui directo ſuccedit ſubſtitutus, fit inde, ut quandocunque intra pubertatem mortuo filio ſubſtitutus non tantum bona patris adipiſcatur, ſed omnia quæ impubes interim adquiſivit ratione quacunque. ut docet §. 4. *infra h.t.* Et proinde hoc quoq; conſequens eſt, ut ita excludantur per ſubſtitutum omnes, qui alias ab inteſtato pupillo ſucceſſuri fuiſſent; quippe cum quamdiu ex teſtamento ſuccedi poteſt, ſucceſſio ab inteſtato non habeat locum. Hoc in matre pupilli ſi qua
5 adhuc † ſupereſt, videtur ſapere iniquitatem, quod à legitima quoque ea excluditur, nec querelam habeat excluſa penitus *l. Papiniani* 8 *ſed nec* §. *de inoffic. teſtamen.* Atquin quod ipſe filius teſtamentum faciens non poſſet, ut matri adimeret legitimam, id per patrem, ut fieri poſſit, non ſatis rationis eſſe videtur, quia filij teſtamentum dicitur ſubſtitutio pupillaris, perinde ac ſi filius jam pubes teſtamentum feciſſet; quo utique matrem à legitima excludere filius non poſſe, & excluſa mater inofficioſi querelam haberet. Hæc ipſa tamen ratio videtur retorqueri poſſe: ſiquidem dicemus ſubſtitutionem pupillarem habere quidem effectum eum, quem ſi feciſſet id filius haberet, quo ad jus ſuccedendi, ſed tamen non eſſe utique a filio, ſed a patre factum. Hinc cum querela inofficioſi ſub hoc pretextu competat, quaſi non ſanæ mentis fuerit teſtator, & vero agatur de teſtamento filij, quod tamen ſibi ipſe non fecit, fit, ut nec querelæ locus eſſe poſſit, cum utique pupillus dici non poſſit, quod non ſuæ mentis fuerit, quippe qui teſtamentum non fecit; & contra teſtamentum mariti querelam uxor non habeat. Et hanc rationem inſinuat ICtus in *d.l* 8 §. 5. *de inoff teſtam.* his verbis, *quia pater ei hoc fecit*: & concordat jus Can. *in cap.* 1. *de teſt. in VI.* Hæc ita in pupillari ſubſtitutione expreſſa recepta & vulgo ſunt. Idem in tacita quæ in vulgari expreſſa continetur, non pauci ex recentioribus probant, & ex his *Vigl. hic Donell. ad l. precibus* 8 *C h.t. Vand* 1 *quaeſt.* 44. *Ant. Fab.* 15. *coniect.* 19 & olim ita cenſuiſſe Fulgos. refert *Iaſ. in dict. leg.* 8. ſiquidem cum hic pupillus ex interpretatione Impp habeat teſtamentum & hæredem, non poteſt ſive mater ſive quicunque alius ad ſucceſſionem inteſtati admitti, aut uti querela, per rationes paulo ante allatas. Hæc opinio probatur etiam ex *l.* 2. *C h. t* in cuius ſpecie apparet, patrem ſubſtituiſſe vulgariter pupillo, & reſpondetur ideo filij, qui impubes mortuus eſt hæreditatē deferri matri, quoniam ob inæqualitatē perſonarum, (de qua ſupra diximus) ſubſtitutio vulgaris continere pupillarem non poteſt. Ergo ſi iſta ratio nō obſtaret mater eſſet excluſa. Et tamen tritum eſt vulgo, hoc argumentandi genus à contrario ſenſu, non multum habere momenti, ubi dicitur ex LL. Cod. quæ ad caſus ſingulares & in facto occurrentes fuerunt reſcriptæ & ſancitæ. Et vero contraria opinio communiſſime recepta eſt, quod ubi mater in medio eſt, in vulgari quidem contineatur ſubſtitutio tacita pupillaris (quid enim ſi mater præmoriatur, aut repudiet filij hæreditatem) ſed contra matrem ſuperſtitem & ſuo iure utentem non habeat locum. adeo citra aliud remedium mater ad filij ſucceſſionem ab inteſtato admittatur. Cui opinioni cauſam præbuerunt duo textus in *l. precibus C h.t & in l. ultim Cod de inſt. & ſubſtit.* In illa ſatis perſpicue negatur, in vulgari caſu contineri pupillarem quod ideo fieri putant Dd. quia pupillus matrem ſuperſtitem habuit.

Sed

Sed diverſæ ſententiæ autores hanc rationem eſſe putant, quod miles fecerit teſtamentum, in quo tantum attenditur voluntas expreſſa, non ex jure & legibus præſumpta, aut intellecta. In hac ſane Iuſtin. favore matris etiam reſtringit, nec extendi vult diſpoſitionem patris. Nec ſatis ex eo removetur hæc objectio, quod pater matrem adſcripſit filio cohæredem; quin imo in eo potius fundatur ea deciſio, quod æquum eſt luctuoſam filij hæreditatem matri deferri potius quam extraneo, ne ſimul & filij & pecuniæ habeat jacturam, argument *l. iure C. de iur. dot.* Quidquid eius ſit, opinio hæc communis in foro obſervatur, contra quã qui diſputare ibi voluerit, ridiculus habeatur. Et pluribus de his agere huius loci non eſt. Illud addendum, quod diximus, ſubſtitutum capere omnia bona filij quoque videri fallere in impubere arrogato, cui tantum in bonis à ſe profectis, vel ſimilibus ſubſtituere poteſt adrogator *l. ſed ſi 10. § in arrogato C. h. t.* Sunt autem plures caſus. Quid ſi & pater naturalis ei ſubſtituerit, putant Dd. pupillum decedere hic cum duobus teſtamentis, quia etiam duos patres habuerit. Sed non ita eſt: & prior ſubſtitutio per adrogationem ipſo jure corruit, & ſubſtitutus vi cautionis bona ſequitur, ut diximus ad *§. ſed cum ſupr. de adopt.* Quid ſi adrogator tantum ſubſtituerit? Et quod ad bona quæ pupillus habuit vivo patre adrogatore, ea ipſo jure patris ſunt: & itidem proximi cognati ea capiunt vigore cautionis ut diximus eodem loco. Sed quo ad ea quæ pupillus adquiſivit poſt mortem patris adrogatoris, & quæ in cautione contineri non poſſunt, fatendum eſt, cum ad ea ſubſtitutio patris adrogatoris itidem non porrigatur, ea capere proximos agnatos jure ſucceſſionis; & ita ſane pupillum hic pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum decedere: quod in caſu tam ſingulari mirum habendum non eſt.

Moribus inſtitutum eſt.] De moribus dictum eſt ad *§. ſine ſcripto infr. de iur. nat.* & ex ijs quæ ibi ſcripſimus, apparet ineptos eſſe vulgo Interpp. qui ob id à Lacedæmoniis putant eſſe jus ſubſtituendi pupillariter: decepti ab ipſo Triboniano, qui in d. §. ita loquitur, ac ſi Lacedæmonij tantum iure conſuetudinario uſi fuiſſent; quod falſum eſſe ibi probavimus; & inſuper recte notat Vigl. ſi quid Romani acceperint ex moribus Lacedæmoniorum id à X. viris in XII. tabulas relatum fuiſſe, nec adeo jure noſtro, moribus acceptum referri. Et nimirum quæque Reſpubl. ſuas & LL. & mores habet, ut ait Iuriſconſultus in *leg. omnes 9. de inſt. & iur.* Diſtinguit Vigl. mores à conſuetudine. Haud ſcio an ſatis recte utique enim conſuetudo eſt ius moribus receptum, ut definitur in *dict. §. ſine ſcripto 9 de iur. nat.* quomodo & in *l. de quibus 32. in prin. de Legib. moribus & conſuetudine.* Fatebor tamen aliquando, Mores paulo ſtrictius accipi, & pro jure aliquo conſtãtiori quod antiquitus receptum, & ſemper conſtanter obſervatum fuit, & vix mutari ſolet; cum ẽt aliquando, quod iure naturæ, aut gentiũ primario, & ipſo quaſi inſtinctu rationis & honeſtatis ſancitum eſt, moribus acceptum referatur, ut in *leg. ſororis 39. §. 1. iunct. l. ultim. de rit. nupt.* Quo ſane ſenſu ſubſtitutio pupillaris ad mores referri non poteſt, cum iſtud mere civile eſt videatur, ut pater poſt mortem ſuam, in tempus uſque pubertatis filio faciat heredem; ſed ut non male Hottoman. ſcribit, cum quidam removere volens à ſucceſſione filij, vel proprio judicio vel prudentum conſilio, ita id feciſſet, alij poſt eum imitati fecerunt, ut ſine aliqua Lege id in mores tranſiret, ut hæc facultas eſſet patris filio heredem facere, quamdiu id ipſe ſibi non poſſet.

TEXTVS.

2\. Qua ratione excitati etiam conſtitutionẽ poſuimus in noſtro Codice, qua proſpectũ eſt, ut ſi qui mẽte captos habeat filios vel nepotes vel pronepotes cuiuſcũq; ſexus, vel gradus, liceat eis etſi puberes ſint, ad exemplũ pupillaris ſubſtitutionis certas perſonas ſubſtituere: ſin autẽ reſipuerint, eandẽ ſubſtitutionẽ infirmare ſancimus, & hoc ad exemplũ pupillaris ſubſtitutionis, quæ poſtquam pupillus adoleverit, infirmatur.

COMMENTARIVS.

HAnc ſubſtitutionẽ vulgo vocant Dd exẽplarẽ, quoniã ad exẽplũ pupillaris dicitur h § introducta: neq; de verbis diſputandũ eſt, ubi de re cõſt. Recẽtiores rectius vocãt quaſi pupillarẽ, quoniã ad inſtar pupillorũ ſubſtituitur: exẽplar. autẽ nihil definitũ & determinatũ ſignificat, & ipſi tamẽ veteres, & inprimis Sal. *l. 9. C. h. t.* quaſi pupillarẽ appellãt nõ ſemel. Extat de hac re conſtitutio Iuſt. ad quã hoc §. ſe ref. *in l. hum. 9. C. h. t.* Olĩ ut liceret ſubſtituere liberis puberib. v. c. mente captis; ſpecialiter id impetrãdũ à principe erat *l. ex fact. 43. in pr. h. t.* ꝙ quia ita facile nõ poterat impetrari ſemper. Iuſt. permiſit in genere, ut etiã non adito principe liceret omnibus,

Loquitur & hic §. & ex qua deſumptus eſt conſtitutio *in d.l.9 C.h.t* de filio mente capto. Et quidem, alias quod de mente capto diſpoſitum eſt, non protinus quoque pertinere ad furioſum, argumento eſt *l.ſi furioſi 25. Cod de nupt.* Sed recte monet Vigilius hic, amiſſa fere ſeculo Iuſtiniani Latinæ linguæ proprietate, verba non eſſe captanda, & facit quod *in d.l.43 h.t.* in terminis etiam eſt mentio furioſi:& hic eadem ratio militat, quæ dicitur legis anima, & Theoph. utrumq; expreſſit μιμα ὄντως ἤγουν μεμηνότως:& ſatis apparet ex *l ult.§ ſin autem* 8. ibi *vel ad ſubſtitutum, C.de curat.fur.* Iuſtinianum *in d.l 9.C.h.t.* etiam furioſum intellexiſſe. Itaq; porro cum Iuſtin. in hoc ſe fundet, quod mente captus teſtamentum ipſe facere non poſſit, facile concedo in ſententiam Ud. qui eam conſtitutionem etiam ad prodigos, quin & ad ſurdos mutos, quibus caſibus ſcilicet facere teſtamentum non poſſunt, juxt. *l. diſcretis 10. C. qui teſtam. fac. poſſ.* arbitrantur eſſe porrigendam.

Si qui mente captos.] Verba *ſi quis* tam maſculos quam fœminas complecti ait IC. *in l.1. de verb.ſign.* Id habet locum in hac tractatione: hanc enim facultatem ſubſtituẽdi exemplariter concedit conſtitutio etiam matri in verbis, *qui vel qua:* & quoniã ergo hic neceſſe non eſt ut liberi ſint in poteſtate, poterit pater & emancipato filio puberi ita ſubſtituere: quamvis id conſtitutio expreſſe non dicat, & in his hæc ſubſtitutio differt à pupillari: Intelligetur autem id matri permiſſum, ſi pater ſuperſtes nõ ſit, & ipſe filio non ſubſtituerit: ceteroquin potiorem eſſe patris cauſam, ratio ſuadet.

Et ſi puberes ſint.] Hæc principalis differentia inter pupillarem & hanc ſubſtitutionem eſt, ab objecto, ſubſtituitur enim hic puberi. Sed quid ſi impubes ſit furioſus? Et ſiquidem de emancipato filio aut matre ſubſtituere volente quæramus, non poteſt eſſe niſi exemplaris ſubſtitutio. Sed in patre in cujus impubes poteſtate eſt, res non eſt, res non caret dubitatione. Et *Bart in d l. ex facto 41.h t* putat pupillari tantum ſubſtitutum, utpote ordinario eſſe locum, ut nihil confugere neceſſe ſit ad extraordinariam. quemadmodum in ſimili. ſi impubes ſit furioſus, nõ eſt locus curæ legitimæ ex L. XII. Tab. quæ furioſos jubet eſſe in cura agnatorum Itaq; ſicut cura in qua jubentur eſſe furioſi, non pertinet ad impuberes, quibus ordinario & alio remedio proviſum eſt, ita nec hæc extraordinaria ſubſtitutio videtur ad impuberes pertinere Verum eſt diverſitatis ratio. Nã 1. tutela & cura ſunt diverſæ plane adminiſtrationes, diverſos habentes effectus juxta conditionem perſonarum etiam, puberum & impuberum: ita ut impubes ætas quædam requirat, quæ nequeunt per eniam & curatorem expediri quemadmodum præter alia docet *l. cum in 17.§.1.de appell.* quod ſecus eſt in iſtis ſpeciebus ſubſtitutionum. Deinde in terminis furioſi circa adminiſtrationem in omnem eventum ipſi proſpectum eſt, & ſcil. poſt pubertatem per L. XII. Tabb. vel magiſtratum: atquin ſi à patre impuberi furioſo, tantum vere pupillares ſubſtitui poſſe dicamus, in caſum quo furor ultra pubertatem durat, nullus eſſet, qui ipſi heredem facere poſſit. admittendum igitur potius eſt, ut pater quaſi pupillariter ſive exemplariter impuberi furioſo ſubſtituere poſſit, & ita ſubſtitutio ejuſmodi ultra pubertatem uſque dum durat furor, porrigatur. Ita nimirum ſi ex his perſonis, quas ſubſtitui omnino vult *l.9.Cod.h tit.* pater ſubſtituerit. Quod ſi enim alias perſonas furioſo impuberi ſubſtituerit pater, non poterunt hæ ex exemplari ſubſtitutione ſuccedere, ſiquidem hanc expreſſe legẽ ſubſtitutioni huic dedit Iuſtin. ut primo eius qui eſt mente captus liberi, & ſi nulli ſint, fratres ſubſtituantur. Secundum quod, cum impubes liberos habere non poſſit, procedit illa ſententia tum demum, ubi pater impuberi furioſo fratres eius ſubſtituit: ceterum ſi extraneũ ſubſtituerit, intelligemus ex hoc ipſo patrem tantũ vere pupillariter voluiſſe ſubſtituere. Quod omnino notandum eſt. At enim cum hic ſit ordo ſuccedendi ab inteſtato, ut primum ad hereditatem liberi defuncti. & his deficientibus fratres vocentur, nulla videtur huius ſubſtitutionis utilitas, per quam iſtæ perſonæ eodem ordine ſint vocandæ, præterquam quod ſi liberi & fratres non ſuperſint, videntur ſubſtitui poſſe quivis extranei, *arg.d l.9.C h.t.* Alias differentia hęc unica in hac re eſſe videtur, quod ab inteſtato omnes vocantur æqualiter, qui ſunt eodẽ gradu, ſed pater vel mater poſſunt per ſubſtitutionem hanc liberis mente capti dare portiones inæquales, & ejuſdem fratribus tanto magis, qui imo uno ſubſtituto, poſſet reliquos excludere, ut ſatis expreſſum eſt *in d.l.human 9.C.h.t.* addito hoc etjã, ut ceteri nec poſſint querela agere contra ejuſmodi teſtamentum, quæ & verior & communior explicatio eſt, quam etiam ipſa verba exigunt. quod ſcil. ceteri liberi eius cui ſubſtitutum eſt, excluſi in ſubſtitutione, contra diſpoſitionem illam, non poſſint movere querelam, ſi modo, quod gl. vult, ſint exheredati: ceteroquin teſtamentum quod parẽs mente capto fecit, fuerit nullũ ob præteritionẽ. Atque

que ita avus non tantum ſubſtituere filio mente capto, ſed etiam ejus liberos poterit exheredare. Quod ſatis ſingulare videtur. Nam in fratribus quidem defuncti abſurdum non eſt, quippe quibus ex bonis defuncti non debetur legitima: Sed in liberis non caret hæc res iniquitate, ut nihil ex bonis patris aliqui eorum habeant. Et matrem quidem per ſubſtitutionem pupillarem excludi à bonis filij per patrem poſſe, ut nec ipſi competat querela, ante diximus: at liberis debentur bona parentum, vel ſaltem aliquid ex illis potiori jure, ut docet *l. in ſuis 11. de lib. & poſt. l. 7 in fin. und. liberi.* Neque facit ad rem aut ſoluit nodum, quod hic Viglius ſcribit, cum pater ſubſtituens, legitimam tantum ex bonis ſuis neceſſe habeat relinquere filio furioſo cui ſubſtituit, præſumi cum nepotibus ex filio relicturum tantum de bonis propriis, ut non habeant juſtam cauſam conquerendi. Etenim id quidem de pietate avita præſumere licet, ſed poſſit etiam avus id non facere, ſed uti facultate & libertate per conſtitutionem ſibi conceſſa; & affectu quodam præpoſtero erga unum nepotem, reliquos præterire. Et qui exheredem facit nepotem à bonis paternis, non adeo bene affectus erga ipſum creditur. Et manet perpetuo illa ratio, quod omnino liberis ex bonis parentis portio aliqua debeatur, utcunque ſatis alias ſint divites, & maxima illis bona aliunde obvenerint. Ego iniquitatem video, ſed quid ad verba conſtitutionis manifeſta reſpondendum ſit, vix ac ne vix quidem habeo.

Sin reſipuerint.] Tum enim ceſſat ratio ſubſtitutionis, cum ipſe ſibi poſſit facere teſtamentum, quod jus homini ſanæ mentis auferendum non eſt, ut in terminis ſubſtitutionis ex autoritate & conceſſione ſpeciali principis facta loquitur ICtus *in d. l. ex facto 43. h. t.* Quod de ſubſtitutione vere pupillari hic additur eam finiri pubertate, de eo agitur in *§. maſculo 9, infra h. t.* Eſt hic unus modus finiendæ hujus ſubſtitutionis, ſi reſipuerit furioſus aut mente captus. Alius addendus eſt, agnatione ſui heredis: quod in furioſo rarius (contingere tamen poſſe docet *l. pater 8 de his qui ſunt ſui jur.*) in ceteris, prodigo, muto, ſurdo & mente capto frequentius accidit: quod docet *d. l. 43. in pr. h. t.* idque defendam, etiamſi alios antea liberos habuerit mente captus. Licet enim *d. l. 9. C. h. t.* permittat unum ex pluribus ſubſtituere, id tamen procul dubio ad jam natos pertinet, inter quos eligendi jus habet avus, non ad poſtea natos: quo modo ex non diſſimili ratione nativitate poſthumi omnimodo & olim rumpebantur teſtamenta, etiamſi fœminæ aut nepotes fuiſſent. qui tamen ſi tempore teſtamenti nati fuiſſent, præteriti id non faciebant nullum.

TEXTUS.

3\. Igitur in pupillari ſubſtitutione, ſecundum præfatum modum ordinata, duo quodammodo ſunt teſtamenta, alterum patris, alterum filij, tamquam ſi ipſe ſibi filius heredem inſtituiſſet: aut certe unum teſtamentum eſt, duarum cauſarum, id eſt, duarum hereditatum.

COMMENTARIUS.

REgreditur ad tractionem vere pupillaris ſubſtitutionis, quamquam iſtud quoq. ſit cõmune ſubſtitutioni quaſi pupillari, ut ſint duo quodammodo teſtamenta, procul enim dubio pater ſubſtitutus ſibi quoque teſtamentum facere debebit, & ubi non expreſſe aliud diſpoſitum eſt, idem in exemplari, quod in pupillari ſubſtitutione ſtatuemus. Verbo autem *igitur* in pr. h. §. reſpicit Iuſt. ad formulam quam propoſuit in princ. tit. qua & ſibi primo filium, & porro filio alium facit heredem, ut oſtendunt verba hujus *h. §. ſecundum præfatũ modum* ordinata. Loquitur autem paulo pinguius, dum ait in pupillari ſubſtitutione eſſe duo teſtamẽta; ita ut accipiat pupillarem ſubſtitutionem, ſimul pro ipſa inſtitutione pupilli, juxta formulam pr. h. t. ceteroquin fieri non poteſt, imo implicat contradictionem ut in pupillari ſubſtitutione qua tali & ſola duo ſint teſtamenta, quia per hanc ſubſtitutionem tantum datur heres pupillo, cujus eſt teſtamẽtum, ea autem pars, qua filium pater inſtituit heredem, vel in caſum quo heres non erit, alium ſubſtituit, conſtituit teſtamentum patris, quod ſubſtitutio pupillaris recte appellari non poteſt. Subſtitutionis pupillaris pater quidem autor eſt, ſed appellatur recte teſtamentum filij, quoniam ex hac ſuccediur non patri, ſed impuberi filio, cui ut heredem poſſit facere juxta ſupradicta, patri conceſſum eſt. Atque hac de cauſa filij impuberis dicitur teſtamentum *l. Papin 8. §. ſed nec 5. de inoff. teſtam. l. patris 20. h. t & in § vel ſingulis 7. infra h t.* impubes filius, cui pater ſubſtitutum dedit, dicitur decedere teſtatus. Itaque recte hoc ſenſu dicuntur eſſe duo teſtamenta, cum & diverſis temporibus fieri poſſint *l. ſi quis 16. §. 1. h t.* & patri in ſcriptis filio per nuncu-

pationem *l. ſi ita 8. §. ult. de bon poſſ. ſec. tabb* eaq; diverſitas maxime apparet, ubi ſubſtitutum eſt exheredato. Alio ſenſu recte quoque dicitur eſſe unum teſtamentum, *l. paterfamil 28. de bon. aut. iud* quia ſufficiunt ad utrumque ut pater & ſibi & filio faciat heredem, ſeptem teſtes *l. patris 20. in princ. h. t.* unde etiam ſi pater poſtquam ſibi & filio fecit heredem, ſibi ſoli aliud teſtamentum faciat, ſuperius in totum etiam quo ad ſubſtitutionem pupillarem rumpitur *d. l. 16* §. 1. eſt enim hactenus & habetur ſubſtitutio pupillaris pro ſequela, acceſſione & parte *l. ſicut* 11. *teſt quem. ap.* teſtamenti paterni; quo corruente perit & ſubſtitutio pupillaris de quo *in* §. *Liberis 6. infr. h. tit.* cum præſertim filio non ſimpliciter, ſed ſub conditione, ſi impubes moriatur, heres detur: Et ita *in l. 2. §. prius 4. h. t* JCtus ait, licet duæ ſint hereditates, unum tamen eſſe teſtamentum, & quaſi patris tantum: ex quo itidem duo conſectaria infert JCtus r. Quod eundem filio & ſibi poſſit facere neceſſarium heredem. 4. Quod poſtumum ſuum, qui frater eſt futurus impuberis, ſubſtituere filio poſſit, qui tamen reſpectu filij utique alienus eſt poſtumus, & quibus in tabulis patris & pupilli res legata eſt, re conjuncti habentur *l. plane 34. §. ſi coniunctim de legat* 1. Unde etiam eſt, quod in tabulis & filij & patris una Falcidia ſervatur *l. in ratione 9. §. quod vulgo 5 D. ad L. Falcid* In ſumma unum teſtamentum cenſetur, ratione cauſæ efficientis, itemq; formalis, quia ſufficit una ſolemnitas, & ratione ſubſiſtentiæ, ut notant Dd. hic.

TEXTUS.

4. Si autem quis ita formidoloſus ſit, ut timeat ne filius ſuus pupillus adhuc, ex eo quod palam ſubſtitutum acceperit, poſt obitum eius periculo inſidiarum ſubjaceat, ſubſtitutionem vulgarem quidem palam facere, & in partibus primis teſtamenti ordinare debet: illam autem ſubſtitutionem, per quam ſi heres extiterit pupillus, & intra pubertatem deceſſerit, ſubſtitutus vocatur, in inferioribus partibus ſcribere ſeparatim debet, eamque partem proprio lino propriaque cera conſignare, & in priore teſtamenti parte cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam eſt, nõ eo minus ſubſtitutionem impuberis filii valere, quod in eiſdem tabulis ſcripta ſit, quibus ſibi quiſque heredem inſtituiſſet, quamvis pupillo hoc periculoſum ſit.

COMMENTARIUS.

SUbſtituti pupillis, eorum mortẽ affectare quia & procurare ſolebant, utiq; optare Horat.

——ut ſcribare ſecundus
Heres, ut ſi quis caſus puerum egerit Orco
In vacuum venias.

Et Perſ. de hujuſmodi improbis votis.

——Pupillumve utinam quem proximus heres
Impello, expungam.

Huic periculo ſolliciti patres occurrere ſatagebant. In quam rem hoc §. non præceptum dat, ſed conſilium ſuggerit Iuſtinianus, quod nullam magnopere deſiderat explicationem, ex ſe ſatis perſpicuum. Teſtamentum nimirum poteſt dividi in plures partes, & illæ ſeparatim obſignari, ut altera ſtatim à morte teſtatoris aperiatur, altera ubi teſtator juſſerit, in qua nimirum fecit filio pupillo heredem: de quo ubi demum mortuo pupillo conſtiterit, pupillus evitabit periculum, cujus h. §. mentionem facit Iuſtin. & ita *in l. ult. de fideic. lib.* proponitur teſtator ſubſtitutionem feciſſe in noviſſima parte teſtamenti, & *in l. pupillares 8. teſtam. quemadm. aper.* monet JCtus, ſi ſeparatim ſignatæ ſint tabulæ pupillares, eas aperiendas non eſſe niſi cauſa cognita, licet teſtator non expreſſe vetuerit hoc fieri: quia ſcilicet prætor intelligit id non eſſe ex re pupilli. Illud plane non obſtat, quod vulgaris continet pupillarem: & illam tamen palam factam proponit hic Iuſtin. Etenim iſtud procedit, ubi alius expreſſe pupillariter ſubſtitutus non eſt. Hoc autẽ ſi factum eſt in imis tabulis, vulgariter ſubſtitutus ſuccedere ex pupillari ſubſtitutione non poteſt, quippe quę hoc caſu in vulgari contineri nõ poteſt, propter expreſſam diſpoſitionem patris. Obiiciũt amplius, quod & vulgaris ſubſtitutio poſſit præbere cauſam inſidiis. Et reſpondent Dd. poſſe quidem, ſed non æqualiter: tum quod pluribus caſibus poſſit admitti vulgaris ſubſtitutus: tum quod vulgaris ſubſtitutio protinus adita hereditate finiatur, & tũ ſpes præcidatur ſubſtituto: pupillaris autem porrigitur longiuſculo tempore uſque ad pubertatem, ut hic longe ſit commodior inſidiarum occaſio. Ita Iaſon hic in addit. ad Porcium.

Inferiores tabulæ.] Olim in tabulis & in cera ſcribebant,juxta quem morem, licet procul dubio tum in alia materia ſcriberetur, loquitur Iuſtinianus v. Alciat. 4 parerg. 6.

Non ideo minus valere.] Conſilium enim hoc tātum eſt,non præceptum. nam & pater per nuncupationē filio heredem facere poteſt *l. ſi ita* 8. *in fin. de bon. poſſ. ſec. tab.*

In eiſdem tabulis.] Id eſt,in eadem parte tabularum: ceterum regulariter inſtitutio & ſubſtitutio pupillaris,quomodo prædiximus, pro uno teſtamento & pro unis tabulis habentur.

TEXTUS.

§. Non ſolum tamen heredibus impuberibus liberis inſtitutis ita ſubſtituere parētes poſſunt,ut ſi heredes extiterint,& ante pubertatē mortui fuerint, ſit eis heres is,quem ipſi voluerint,ſed etiam exheredatis. Itaque eo caſu ſi quid exheredato pupillo ex hereditatib. legatiſve, aut donationibus propinquorum atq; amicorū adquiſitum fuerit, id omne ad ſubſtitutū pertinebit. Quæcunq; diximus de ſubſtitutione impuberum liberorum, vel heredum inſtitutorum vel exheredatorū, eadem de poſthumis etiam intelligimus.

COMMENTARIUS.

1 *An poſſit exheredato ſubſtitui exemplariter.*
2 *An exheredatio tollat ſuitatem.*

V*T ſi heredes.*] Formula eſt, quam in initio tit. propoſuit,qua ſubſtituitur pupillis heredibus inſtitutis.

Sed etiam exheredatis.] Non item præteritis, tunc enim teſtamentum patris eſt nullum. de quo dicemus aliquid ad §. ſeq. Monui non ſemel ſupra ubi ſubſtituitur exheredatis,non poſſe dici re vera ſubſtitutionem: hæc enim eſt ſecunda inſtitutio, cujuſmodi nullo reſpectu appellari poteſt, cum exheredato ſubſtituitur. Ubi autem ſubſtituitur inſtituto, aliquis eſt color cur dicatur ſubſtitutio, quamvis,ut diximus,omnis quæ dicitur pupillaris ſubſtitutio, ſit prima inſtitutio, quia ita heres datur pupillo,& ſubſtitutus accipit bona pupilli,quæ obvenerunt ei undecunque,ut hic expreſſe ſcriptum eſt, neque enim ſuis bonis ſubſtituit teſtator, ſed impuberis,ut ait JCtus *in l. ſed ſi* 10. §. *ad ſubſt. tit.* ubi ex eo infert exheredato quoque ſubſtitui poſſe. Et vitioſa lectio peperit hic objectionem ex *l. miles* 41. § *ſi miles* 3. *de milit. teſt.* quaſi ad ſubſtitutum exheredati tantum pervenirent bona patris nam, ut & in Flor. habetur, verbum *exheredato* pertinet ad *d.* §. 3. & inde novus incipit §. *Miles & emancipato filio ſubſtituere poteſt &c.* Eſt autem communiſſima hodie ſententia, teſtamentum in quo juſta non eſt adjecta cauſa ingratitudinis, ipſo jure nullum eſſe *per N. 115. cap. 5.* cui conſequenter (& quid de hac opinione ſentiendum ſit, dicemus ad tit. 18.) non poterit exheredari pupillus, niſi qui proximus ſit pubertati, doli capax in quem ea cadere poſſint, de quibus in *d. N. 115.* Sed an etiam poterit † ſubſtitui exhere- 1
dato exemplariter ſive quaſi pupillariter? Id quidem Dd negant frequentius, & hanc inter pupillarem & exemplarem ſubſtitutionem ſtatuunt differentiam: ex hoc fundamento, quod non ſit humanitatis, quæ huic iuri dedit cauſam *l. C. h. tit.* exheredare filium, morbo præſertim tam gravi oppreſſum, ut miſeratione potius dignus ſit, ſed argumentum iſtud mihi infirmius videtur, quam ut patri jus ſuum, quod ex LL. habet, auferre poſſit. Et cum jure, quilibet filius accepta legitima poſſit exheredari, non video quid ni poſſit & hic filius, cui etiam hac gratia omnino legitimam vult dari Iuſtinianus *in d. l. 9.*

Et ita quidem ex ratione juris veteris: cum autem hodie poſt *N. 115. ca.* 5. legitima ſit relinquenda titulo inſtitutionis, niſi filius ita deliquerit in parentem, ut jure exheredari poſſit: ſane conſequens eſt, ut filio mente capto furioſo exheredato ſubſtitui non poſſit, ſiquidem legitimam ipſi relinqui vult Iuſtinianus. Exheredato juxta hunc §. ſubſtitui poteſt, ſed legatis & fideicommiſſis, quoad ea bona quæ aliunde ipſi obveniunt gravari non poteſt. Subſtituendi enim jus pendet à mero jure poteſtatis, & inſuper creditur ſpectare ad utilitatem pupilli *l. Iulianus* 42. *in pr. de adq. her. arg. l. 6. in pr. de interrog. in jur.* Legatum autem eſt onus heredis *l. coheredi* 41. § *quod ſi* 3. *b t. l.* 1. §. *ſciendum* 6. *de legat.* 3. Atque hanc cauſam eſſe puto, cur ab exheredati ſubſtituto pater legare poſſit *l. ab exh.* 126. *de leg.* 1. quia nec ab ipſo exheredato poteſt, & ipſe pater revera nihil confert in ſubſtitutum, ſed mero jure patris ſaltem eum heredem facit: nec ulterius ei permiſſum fuit. Plane ſi pater exheredato quid legaverit, etiam eum gravare poterit *d. l.* 41. §. 3. *h. t.* & conſequenter exheredati quoque heredem ſubſtitutum ex ratione juris per *l. ſi fuerit* 5. §. 1. *de legat.*

3. licet

3. licet aliud odio exheredationis placuerit Iuſtiniano *in l. cum quidam. C. de legat.* quæ certiſſima ad illum locum reſponſio eſt, quamvis alij rationem ſpecialiter dent, quod pater non poſſit legare in teſtamento ejus, ad quē nulla pars hereditatis ejus, pervenit. Poſſit autē contra hunc §. objici: ſubſtitui pupillariter tantū poteſt ſuis. Exheredati non ſunt ſui. Ergo iis ſubſtitui nō poteſt. Minor probatur ex *l. 1 § conſanguineos* 10. *de ſuis & legit.* ſed omnino neganda eſt aſſumptio, neque enim exheredatio uſquam refertur inter modos tollendæ ſuitatis: & quiſquis in poteſtate eſt primo gradu, eum ſuum eſſe & manere neceſſe eſt, atquin utique exheredatio non tollit patriam poteſtatem. Et cum pater poſſit mutare teſtamentum, efficeretur, quod ex libitu patris & arbitrio filius modo ſuus eſſe deſinat, mox rurſus ſuus efficiatur & in poteſtate: quo nihil eſt abſurdius. Fieri prorſus non poteſt, ut ipſo puncto cum teſtamentum & exheredem ſcribit filium, ſuitas ſublata dicatur, cum & ſæpe clam ſcribantur teſtamenta. Quin nec cum moritur pater exheredatum filium ſuitatem amittere ſolidiſſime hinc probatur, quod ſuitate ſublata in perſona filij, qui proximo gradu ſunt, nepotes in locum ejus ſubintrantes, jura ſuitatis conſequuntur, ut diximus ad *§. poſtumorum ſup. de exhered. lib.* Atquin exheredato filio nepotes ex eo nati jus ſui heredis non conſequuntur, ſed filius etiamnum illis obſtat, ut diſertiſſime probat *l. ſi quis d. in pr. de injuſt. teſtam.* ubi exheredatus deliberante herede ſcripto deceſſit, nec tamen nepos natus rumpit teſtamentum, quem ICtus negat exheredari debuiſſe, quia eum pater præcedebat. Sed ex adverſo: ſi moriente patre exheredatus eſt ſuus, fiet neceſſario, ut poteſtate juris ſuus heres exſiſtat patri, quod abſurdum eſſe, & imo contradictionem implicare videtur, tum etiā iſtud incommodum occurrit, quod, ut ad *pr tit.* diximus, ubi ſuus heres adeſt, licet abſtinens, alius heres directo eſſe non poteſt, ſed ſi ad quem alium bona perveniunt, huic tantum utiles dantur actiones *l. ult. de adq. her.* atquin non dubitatur, quin exheredato filio, inſtitutus heres poſſit adire hereditatem jure civili. & probat *d. l. 6. in pr. de inoff. teſt. l. filium* 20. *in pr de bon poſſ. cont. tab.* Et cui non defertur hereditas ab inteſtato per Legem ut ſuo, imo cui nullo modo defertur, ille nec poteſt dici eſſe ſuus heres: atquin exheredato non defertur hereditas, ut ſolide probamus *infr. §. cum autem* 7. *de hered ab int.* quæ cum hoc §. ſunt conjungenda. Dicam, tempore teſtamenti facti, omnino eſſe adhuc filium ſuum, & videlicet inde fieri, ut nepotes ex eo nati ſive naſcituri, non ſint exheredandi aut inſtituendi. Ceterum tempore mortis, ſi conſideramus exheredationem ut validam, filium exheredatum pro ſuo haberi non poſſe, nec exiſtere ipſo jure patri heredem, & hoc fieri ob jus poteſtatis *arg. 11 de lib. & poſtum.* ubi hoc argumento probat ICtus liberos poſſe exheredari, quia eos & occidere licebat. Et igitur pater habet poteſtatem adimendi filio per exheredationem hoc jus, quod civili jure, alias filius habuiſſet. Dixi, quatenus exheredatio ut valida conſideratur, ſi enim quo caſu nullum fiat patris teſtamentum, vel irritum, & v. c. per repudiationem heredis ſcripti, ſublata cauſa, quæ pene ſuſtulit ſuitatem, qui exheredatus fuit, quaſi retro ſuus heres eſſe & fuiſſe patri ab inteſtato intelligitur, ut eleganter tractat ICtus *in l. filium* 40. *in pr. de bon. poſſ. cont. tabb.* Hæc breviter ad quæſtionem mire intricatam & ſubtilem: cavendum hinc moneo à Gothof. qui indiſtincte ſcribit *ad d. l. 1 §.* 10. *de ſuis & leg.* exheredatos non eſſe ſuos & deſinere eſſe ſuos: quod ita ſimpliciter prolatum falſum eſt.

Eadem etiam de poſthumis] Poſthumos olim exheredari potuiſſe certum eſt. Ex hypotheſi autem, quod ut paulo ante diximus, hodie teſtamentum ſit nullum ſi exheredatus ſit filius ſimpliciter ſine cauſa, de quo dicemus ad *tit.* 8. poſtumus utique in quem nulla cauſarum *in N. 115. cap. 3.* cadit, non poterit exheredari: & ita nec de ſubſtitutione quæ fiat poſtumo exheredato poterit quæri.

TEXTUS.

6. Liberis autem ſuis teſtamentum nemo facere poteſt, niſi & ſibi faciat: nam pupillare teſtamentum pars & ſequela eſt paterni teſtamenti: adeo ut ſi patris teſtamentum non valeat, nec filij quidem valebit.

COMMENTARIUS.

1. *An ordo ſervādus in inſtitutione & ſubſtitutione.*
2. *Quid jure prætorio, ſi non valeant tabb. patris.*
3. *Quid iure novo poſt. N. 115.*
4. *An exiſtentia nuda firmet tabb. pupillares.*

POteſt quidem diverſis temporibus & modis ſubſtitui filio, ut diximus *ad §. 2.* ſed ut tamen omnimodo pater ſibi quoq; ſcribat heredem: cum non conveniat, ipſum decedere velle ab inteſtato,

& filio

& filio ſucceſſorem teſtamentarium dare. Et placuit permitti patri teſtamentum facienti, ut ſimul & proſpiceret impuberi. Quo poſito, teſtamentum patris eſſe principale, ex vulgatiſſima regula, Quod acceſſorium ſine principali ſubſiſtere non poſſit, ſatis conſequitur, quod hic ſcribit Tribonianus, tractans ſcil. de paganis, miles enim filio ſoli ſubſtituere poteſt *l. 2. §. 1. h. t.*

Niſi & ſibi faciat] Sed an ordo neceſſarius eſt? Ex naturæ hic † ordo eſt, ut principale ſit prius, ſecundum quod & reſponſum eſt *in l. 2. § prius h. t.* patrem non debere convertere ordinem ſcripturæ. Cui tamen videtur refragari § ſeq. ubi admittitur teſtandi forma, in qua ſubſtitutio præcedit. Ea res fecit, ut quidam *in d. § prius & l. 2. h. t.* pro *comprobata* legerent, *improbata*: alij inter caſum exheredati & inſtituti filij diſtinguerent. Rectior reſponſio eſt, quam Ultramontanis tribuit hic Vigil. & Iaſoni, & ipſe ſequitur: ſi conjunctim & ſubſtitutio & inſtitutio facta ſit, non nocere ordinis inverſionem, cum nec in ita conjunctis ordo ullus ſpectetur. Atque hic eſt caſus *d. l. 2. § ſed ſi quis 5 h. t.* & hanc quoque explicationem probat *Angel. hic.* dicens eam eſſe Dd. communiter, quod non attendatur ordo, ubi inſtitutio & ſubſtitutio fiunt eodem contextu.

Nec ſi ij valebit.] Corruente enim principali, non poteſt ſubſiſtere acceſſorium. Idemque ſi patris teſtamentum ab initio fuerit nullum. Et intellige ſi
2 aliquomodo juris † civilis teſtamentum fuerit irritatum aut infirmatum, ſecus ſi ſaltem jure prætorio. Etenim petita bonorum poſſeſſione contra tabulas teſtamentum jure prætorio irritatur, de quo dicemus *infra libr. 3. titul. 10* & tamen ſalvæ manent pupillares tabulæ *l. ex duobus 34. §. ult. cum l. ſeq. h. t.* Quæritur de ratione maxime cum per querelam inofficioſi fiat, ut etiam tabulæ corruant pupillares *l. Papinianus 85 ſed nec 5. in fin. de inoff. teſtamento.*

Et quidem querelæ inofficioſi hic color eſt, quod arguatur teſtator non ſanæ mentis: & proinde nihil ab eo diſpoſitum valere poteſt *l. Titia 13. in fin. de inoff. teſtam.* quod non accidit, ubi petitur cont. tabb. poſſeſſio bonorum. Quod attinet ad *d. l. 34. § ult h. t.* crediderim prætorem beneficium ſuum concludere quam anguſtiſſimis finibus voluiſſe, & quam minimum poſſet derogare juri civili. Itaque cum ſeparatam conſiderationem, filij & patris teſtamentum reciperet, porrigi noluiſſe effectum & vim bonorum poſſ. cont. tabb. ad ſubſtitutionem pupilli. Huc accedit quod Accurſ. notat, prætoria remedia non ſatis valida eſſe, ad reſcindenda ea quæ conſtituta ſunt jure civili: quod ita accipio, ut ſecundum jam dicta, non operentur ultra, quam voluit directo prætor, nec omnino actum totum nullum penitus reddant: cum & prætor heredes ſuos bonorum poſſeſſores non niſi actionib. utilib. tueatur. Accedit & hoc, quod nec jure prætorio omnino nullum eſt teſtamentum, contra quod prætor dat bonorum poſſeſſionem contra tab. quippe cum ſi hoc ſeptem teſtium ſignis ſit conſignatum, ſecundum illud prætor det bonorum poſſeſſionem heredibus ſcriptis, licet filij præteriti fuerint, ut tamen potiorem faciat conditionem liberorum, quibus prævertentibus, poſſeſſio ſecundum tabb. eſt ſine re *l. 2. in princ. de bon. poſ. ſec. tab.* quid mirum igitur, ſi ſubſtitutio pupillaris in qua nihil peccatum eſt contra edictum prætoris integra & in ſtatu ſuo conſervatur? Propoſitio igitur hujus §. quod ſi non valeat patris teſtamentum, nec tabb. pupillares valeant, vera eſt, ſi non valeat teſtamentum patris jure civili: & id quidem omnimodo jure veteri. Jure novo † aliud obtinere communiter 3
placuit poſt *N. 115. cap. 3.* ubi conſtitutum eſt, ut licet inſtitutio nulla ſit, cetera tamen capita ſalva maneant, de cujus N. ſententia dicemus plene *ad tit. 18.*

Porro fit etiam irritum teſtamentum deſtitutione, ſi non adeatur hereditas *l. 1. in fin. de inſt. teſt.* Et igitur ſi non adeatur patris hereditas, corruent tabulæ pupillares, quod & nominatim cautum eſt *l. 2. §. 1. & l. ſed ſi 10 §. ſi ex aſſe 4. h. t.* idque ſi exheredato filio ſubſtitutum dederit pater, de quo agitur *in d. §. 4* extra dubium eſt. Sed quid ſi inſti-
tutus filius ſe non immiſceat † ſed abſtineat here- 4
ditate patris, an corruunt tabulæ pupillares, an valebunt nihilominus? Et communiter placuit, valere eas. idque eſt, quod vulgo jactatur, per exiſtentiam ſui heredis confirmari tabulas pupillares, vel potius paternas, quoniam has prius valere oportet, ut confirmentur tabulæ pupillares, in quam rem caſus eſt *in l. ſi filius 12 h. tit.* & cum utile cenſeatur pupillo, habere heredem ex ſubſtitutione, favorabiliter admiſſum videtur, ut ad confirmationem ſubſtitutionis nude etiam extitiſſe pupillum heredem ſufficeret, cum etiam ſubſtitutio pupillaris tota ſit ex jure civili, & quod jure prætorio filius abſtinet, non faciat quo minus jure civili pro herede habeatur, per ea quæ ſupra ad pr. tit. diximus. Facit *l. ex contractu 44. de re jud.* ubi cum pupilla abſtentura eſſet, tamen bona poſt ad ſub-

ſtirutum perveniſſe dicuntur Item *l. paterfam. 28 de bon. aut. jud.* ubi cum eidem pupillus abſtinuiſſet, quæritur an eo poſt ante pubertatem defuncto, creditoribus paternis in ſubſtitutum danda actio ſit, cui quæſtioni non eſſet locus, ſi abſtinente pupillo ſubſtitutio corrueret. Probet eandem ſententiam *l. filius 41. de adquiren. heredit.* At contra, diximus ſupra ad pr. tit. quod vulgariter ſubſtitutus ſuo herede, abſtinente ſuo poſſit adire hereditatem paternam, & heres fieri, neque hoc impediri per exiſtentiam ſui heredis, quod nimirum ſuitatis effectus hactenus per ſubſtitutionem vulgarem videatur impeditus aut ſublatus. Atqui in ſubſtitutione pupillari continetur vulgaris, aut quid ſi pater expreſſe vulgariter & pupillariter ſubſtituerit? Si igitur hic admittis, ex vulgari ſubſtitutione poſſe adiri hereditatem patris, nec pupillum haberi hactenus pro herede qui abſtinuit, quomodo admittimus eum haberi pro herede, ut confirmentur tabulæ paternæ ad effectum ſuſtinendæ pupillaris ſubſtitutionis. Ita abſtinente pupillo deſtituuntur tabulæ paternæ, ut ſubſtituto vulgari fiat locus, & per hujus aditionem confirmentur; & nihilominus abſtinente pupillo confirmantur tabb. paternæ, ut ſubſtitutio pupillaris firmetur: quod ſane videtur eſſe abſurdum, quod præſertim conditiones utriuſque ſubſtitutionis ſi heres non erit, &. ſi heres erit, quæ ſunt oppoſitæ, non videntur admittere diverſam interpretationem; ut in illa ſignificetur cum effectu hæres, qui ſe immiſcuit; hic nuda exiſtentia hæres etiam qui abſtinuit. An dicimus, abſtinente pupillo, per aditionem paternæ hereditatis ex vulgari ſubſtitutione, confirmari tabulas: At quid ſi extraneus repudiet, aut ſuus pupillo fratri ſubſtitutus abſtineat? Et hic quoque pupillarem ſubſtitutionem confirmari arguunt, & probant ſupradicta. Ratio aliqua differentiæ, & decidendi deſumi ex eo poſſe videtur, quod diximus ad §. 2. *h. t.* eſſe hic duo quodammodo teſtamenta, & utrique duas diverſas hæreditates, de quarum aditione & adquiſitione diverſis temporibus tractatur, ut proinde conditiones hæ disjunctim ſint conſiderandæ, nec neceſſum ſit, utriuſque eundem eſſe effectum & interpretationem ut præſertim pupilli favore ad ſuſtinendam ſubſtitutionem hereditas pro adita habeatur, ſi ſolummodo pupillus nude extitit heres. Quod aliis accuratius excutiendum relinquo. Sed occurrit & alius ſcrupulus ex *l. apud 11. § 1. ad SCtum Trebell.* ubi inſtituto pupillo, ut tabulæ pupillares valeant, requiritur, ut adeatur hæreditas, & cohæres pupillo datus idemq; ſubſtitutus, à quo eodem ſecundis tabulis eſt fideicommiſſum relictũ huic fini adire hæreditatem compellitur, ut tabulæ pupillares valeant, & ex iis poſt fideicommiſſum peti poſſit. Cujacius 26. *obſ.* 1. emendato textu contrariam ſententiam efficit, filium pupillum non inſtitutum, ſed exhæredatum fuiſſe, quod etiam effectu ſentit *A. Fab. de error. pragmat. dec. 31 err. 8. in fin.* diſerte contra ipſius textus verba. Alii putant non eſſe neceſſitatis quod proponitur in *dict. leg. 11. §. 1.* ut ſcilicet cogatur ſubſtitutus idemque inſtitutus adire, ſed pertinere ad majorem cautionem. Sed ſane coactionis illud remedium eſt extraordinarium, & prætor eo non ſolet uti, niſi id neceſſitas poſcat. An ſpeciale eſt in *dict. l. 11. §. 1.* quod idem fuit & ſubſtitutus & inſtitutus, qui repudiavit hæreditatem: ut non debeat in favorem ejus ſuſtineri ſubſtitutio pupillaris, qui quantum in ſe fuit deſtituit teſtamentum paternum. An exiſtentia ſui hæredis tantum confirmat tabulas pupillares favore ipſius pupilli, non quo ad alia relicta ſecundis tabulis. Agitur autem ibi de fideicommiſſo. Haud ſcio an non probabilior ſit in hac difficultate opinio Bart. & aliorum, qui diſtinguunt an pupillus ſolus, vel etiam cum aliis fratribus iisdem ſuis inſtitutus hæres, ut tum exiſtentia ſui hæredis tabb. pupillares confirmet; an vero habeat adjunctum cohæredem extraneum; cujuſmodi adjectione vulnerari ſuitatem ſcribit & *Chriſtoph. Porcius ad tit. I de Atil. tut.* & eſt communiſſima opinio, quippe quod pater adiiciendo cohæredem, ſimul quoque vires teſtamenti ab hoc pendere voluerit; nec puncto paternæ mortis poſſit per exiſtentiam nudam ſui cohæredis teſtamentum in ſolidum confirmari, ubi eo tempore adeſt alius hæres, qui adire poteſt. Sed nolo diffundi pluribus in hoc commentario ad Inſtitutiones; res tamen prætermittenda non fuit, & v. late de hoc an datio cohæredis infirmet ſuitatem, *Ang. in § ſui autem infr. de hæred. qual. nu. 10. & ſeqq.*

TEXTUS.

Vel ſingulis autem liberis, vel ei, qui noviſſimus eorum, impubes morietur, ſubſtitui poteſt: ſingulis quidem, ſi neminem eorum inteſtatũ decedere voluerit: noviſſimo, ſi jus legitimarum hæreditatum integrum inter eas cuſtodiri velit.

Commentarius.

EST ex *l. vel ſingularis 37. Digeſt. h. t.* pupillus, qui ſubſtitutum à patre accepit, dicitur decedere [illegible]tus; Itaque ſi pater plures impuberes filios invicem ſubſtituit, omnes teſtati decedent; ſin uni [illegible]tum, hic tantum teſtatus decedet, ceteri inteſtati, ceſſatio, ut quibus nec pater teſtamentum fecerit, nec ipſi ſibi facere poſſint. Plures autem ſi [illegible] fratres impuberes, iis defunctis, qui ſubſtitutum non habent, reliqui ſuperſtites tanquam proximi [illegible] ex L. 12. tabb. ſuccedent.

Quod ſi fieri velit pater, (ſi enim ſingulorum bona [illegible] alios pervenire velit, ſingulis ſubſtituere de[illegible] non ſingulis, ſed ei qui noviſſimum moritu[illegible]ſt, ſubſtituere debet: ita enim futurum eſt, ut [illegible] præ defunctorum fratrum impuberum hære[illegible]tes, ad poſtremum ex L. 12. tab. pervenerint, [illegible]ic ſubſtitutus, in ejus mortui hæreditate omnium [illegible] fratrum bona inveniat. Quod tamen hodie [illegible]cus erit, poſtquam ex *N. 118 cap.* 2 cum fratribus defuncti etiam mater concurrit, & imo fratribus conſanguineis tantum, quoque præfertur, itaque ſubſtitutus de quo dicimus, tantum partes bonorum in hæreditate ultimi defuncti conſequetur.

Apparet autem ex hoc loco manifeſte, patrem, qui ultimo morienti ſubſtituit, non intelligi libe[illegible] invicem, nec ultimum primo ſubſtituiſſe: Ceteroquin non eſſet jus legitimæ ſucceſſionis inter liberos, ut ait Juſtinian. ſed ex ſubſtitutione omnes hæredem & ſinguli haberent, & omnes decederent teſtati.

Cui objicitur *l. Titia 87. § Seia 2. de legat.* 2. ubi cum teſtator duobus fundum legaſſet, & rogaſſet, ut qui ultimus moreretur, reſtitueret fundũ aliis, colligit Juriſconſultus ex illis verbis *qui ultimus moreretur*. fideicommiſſum, & ut appellat, ſubſtitutionem, inter illos duos ut qui prior decedit rogatus videatur ſecundo partem reſtituere. Sed & facilis & [illegible]mplex reſponſio eſt; introduci hoc fideicommiſ[illegible]m ex præſumpta voluntate teſtatoris, qui totum fundum ad alios expreſſe ſubſtitutos pervenire voluit, quod non efficeretur, niſi ſi primo defunctum alteri rogatum reſtituere partem ſuam præſumam°. Atqui in noſtro caſu ſatis alias proſpectum eſt ex l. 12 tabb per quam fit, ut primi morientis hæreditas ad ſuperſtites, & tandem omnium ad poſtremum devolvatur: ut nihil proinde neceſſum ſit inducere ad hunc effectum, ſubſtitutionem, ut ſubſtitutus poſtremo morienti, omnium bona in ejus hæreditate reperiat.

At quia, ut diximus poſt N. 118. c. 2. hodie id amplius locum non habet, ſed mater ex filij bonis, cum fratribus concurrens auferat partem, an hodie dicemus & fingemus fratres invicem ſubſtitutos videri ad effectum excludendi matrem? Haud temere dixerim, cum ſatis ſit, ut q; in hæreditate poſtremũ defuncti partes aliorum repertas eſſe, & quiſq; juxta ſcire intelligitur. Alij putant ſummondam differentiæ rationem ex alienationis prohibitione, quæ in *d. l. 87. §. 2.* fuit adjecta; Alij quod tamen re ipſa cum eo quod diximus convenit) ex eo, quod teſtator totum fundum juſſit reſtitui per ultimum morientem, quod ſi fieri debet neceſſum eſt, ut totus etiam fundus ante omnia ad eum perveniat, atqui in noſtro [illegible]on proponitur teſtator ultimum ſubſtituiſſe in univerſa hæreditate.

TEXTUS.

Subſtitui, ut autem impuberi, aut nominatim, veluti Titius hæres eſto, aut generaliter, ut, quiſquis mihi hæres erit. Quibus verbis vocantur ex ſubſtitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & ſcripti ſunt hæredes & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti ſunt.

Commentarius.

NOtant Dd. triplicem effectum ſubſtitutionis generalis, quæ fit his verbis *Quiſquis mihi hæres erit, is filio impubere defuncto hæres eſto* t. Ut ad eos tantum pertineat quos pater expreſſe ad hæreditatem vocavit & immediate, non ad eos, qui per alios hæredes efficiuntur, eoque ſervo inſtituto, ex hujuſmodi ſubſtitutione dominum nõ vocari, ut poſt Accurſium hoc loco ceteri Interpp notant, quod ſcil. procedit, ut dominus ipſe pro ſe ex hac clauſula & formula non vocetur; quod ſi enim eveniente ſubſtitutionis pupillaris caſu, ſervus inſtitutus, qui juſſu domini hæreditatem adiit, adhuc ſit in ejuſdem poteſtate utiq; pariter mediante ſervo hæreditatem quoq; impuberis ex hac ſubſtitutione dominus conſequetur, veluti hoc declaratur in *l. cum filio 3. h t junct. l qui liberis 8. § 1. eod.* Atq; hinc & multo minus hæredis hæres, qui non ex judicio teſtatoris venit, admittetur ad ſubſtitutionem *d l. 8. §.* 1. Secundum effectum hujus rei ſtatuunt, quod hi tantum vocentur, qui hæreditatem adierunt,

 non

non qui tantum ſcripti, eam repudiarunt; idque efficiunt verba, Quisquis mihi hæres erit: quibus niſi ſpectaſſet teſtator & intellexiſſet hæredem eum effectu, nihil ea operarentur, cum antea jam eos ſcripſerit hæredes; facit text⁹ in *d.l.* 8. *h.t. in fin. princ.* & §. 1. Quibus locis requiritur, ut hæres fuerit, & extiterit; quod de repudiante dici non poteſt.

Tertius eſt ut in ſubſtitutione & hæreditate pupilli eaſdem ſinguli habeant partes, quas in inſtitutione acceperunt æqualiter enim eos, inſtituendo & ſubſtituendo dilexiſſe intelligitur teſtator: & appellatio ipſa hæredum hoc efficit, ut diximus ad §. *etſi* 2. *tit. præced.* cujus §. regula hic quoque procedit, ut eas partes dediſſe intelligatur teſtator in ſubſtitutione, quas adſcripſit in inſtitutione: textus eſt in *d.l. qui liberis* 8 *inf h.t.*

TEXTUS.

Maſculo igitur uſque ad quatuordecim annos ſubſtitui poteſt: fœminæ uſq; ad duodecim annos: & ſi exceſſerint tẽpus hoc, ſubſtitutio evaneſcit. Extraneo vero vel filio puberi hæredi inſtituto, ita ſubſtituere nemo poteſt, ut ſi hæres extiterit, & intra aliquod tempus deceſſerit, alius ei ſit hæres: ſed hoc ſolum permiſſum eſt, ut eum per fideicõmiſſum teſtator obliget, alii hæreditatem eius, vel totam, vel pro parte reſtituere: quod ius quale ſit, ſuo loco trademus.

COMMENTARIUS.

SUbſtitutio pupillaris finitur pubertate: quoniam exinde quiſq; teſtamentũ facere poteſt; itaq; ceſſat ratio, de qua in *ſ pr ſup. h.t* Finitur pubertate, ſi ſimpliciter facta ſit: Ceteroquin pro arbitrio poteſt pater tempus ſubſtitutionis infra pubertatẽ definire *l. ſi ita* 21. *l ex facto* 43 § 1. *h.t.* egredi aũt pubertatẽ non poteſt. Tractant autem Dd. ſi cum ſubſtitueret impuberi egreſſus ſit, & verbi cauſa dixerit, *ſi filius meus infra XX. annum deceſſerit, Caius hæres eſto*, an ſaltem poſt pubertatem valeat ſubſtitutio puri fideicommiſſi, ut obliquis verbis filius rogatus cẽſeatur hæreditatem patris reſtituere. Longum ſit omnia recenſere Ego rationi juris magis convenire puto negantem ſententiam, ut omnino ſubſtitutio directa poſt pubertatem ſit nulla, quæ eſt eadem communior, ut atteſtantur *Zaſius tract. de ſubſtit. de compend ſubſtit. capit* 5. *verſ circa primũ Iaſon in l. precibus* 8. *Codic. h t.* Cum enim ſit unus tractus verborum & una oratio, non convenit, ut aliquando & ante pubertatem valeat directe, mox jure fideicommiſſi: & illic contineat omnia bona; hic tantũ bona propria patris nã ſpecialiter hoc conceſſum eſt, ut uſq; ad pubertatem pater hæredẽ poſſit facere filio, ad quem bona etiam poſt quæſita filio pertineant, ſed in fideicõmiſſum non niſi bona quæ patris fuerunt, venire poſſunt. Qui autem aliter ſentiunt, hi ante pubertatem defuncto filio jure directo ſuccedi, poſt autem rogatum filium de reſtituendo cenſent Et huc facit textus in *l* 2 *verbis* 7. *h.t.* ſubſtitutionem fruſtra fieri verbis civilibus poſt pubertatem: atquin non fieret fruſtra ſi jure fideicommiſſi valeret: idemque confirmatur ex hoc loco, ubi cum initio dixiſſet Juſtinian. evaneſcere ſubſtitutionem pubertate mox ſubiicit, poſſe puberem filium tantum rogari, ut reſtituat hæreditatem alteri: & ipſum verbum *evaneſcere* emphaſin habet. Denique facit, quod ſubſtitutio talis ultra pubertatem, ex militis privilegio poſt pubertatem valet jure fideicommiſſi, ut expreſſum eſt in *l. precibus* 8. *Cod. h. t* & commenta divinationeſque ſunt, quæ ad eum locum alij reponunt; ut conſequenter aliud ſit in pagano. Neque contradicit *l. Scævola* 76. *ad Trebell.* quia ex eo quod in codicillis facta eſt ſubſtitutio, ex natura illorum præſumimus voluntatem teſtatoris. Sed non licet hic evagari. De ſubſtitutione fideicommiſſaria agitur mox inf. ſuo loco.

Si hoc tempus exceſſerint.] An intelligimus, patrem ſubſtituendo hoc tempus exceſſiſſe? Verum quidem eſt, ſi hoc factum ſit, nihilominus pubertatem finire ſubſtitutionem, ut modo diximus; Sed verius eſt intelligi pupillos quibus à patre ſubſtitutum eſt, qui ſi facti ſunt puberes, ſubſtitutio finitur. Non videtur autem carere vitio, quod Iuſtin. requirit ut exceſſerint pupilli XIV. vel XII. annum; quandoquidem fundamentum totum pupillaris ſubſtitutionis in eo conſiſtit, quod pupillus ſibi ipſe hæredem non poteſt facere. Et igitur ex quo incipit quis poſſe teſtamentum facere, etiam debet finem capere hæc ſubſtitutio. Atqui ut teſtamentum quis facere poſſit, non requiritur, ut exceſſerit XIV annum, ſed ſufficit ſaltem attigiſſe, poſtremum diem anni decimiquarti. Hæc de cauſa reſpõdet Vigilius, quoniam iſtud raro cõtingat, ut extremo quaſi illius ætatis puncto & pueri ſibi teſtamentũ faciant & mox decedãt, ideo noſtrum Imp. ſecutum,

eum, & quod frequentius accidit, & quod utilius eſt pupillo, ut hæredem ex teſtamento habeat. Itaque ex opinione Vigilij ſi contigerit, ut teſtamentum pupillus fecerit ultimo die anni, evaneſcet ſubſtitutio; ſed ſi non fecerit, ſubſtitutus admittendus erit. Quod mihi nõ placet, ut ex incerto iſto eventu ius æſtimetur. Et longe mihi verius & ſimplicius videtur, ut dicamus, non eſſe captanda verba Iuſtin. hic, *ſi exceſſerint*, ſed intelligenda & explicanda ſecundum quod alibi ex profeſſo traditur de ætate qua quis teſtari poſſit *l qua ætate 5. de teſtam.* & tantum abeſt, ut non exceſſiſſe intelligatur, qui ultimum diem anni attigit, qui quidem in *d. l. 5.* dicitur expleviſſe. Et igitur ſi poſtremo illo anni die deceſſerit pupillus, quo teſtamentum facere potuit, ſubſtitutus non admittetur.

AD TITULUM XVII.

LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

QUIBUS MODIS TESTAMENTA infirmantur.

TEXTUS

1. Teſtamentum iure factum uſque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

COMMENTARIUS.

HActenus de teſtamenti conſtitutione, ſequitur eius diſſolutio: Plenius ICtus in *l. 1 de iniuſt. teſtam* teſtamentum ait, vel ab initio eſſe nullum, vel validum ab initio, poſtea infirmari. Sed de membro illo hic non agit Iuſtinianus, cum ſatis ex præmiſſis & tit. præced intelligi poſſit, quale teſtamentum initio ſit nullum: in quo ſcilic. ea non ſunt obſervata, quæ in ſuperioribus, præſertim tit. X. XIII. propoſita fuerunt. Et ut paucis agam, nullum redditur teſtamentum ab initio, vel a cauſa efficiente, ſi perſona non habeat jus diſponendi: vel à cauſa formali: ob defectum ſolemnitatum: vel communium, ut ſi quis non adhibuerit ſeptem teſtes, vel hi non ſubſcripſerint, aut teſtes non fuerint habiles: vel propriarum in teſtamento patris, ſi liberos præterierit &c. quod teſtamentum nullum eſſe docet Iuſtinian. in *pr. ſup. de exhered. lib.* etiam ſi filius vivo patre præmoriatur. Si tamen filius abſtineat, poſſe bonorum poſſ. ſecundum tabb. heredes ſcriptos conſequi ex æquitate prætoris, probatur ex *l filio 17. de iniuſt. teſt.* quod tamen pleriqueτum demum admittunt, ubi ut in *d. l. 17.* ſcripti fuerunt heredes, qui alias ab inteſtato veniſſent, alij etiam, quod voluntas defuncti defendi dicitur, ad legata & libertates tantum reſtringunt, de quibus nõ eſt hic plenius dicendi locus: & pertinet magis ad *§. non tamen inf h. t.*

Rumpatur irritumve fiat] De his ſpeciebus plenius in ſeqq. dicetur.

TEXTUS.

2. Rumpitur autem teſtamentum cum in eodem ſtatu manente teſtatore ipſius teſtamenti jus vitiatur. Si quis. n. poſt factum teſtamentum adoptaverit ſibi filium per Imperatorem, eum qui eſt ſui juris, aut per prætorem ſecundum conſtitutionem noſtram, eum qui in poteſtate parentis fuerit, teſtamentum eius erumpitur, quaſi agnatione ſui heredis.

COMMENTARIUS.

TEſtamentum initio validum vel infirmatur per ſententiam judicis, inſtituta querela inofficioſi, de qua tit. ſeq. vel poteſtate juris citra aliquod factum hominis eo tendens infirmatur: cuius infirmationis duæ ſunt ſpecies, Ruptio & irritatio ſive in irritum deductio: quæ rurſus ſuas ſpecies habent, ita ut in hac materia frequentius iſta verba, rupti & irriti, uſurpantur, ut tamen aliquando confuſim his nominibus utamur, ut docet ipſe Iuſtin. in *§ hoc autem 5. inf. h. t.* Ruptio uti hic uſurpatur, habet duas ſpecies, agnationem heredis poſt teſtamentum, in quo præteritus eſt, cum inſtitui aut exheredari debuiſſet: & voluntatis mutationem. Agnatio rurſus vel eſt naturalis vel civilis. Illa eſt, cum poſt teſtamentum poſthumus naſcitur, *§. 1. ſup. de exhered. lib* ubi dixit hac de re, & ea gratia huius ſpeciei adgnationis nullam hic mentionem facere videtur. Civilis agnatio contingit quatuor caſibus & modis. 1. ſi nepotes tempore teſtamenti jam nati quos tum pater præcedebat, poſt patre præmortuo, ſuperſtite adhuc avo, in patris locum ſuccedant, nam & hi rumpunt teſtamentum, de quo itidem actum in *§. poſtumorum 2. ſup de exhered. lib. 2.* ſi poſt teſtamentum liberi naturales ex concubina ſuſcepti

pri legitimantur, ſive per matrimonium ſubſequēs, ſi e per reſcriptum Principis; cum enim hoc modo iura legitimorum liberorum conſequantur §. *ult. ſup. de nupt §. 2. verſ nec nō eos infr. de hered a' int. N. 89 c 8. & 9. § 1.* neceſſario teſtamentum in quo præteritos ſe reperiunt, rumpunt, 3. ſi quia poſt teſtamentum adoptat ſibi liberos *l verum 8 in pr. de iniuſt. teſtam* per principem (ut loquitur hic Iuſt.) id eſt, in ſpecie adroget (eſt enim adoptio nomen generis ex his qui ſunt ſui iuris: (horum enim tantum eſt adrogatio) aut per prætorem (quæ in ſpecie adoptio dicitur) aliquem qui eſt in poteſtate alterius, (hi enim in adoptionem in ſpecie dictam à parentibus dantur) ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani: qua ſcil depoſuit *l pen. C. de adopt § ſed hodie ſup. eod* ut ſi quis extraneum adoptet, iura patris naturalis maneant integra: & conſequenter ita adoptatus & talis, non rumpet teſtamentum. Ita iſti autem rumpunt, ſi omnino præteriti ſint: quod ſi ſaltem ut extranei ſint inſtituti, non rumpunt, mutata ſaltem inſtitutionis qualitate, ut docet *l filio 23. § 1 de lib. & poſt l. ſi quis 18. de iniuſt. teſta.* extraneus enim recte inſtituitur: non autem niſi inepte exheredatur: itaque ſi quis ita nulliter exheredatum poſt arroget, teſtamentum rumpitur *l. non put. 8 §. ſed ſi 8. de bon. poſſ. cont. tabb.* quod in emancipato exheredato & rurſus arrogato ſecus eſt, *d l 8 §. 7.* ex ratione *l filio 23 in pr de iniuſt teſtam.* Denique 4 ſpecialiter hoc olim contingebat circa emancipationem fil: quia hic ex veteri Lege Romuli per tertiam demum mancipationem & manumiſſionem de poteſtate patris liberabatur. Ex quo fiebat, ut quia ſemel vel bis mancipatus, interea teſtamento facto, poſt manumiſſus, in poteſtatem patris revertebatur, rumperet teſtamentum in quo ſe prateritum reperiebat: quod non accidebat in filiabus & nepotibus, qui una mancipatione exibant ex poteſtate, ut ſcribit *Vlp. in d l verum 8 §. 1 de iniuſt teſt* & idem *tit. 11. de his qui in pot. ſunt.* Hi ſunt modi ruptionis: improbabiliter autem Weſemb. rumpi putat dici teſtamentum, quod quaſi ipſe teſtator rumpit: ita enim tantum ad mutationē volūtatis fere ruptio reſtringenda eſſet adoptio enim filij a teſtamento remota eſt, & ad rumpendum directo non tendit.

In eodem ſtatu manente teſtatore.] Nihil enim ipſe patitur, nec eius ſtatus mutatur: quod accidit in altera ſpecie irritationis, cum capite minuitur teſtator: cuius reſpectu oppoſitive id dicitur. Quid igitur eſt, quod Theoph. legit negative, μὴ μενούσης τῆς ... ἐπὶ τῆς αὐτῆς καταστάσεως. Aut Theophilum verbo ſtatus abuti valde oportet; aut expungenda eſt apud eum negatio: certum enim eſt, adoptionem nihil afficere ſtatum teſtatoris: & proinde omnino recta lectio eſt affirmativa.

TEXTUS.

3. Poſteriore quoque teſtamento, quod iure perfectum eſt, ſuperius rumpitur. Nec intereſt extiterit aliquis heres ex eo an non hoc enim ſolum ſpectatur, in aliquo caſu exiſtere potuerit. Ideoq; ſi quis aut noluerit heres eſſe, aut vivo teſtatore, aut poſt mortē eius antequā adiret hereditatem, deceſſerit, aut conditione ſub qua heres inſtitutus eſt, defectus ſit; in his caſibus paterfamilias inteſtatus moritur: nam & prius teſtamentum non valet, ruptum à poſteriori: & poſterius æque nullas habet vires, cum ex eo nemo extiterit heres. Sed & ſi quis teſtamento priore iure perfecto, poſterius æque iure fecerit; etiamſi ex certis reb. in eo heredem inſtituerit, ſuperius tamen teſtamentum ſublatū eſſe Divi Severus & Antoninus Auguſti reſcripſerūt: cuius conſtitutionis verba & hic inſeri iuſſimus: cum aliud quoq; præterea in ea conſtitutione expreſſum ſit. Impp. Severus & Anton Auguſti Cocceio Campano. Teſtamentum ſecundo loco factum, licet in eo certarum rerū heres ſcriptus ſit, valere perinde iure, ac ſi rerū mētio facta nō eſſet: ſed & teneri heredē ſcriptum, ut rebus ſibi datis contētus, aut ſuppleta quarta ex L. Falcidia hereditatem reſtituat his qui in priore teſtamento ſcripti fuerant, propter inſerta fideicōmiſſi verba, quib. ut valeret prius teſtamentum expreſſum eſt, dubitari non oportet. Et ruptum quidem teſtamentum hoc modo efficitur.

COMMENTARIUS.

1 *Mutationis prima ſpecies*
2 *Altera eius ſpecies*

Altera ſpecie ruptionis eſt mutatio voluntatis: quæ fit dupliciter: Iuſt. enim hic quoq; fie

ut

ut in priori ſpecie non plene rem explicare, ſed exemplis tantum declarare eam utcunq; voluiſſe videtur. Una ſpecies eſt, ſi teſtator inducat, deleat, rumpat, concidat tabulas quas fecit *l. ſi unus. & l. pen. ... teſtam. & l. ult. de iniuſt. teſt. & l. 1. de his quæ in teſt. del.* vel totum rumpat, vel tale quid faciat, ut de eius voluntate conijcere liceat, eum totum mutare voluiſſe: veluti ſi ſigilla turbet aut præcidat: ceteroqui quo ad deletionem & inductionẽ magis eſt, ut ea non operetur ultra quã deletum eſt, cetera ſuſtineantur, *l. 2. de his quæ in teſt. del.* adeo ut licet omnium heredum nomina deleverit, tamen ex benignitate (ſtricto enim iure ſecus eſſet) legata defendantur ... *l. pen. d. t.* Quid ſi plurib. exemplis teſtamentum quis fecerit, iuxta *§. pen. ſup. de teſt. ord.* Et uno exemplo cancellato, non cenſeri eum inteſtatũ decedere voluiſſe docet *l. ult. d. t.* niſi heredes ab inteſtato contrarium probent: creditur enim ideo id feciſſe, quod putaret reliqua exempla ſufficere ad

2 probandam ſuam voluntatem. Altera ſpecies † mutationis eſt, ſi quis aliud teſtamẽtum fecerit. Quiſquis cum teſtamentum facit, cenſetur ex natura ... diſpoſitionis id facere de univerſis bonis: itaque ſicut non poteſt in duos transferri eiuſdem rei dominium: ita duo teſtamenta diverſa ſimul conſiſtere non poſſunt: & notiſſima eſt regula juris, quod nemo cum duobus teſtamentis decedere poſſit ... nec viciari in teſtamento pupilli quod pater fecit, & in terminis pupilli adrogati oſtendimus ... Dd. ad *§. Item non aliter ſup. de adopt.* Hinc eſt, ut nihil neceſſe ſit in teſtamento poſteriore prioris mentionem facere, & id revocare: ſed ipſa factio novi teſtamenti rumpit prius & inutile id facit: idque eſt quod ait Iuſtin. in *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* per poſterius teſtamentum, *ipſo iure* prius tolli. Et proinde recte notat Angel. non eſſe neceſſariam clauſulam quam Notarij teſtamentis apponere ſolent, quod teſtator caſſet & annullet diſpoſitiones omnes priores ... quoad teſtamenta prius condita, quæ ipſo iure per poſterius rumpuntur: utique ... ſi generalis ſit clauſula, codicilli ante facti per ... irritabuntur, qui alias cum teſtamento conſiſterent: quod & Mynſ. hic recte annotavit: ſed nõ ... aliud, quod utilis ſit & neceſſaria clauſula, ſi quis priori teſtamento derogaverit futuris diſpoſitionibus: nemo enim hanc legem ſibi dicere poteſt a qua diſcere non poſſit: adeo ut nec iuramentum impediat, quo minus aliter diſponere poſſit: & ſi per modum conventionis cum alio quid actum ſit, conſtat id totum iure eſſe irritum & nullum: & omnino hic locum habet quod eſt in *l. 4. de adim. leg.* voluntatem hominis eſſe ambulatoriam uſque ad ſupremum vitæ exitum. Qua in re alia eſt ratio ſententiæ prioris & poſterioris, de quo hic tractant Dd. nam quiſque pro libitu voluntatem ſuam de bonis mutare poteſt, judex qui ſemel dixit ſententiam, officio ſuo functus eſt, nec adeo amplius de eadem re pronuntiandi ius habet. Hinc, quoniam ipſo iure facto poſteriore teſtamento ſtatim, vivo adhuc teſtatore prius teſtamentum rumpitur, efficiatur, quod eſt in hoc *§. verſ. nec intereſt*, ut teſtamentum prius maneat nullum, etiamſi poſterius non ſortiatur effectum, veluti ſi ex eo teſtamento non adeatur hereditas: quod enim ex accidenti eſt, & poſt mortem teſtatoris contingit, non poteſt reſtituere teſtamentum jam ſemel ruptum. Et hoc exempli cauſa ſcriptum hic accipio, non ut alij ejuſdem generis caſus excludantur. Fingamus, in priori teſtamento inſtitutum vel exheredatum poſtumum: in ſecundo præteritum, (hoc enim teſtamentum initio validum eſt) ſi nato poſtumo rumpatur poſterius teſtamentum, non ob id reſtituetur prius. Eſt igitur hæc una quaſi ampliatio ad regulam huius §. quod teſtamentum prius rumpatur, vel potius ruptum maneat, licet ſecundum teſtamentum non ſortitum ſit effectũ. Alia ſpecies ampliationis eſt hoc text. *verſ. ſed & ſi quis. ex l. ſi. quis 29. ad SC Treb.* rumpi prius teſtamentũ per ſecundũ, licet in hoc heres ex rebus certis, vel etiam ex una re ſingulari ſcriptus fuerit. Ratio ſolida eſt, quia ita recte ſcribitur heres, non ut adiectio illa maneat, ſed quatenus poteſtate iuris detracta rei mentione perinde habeatur, ac ſi ſimpliciter ſcriptus à teſtatore heres fuiſſet. *l. 1. §. 4. l. 9. §. ſi duo 13. & l. 10. de her. inſt.* Et ita iuxta hanc ſententiam ab Imperatoribus reſcriptum fuiſſe Iuſtinianus hoc loco teſtatur, teſtamentum poſterius perinde valere, atque ſi rerum mentio facta non eſſet. Atq; ita omnimodo totum & pleno perpetuoq; iure habebit, qui ex re aut rebus certis ſcriptus eſt heres: ceteroquin non minus hunc quam alium heredem gravare fideicommiſſo poteſt teſtator, eumq; rogare ut alteri eatenus reſtituat hereditatẽ, quod fit vel expreſſis vel inflexis verbis, ex quibus teſtatoris voluntatem de reſtituenda hereditate colligimus: cum & non raro ſine verbis tale quid, directo ſignificantibus, ex conjecturis, quæ dominantur in hac re, fideicommiſſa introducamus. Ita hic quoque ſi teſtator poſteriori teſtamento, dixerit, ſe velle valere prius teſtamen-

tum,

tum, hanc eius voluntatem ita interpretati ſunt Impp. hic relati, quaſi heredem poſteriori teſtamẽto ſcriptum rogaſſet, ut hereditatem ei qui in teſtamento priori ſcriptus erat reſtitueret. Ita enim omnino hic locus accipiendus eſt: cæteroquin ſi ponamus expreſſe id teſtatorẽ iuſſiſſe, nulla fuerit dubitandi ratio: nec neceſſarium fuiſſet reſcriptum Impp. Facit quod in milite ita obtinet, ut ſi juſſerit valere prius teſtamentum, utrumque valeat jure directo, quia miles cum duobus teſtamentis decedere poteſt *l quærebatur 19. de milit. teſt.* Quod ſi autem miles nihil dixerit. voluntatis erit quæſtio, an miles hoc animo poſterius fecerit teſtamentum, ut prius valere nollet. Et bona ratione ex iſtis verbis fideicommiſſum colligitur: quia prius teſtamentum cum ruptum ſit non poteſt valere jure teſtamenti: & cum nihilominus id valere juſſerit teſtator. benignam interpretationem ſumimus, quod illud valere voluerit, eo ſaltem modo quo valere poteſt, non autem aliter valere poteſt, quã ut codicilli, quippe qui una cum teſtamento poſſunt conſiſtere.

Poſteriore teſtamento.] Codicillis enim teſtamentum rumpi non poteſt.

Qod iure perfectum eſt.] Quod plenius tractatur in § *ex eo 7. infr. h. t.* ubi dicemus.

Si quis aut noluerit.] Explicat quomodo dicatur deficere heres; qui ſci. vel non vult eſſe heres, tepu diatque vel non poteſt, vel quod præmortuus eſt, vel quod defecit conditio ſub qua fuit inſtitutus Unde apparet, licet in ſecundo teſtamento inſtitutio habeat conditionem, tamen prius rumpi, quamvis in eo puta inſtitutio fuerit: quod obtinet in diverſis teſtamentis: nam ſi in uno puta ſit inſtitutio, alia ſub conditione prior ſola ſufficit *l. ſi ita 27. §. 1. d hered. inſt.* Et rurſum obtinet illud in diverſis teſtamentis, quia utrumque & poſterius æque ſolemne eſt, & pendet à ſola teſtatoris voluntate: ſecus in contractibus, & quod puta emi, poſt fruſtra emo ſub conditione, jam ex priori contractu mihi quæſita actione *l ſi id 7. in pr. de reſcind. vendit.*

Aut ſuppleta quarta.] De hac quarta, quam deducit heres gravatus fideicommiſſo univerſali: agitur *inf. de fideicom. her. tit 23*

TEXTVS.

4. Alio autem modo teſtamenta iure facta infirmantur: veluti cũ is qui teſtamentũ fecit, capite diminutus ſit: quod quib. modis accidat, primo libro retulimus. Hoc autem caſu irrita fieri teſtamẽta dicuntur: cum alioquin & quæ rumpuntur, irrita fiãt: & ea quæ ſtatim ab initio non iure fiunt, irrita ſint. Sed & ea quæ iure facta ſunt, & poſtea per capitis diminutionem irrita fiunt, poſſumus nihilominus rupta dicere. Sed quia ſane cõmodius erat, ſingulas cauſas ſingulis appellationibus diſtingui: ideo non iure quædam facta dicuntur, quædam iure facta rumpi vel irrita fieri.

COMMENTARIUS.

A*Lio modo.*] Diximus duas ſpecies eſſe infirmationis teſtamentorum, Ruptionem & irritationem. De ruptione diximus, ſequitur de irritatione: cuius rurſus duæ ſunt ſpecies. 1. Deſtitutio teſtamenti, cum heres non adit hereditatem: ita enim fit teſtamentum irritum *l. 1. in f. de iniuſt. teſt Vlp. tit. 23. §. 3 Quib mod teſt. rump.* & ita hoc verbo utitur ICtus in *l. filium 20. in pr de bon poſſ cont. tab.* Et dicitur ita in ſpecie deſtitui teſtamentum § *cum autem 7. inf. de hered. ab int. & l. ult. in f. de condit. inſt* & nullas habet vires. *text. prec.* qui modus rarior hodie eſt, poſtquam *Iuſtin. nov. 1.* in terminis ibi propoſitis aliis quoq; fecit adeundi poteſtatem. 2. Capitis diminutio teſtatoris *l 6. §. irritum 5. de iniuſt. teſt:* & hæc triplex iuxta *tit de ca dim. ſup. l. 1.* Et his enim modis mutatur ſtatus teſtatoris: quod ſecus adeo eſt, ut nimirum non irritum fiat teſtamentum recte conditũ accidat, ut notavimus *ſup ad 1 Q ib. nõ eſt perm. fac. teſt.* Et 1. maxima capitis diminutio haut dubie irritũ reddit teſtamentum, ſiquidem ſervus cum teſtamẽto decedere non poteſt. Neq; eſt contrarium, quod ſi civis Romanus qui fecit teſtamentum, ab hoſtibus capiatur, teſtamentum eius ſuſtinetur, qui tamẽ fit ſervus hoſtium §. *ſi ab hoſtib 5. ſup Quib. mod. ius pat. pot ſolu.* Etenim ſuſtinetur teſtamentum nõ qua ſervi facti, aut qua capti, ſed qua numquã capti, ſive redierit, ſive mortuus apud hoſtes fuerit per duplicem fictionẽ, poſtliminii & Legis Corneliæ, juxta tractata ad *d §. 5. & ad §. ult. ſup. h l t. 12.* Deinde non habet locum in media capitis diminutione, veluti ſi qui ſit deportatus; quodam qui civis Romanus non eſt, heredem habere iure civili non poteſt, dum tamen ab eo qui ius habet, deportatus quis ſit: ius id non habet præſes, *l. 6 de interdict. & rel.* niſi Princeps approbaverit: & ad præſidem ſolum petti et *l. 6. §.*

l. 6. §. eius qui 7. de iniuſt. teſt. nam proconſul, præfectus urbi, ius deportandi habent, nec hic opus erit Principis approbatione. Deniq; irritum fit teſtamentum ſi minimam capitis diminutionem patiatur teſtator: veluti ſi filius fam. efficiatur per arrogationem *arg. § infr. de adq per adrog. l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec tabb* & filius fam. non habet ius teſtandi. Deinde ſi filius fam. qui de caſtrenſi peculio teſtamentum fecit, fuerit emancipatus; iuxta ea quæ & de hac & priori quoq; ſpecie diximus ad *§. pen. ſup. de mil teſt*

Hoc autem caſu.] Paulo ſuperius hoc attigimus. Nec novum eſt iure noſtro, ut idem verbum & generalius & ſpecialius: rurſus in proprio ſuo ſignificatu, aliquando abuſive uſurpetur, quod hic exemplis irriti & rupti oſtenditur: quæ non tantum interſe commutentur, & alterum pro altero accipiatur, ſed etiam verbũ irriti de teſtamento initio nullo prædicetur: Etenim hoc non fit abſurde, ut autem teſtamentum quod initio nullum eſt, ruptum dicatur, rationi non convenit: neque id Iuſtin. dicit, neque puto eius extare exemplum. Diſtinctio autem rupti & irriti, ut hoc titul. uſurpantur, firmatur etiam ex *l. 1. & l 12. in pr. de iniuſt. teſtam.*

TEXTVS.

5. Non tamen per omnia inutilia ſunt ea teſtamenta, quæ ab initio iure facta per capitis diminutionem irrita ſunt facta. Nam ſi ſepté teſtium ſignis ſignata ſunt, poteſt ſcriptus heres ſecundũ tabulas teſtamenti poſſeſſionem bonorum agnoſcere: ſi modo defunctus & civis Romanus, & ſuę poteſtatis tẽpore mortis fuerit. Nam ſi ideo irritum factum ſit teſtamentum, quia civitatem vel etiam libertatem teſtator amiſit, aut quoniam in adoptionem ſe dedit, & mortis tempore in adoptivi patris poteſtate ſit, non poteſt heres ſcriptus ſecundum tabulas poſſeſſionem bonorum petere.

COMMENTARIUS.

1 *Vitia huius textus.*
2 *An teſtamentum in quo præteritus eſt filius, caſu aliquo valere poſſit.*
3 *Ad l 17 de iniuſt teſt.*
4 *De teſtamento rupto per agnationem.*
5 *De ruptione per mutationem.*
6 *De irritatione per arrogationem.*
7 *De irritatione per capitis diminutionem.*

DUplex vitium huius §. notari poteſt, 1. quod tantum † meminit teſtamenti irriti facti per 1 capitis diminutionem, quaſi hoc tantum vitio ſublato poſſit validari & reconvaleſcere: cum tamen idem quoque eveniat in terminis teſtamenti rupti. 2. quod ita loquitur Tribon. quaſi tantum iure prætorio convalidentur hæc teſtamenta; cum tamen etiam iure civili ea valere oſtendi poſſit. Quod, ut vel ex Angelo hic apparet, aliquo que olim obſervarunt. Et igitur quæſtio generalius formanda eſt, an ſi cauſa & vitium propter quod teſtamentum nullum aut infirmatum fuit, ſublata ſint vivo teſtatore, teſtamentum vires recipiat, & valere incipiat, aut rurſus priſtinas vires recuperet. Licet enim & quæſtionem de teſtamento quod initio fuit nullum, hic complecti, an aliquas vires habere poſſit. Teſtamentum ab initio nullum vocatur iniuſtum *arg rubr. de iniuſt teſtam.* in quo vel deficiunt formalia teſtamenti, vel perſona inhabilis fuit. Et hoc caſu conſtat licet habilitas ſuperveniat poſt teſtamentum, tamen id penitus & iure civili & prætorio manere nullum, veluti ſi impubes aut furioſus fecerint teſtamentum *§. 1. ſup. Quib non eſt perm. fac. teſtam.* Idemque eſt ſi v. c. pauciores teſtes interfuerint aut ſignaverint &c. De ea tantum † ſpecie prolixe tractatur à Dd. ſi filius in poteſtate præteri- 2 tus vivo patre deceſſerit, aut etiam abſtinuerit ab hereditate, aut vivus factum patris eum præterentis approbaverit, an teſtamentum habeat aliquas vires. Et de primo membro quo præteritus vivo patre deceſſit, expreſſe reſpondet Iuſtinian. *in pr. de exhered. l ſup.* teſtamentum manere nullum. De altero membro quo ultro abſtinet filius, nec utitur iure ſuo, ſcrupulum movet *l. filio 17. de iniuſt teſtam.* ubi dicitur, licet ſubtilitas iuris refragetur, tamen voluntatem defuncti defendi ex æquo & bono. Quæ verba indicio ſunt, teſtamẽtum quidem nihilominus eſſe nullum iure civili, ſed prætorio iure dari bonorum poſſeſſionem ſecundum tabb. Idque confirmat & *l. poſthumus 12. in f. pr. de iniuſt. teſtam* Neque mirum, cum etiam eiuſmodi teſtamentum, nec ſuperſtite filio omnino ſit nullum iure prætorio. Id probatur 1. ex Ulpian. *tit. 28 de poſſ dand § etiam 5.* hoc tantum conſiderare prætorem in danda bon. poſſeſſione ſecundum tabb. an teſtamentum ſit conſignatum ſeptem teſtium ſignis, licet quæ ſolemnitates iuris civilis deficiant. Atqui ſecundum quod teſtamentum dat prætor bonorum poſ-

poſſeſſionem, id iure prætorio haud poteſt eſſe nullum: ſicut rurſus nec illud contra quod dat bonorum poſſeſſionem, quippe quæ tendit ad evertendum teſtamentum: atquin prætor contra tabulas bonorum poſſeſſionem etiam dat liberis ſuis præteritis *l. ſi duobus* 12. §. 1 *de bon. poſſ. cont. tabb* § 1. *in prin. infr. de bonorum poſſeſſ* porro præter textum modo citatum ex *Vlpian. tit.* 28 quod ſecundum teſtamentum in quo filius eſt præteritus, poſſeſſionem prætor det, probat itidem *d. l. poſtremus* 12. *in f. pr. de iniuſt. teſt.* & aperte *l. æquiſſimum* 2. *de bonor. poſſeſ. ſecund. tabb* Et facit amplius pro iſta ſententia, quod prætor non magnam videtur rationem habere ſuitatis, cum & ius abſtinendi concedat ſuis: & emancipatos non minus velit inſtitui aut exheredari quã ſuos §. *emancipatos* 3. *ſup. de exhered. liber.* & tamen utique valet iure prætorio teſtamentum ſi liberi emancipati ſint præteriti. Videtur autem hoc iſti opinioni obſtare argumentum: Quod quo iure ſucceditur ab inteſtato, eo non poteſt videri valere teſtamentum. Atquin ubi præteriti liberi ſunt, qui in poteſtate ſunt, ſucceditur iure prætorio ab inteſtato *l.* 1 § *ultim. unde liber.* Ergo. Dicam abſurdum quoque videri; ut iure eodem detur poſſeſſio ſecundum & contra tabulas. Atquin ubi liberi præteriti ſunt, hic polliceur prætor bonorum poſſeſſionem contra tabulas, & nihilominus ſcriptis heredibus, ſecundum tabulas *d. l.* 2. *in pr. de bonor. poſſeſ. ſec. tabb* Sed nimirum ſicut hoc facit in diverſis perſonis, ita non facit eodem gradu: potior enim & prior conditio eſt liberorum in petenda bonorum poſſeſſione contra tabulas: quam ſi hi omittant, nihil abſurdi ſe facturum putavit prætor, ſi tum ſcriptis heredibus daret bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Ita quoque diverſa ratione & conſideratione dat bonorum poſſeſſionem ſecundum & contra tabulas: & nihilominus tamen ab inteſtato quoque ſuos præteritos ex Edicto. Unde liberi, admittit *d. l.* 1. §. *ultim unde lib. l. ultim de li. & poſthum.* quoniam ſolet prætor etiam ſubſequi jus civile, quo liberi ſui præteriti jus dicendi nullum habent.

3 Iſtud adhuc quærendum & extricandum hic ſupereſt, an quod dicitur † in *l. filio* 17. *de iniuſt. teſt.* ſi filius præteritus abſtineat, ſimpliciter procedat: ſive proximi alias ab inteſtato a teſtatore ſcripti fuerint: ſive etiam extranei quivis. Et teſtatur *Clar. in §. teſtamentum. quæſt.* 43. poſterius eſſe magis communiter receptum: Quæ ſententia ſi recte explicetur vera eſt. Probant quæ hactenus diximus, & inprimis *l.* 2 *de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab* prætorem ſimpliciter dare eam bonorum poſſeſſionem ſecundum teſtamentum, quibuſvis heredibus ſcriptis. Sed in modo & effectu ingens differentia eſt, inter extraneos & qui alias ab inteſtato fuiſſent ſucceſſuri. Ad quod ſciendum eſt, bonorum poſſeſſionem aliam dici cum re, aliam ſine re, quæ effectu deſtituitur. Prætor nimirum qui ſimpliciter heredibus ſcriptis bonorum poſſeſſionem pollicetur, petentibus eam negare non poteſt. Sed ſit non raro ut ea ſit ſine re, ubi aliquis potiori iure bona ſibi aſſerit & ea conſequitur cum effectu. Ita in concurſu filij præteriti & ſcripti heredis, ſi hic prævertat petere, bonorum poſſeſſionem ſine re habebit ubi filius præteritus iure ſuo utitur, quod ex ipſo iure prætorio potentius eſt. Itaque quod de ordine dicitur in *l.* 2. *de bon. poſſ. ſec. tabb.* ad effectum pertinet: quamvis & forte prætor, ne res ſit ſine effectu, dilaturus ſit interim dare bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Eodem modo licet non ſuperſit filius, aut etiam extranei heredes in tabulis ſcripti petere à prætore poſſeſſionem bonorum, ſed eam ego puto futuram ſine re, ſi proximi agnati iure ſuo utantur, & iure civili vindicent hereditatem ab inteſtato, cum utique verum ſit, teſtamentum eſſe nullum: puto etiam ipſum prætorem, proximos ex Edictis Unde legitimi, vel Unde cognati admiſſuros. Atq; ita eveniet, & quidem præter mentem, ut opinor Dd. ut reſponſum *d. l.* 17. fere autem locum habeat effectu, ubi proximi ab inteſtato heredes ſcripti fuerunt: de quibus etiam loquitur *d. l.* 17. & in terminis *l.* 12. *in f. pr. eod. tit* ubi pene hoc reſtringitur ad caſum, quo bonorum poſſeſſio data fuit ei, qui rem ab inteſtato auferre potuiſſet. Et unico caſu & raro extraneus bonorum poſſeſſionem cum re habebit, ſi proximi ab inteſtato omittant hereditatem. Tertius caſus erat, quo filius ab initio aſſenſerat præteritioni. Et certi iuris eſt, nihilominus nullum eſſe teſtamentum: & falſum eſt, quod plerique Dd. putant, favore tantum filij hic eſſe conſtitutum, ut teſtamentum ſit nullum. Quod ſi mortuo patre in eadem ſententia perſeveret filius, iam idem eſt caſus, quo filius abſtinet.

Quid autem ſi fratres alij inſtituti, forte quia legata data ſunt multa, velint ab inteſtato ſuccedere, quia fratre uno præterito teſtamentum ſit nullum. Puto eos non audiri, & hoc velle Iuriſconſultum in *d. l.* 17. ut defendatur voluntas, perinde ac ſi frater præteritus non eſſet in

rerum

rerum natura. Idemque erit ſi fratres ex æqualibus partibus fuerint inſtituti. Aut dabit ſecundum eas partes prætor poſſeſſionem, aut utique arbiter fam. erc. eas partes ſervabit, *l.* 2. *Cod. de inoffic. donat.*

Hæc forte ſubtiliora videbantur, quam pro captu tyronum: & ſunt tamen ita comparata, ut à non omnino tardis intelligi poſſint, & ad explicationem huius materiæ neceſſaria ſint: & forte ab aliis non ita accurate explicata. Hæc de teſtamento quod ab initio iure civili nullum.

Sequitur magis ad noſtrum textum de teſtamentis initio validis, poſt ruptis & irritis factis, an ſublato vitio, & ceſſante infirmationis cauſa in integrum reſtituantur, & an jure prætorio tantum,
4 an etiam jure civili. Et prima quæſtio de † rupto eſt, ſive per agnationem ſui heredis, ſive per mutationem rumpatur teſtamentum. Et quæritur an reſtituatur in integrum, ſi vivo patre rurſus deceſſerit poſtumus. Reſpondetur in *d. l. poſtumus* 12. *in pr. de iniuſti teſt.* licet ſcrupuloſitas iuris refragetur, tamen heredem ſcriptum poſſe petere, ſcilicet ex æquitate, bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, & rem obtinere, ut ſcilicet quomodo explicavimus. bonorum poſſeſſio ſit cum re & effectu, nec per proximos ab inteſtato bona avocari poſſint, & perinde ſit ac ſi poſthumus natus non fuiſſet. Itaque plus juris hic habet ſcriptus heres, quam in priori caſu, ubi teſtamentum injuſtum initio fuit & nullum. Additur autem in *d. l.* 12. *in pr.* ita ab Impp reſcriptum quoque eſſe, ut hoc teſtamentum ſubſtineatur: quippe cum interno vitio laboraverit, non ſufficiebat prætorium jus, ut bonorum poſſeſſionem cum re defenderet heredi ſcripto contra proximos ab inteſtato: niſi acceſſiſſent conſtitutiones Impp. quæ tamen non tam novum jus civile hic fecerunt, quam jus prætorium confirmarunt. Itaque recte dicimus hoc & priori caſu teſtamentum tantum ſuſtineri iure prætorio. Plane ſi poſthumus poſt defunctum patrem decedat, nullo modo poteſt convaleſcere teſtamentum: quia iam ab inteſtato poſtumus heres factus eſt, ad quem caſum pertinent *l.* 2. *C. de poſth. her. inſt.* & *l. ult. C. eod.*

5 Iam de altera ſpecie † ruptionis: Quæritur ſi teſtator poſterius teſtamentum quo prius ruptum erat, inciderit, an prius in integrum reſtituatur. Reſponſum de hoc exſtat in *pen.* §. 2. *verſ. plane de bon. poſſ. ſec. tabb.* ſi hoc animo incidiſſet tabulas poſteriores, ut priores valerent videri, rediiſſe voluntatem recenti judicio. Et hic animus omnino probandus eſt, imo oportet ut palam iſtud declaraverit teſtator: ceteroquin credimus, eum inteſtatum decedere voluiſſe, & eum poſterioris quoque voluntatis pœnituiſſe. Obiicitur 1. quod in *l. ſancimus* 27. *C. de teſtam.* prius teſtamentum per poſterius ipſo jure rumpi dicitur; 2. quod ita effici videatur, nuda voluntate conſtitui teſtamentum citra ſolennia iuris: quam obiectionem movet ICtus in *d. l. pen.* § 2. Reſpondetur ad 1. hoc tantum reſpectu dici teſtamentum prius rumpi ipſo jure, quod rumpitur ſola factione novi teſtamenti, licet teſtator nihil quidquam de mutando priore teſtamento adiecerit: cum etiam, quatenus poſterius teſtamentum ut adhuc in eſſe & exiſtens conſideratur. Plane ubi nihil acceſſit aliud, veluti inciſio deletio &c. licet aliud teſtamentum factum ſit, attamen prius teſtamentum, ut Dd. loqui amant, eſſentiam formalem & materialem retinet: eoque nihil abſurdi eſt, ſi vires accipit rurſus, poſteriori teſtamento cancellato, hac mente & voluntate, ut prior voluntas valida eſſet. Et hinc cum ipſo IC. ad alterum reſpondetur, non conſtitui novum teſtamentum per illam declarationem, ſed heredem ſcriptum agere ex primo teſtamento: cui ſi exceptio opponatur mutatæ voluntatis per poſterius teſtamentum, ipſe eam elidat per replicationem voluntatis reverſæ. Ita enim jus eſt, ut quiſquis aliquid petit contra voluntatem defuncti, quæ ſcil. mutata colligitur, repellatur exceptione doli, *l.* 3. §. *ult. de adem. leg.* Mutat autem voluntatem, qui aliud facit teſtamentum: Itaque ſi heres ex priori teſtamento petit, exceptione doli repellitur: quam exceptionem elidet replicatione doli, ſi probet hac mente incidiſſe teſtatorem poſteriores tabulas, ut primæ valerent. At quomodo agere poterit heres ex priori teſtamento, quod ipſo jure ruptum eſt? Omnino nulla actio videtur. Equidem puto, durante poſteriori teſtamento eum nulliter acturum ex primo; ſed acturum reſciſſo poſteriori, cum declaratione voluntatis quam diximus. Et videtur, hoc caſu teſtamentũ etiam iure civili valere: quamvis in *d l pen.* de bonorum poſſeſſione ſec tabb agatur. Hæc etiam de teſtamenti rupti reſtitutione.

Supereſt, An teſtamentum per capitis diminutionem irritum factum, teſtatore in priſtinum ſtatum reſtituto, & quo iure convaleſcat. Caſus unus eſt, ſi qui † teſtamentum fecit, ſe adrogandum 6
dedit, & poſt rurſus emancipatus fuit. De hoc

duo ſunt textus, alter in *leg. conficiuntur* 8 §. *ſi poſt.* 3. *de iur. codicill.* alter in *d. l. penultim.* §. 2. *de bon. poſſeſſ. ſec. tabb.* In *d. l.* 8. ſimpliciter dicitur teſtamentum valere; qui locus neceſſario, (ceteroquin inexplicabilis eſſet pugna) explicandus & ſupplendus eſt ex *dict. leg. penultim.* ſi aliqua declaratio voluntatis producatur, quod eodem teſtamento mori voluerit.

7 Capitis diminutio media † ſive maxima unum habet tractatum ſi princeps damnatum in integrum reſtituerit. De hoc eſt textus in *leg. ſi quis* 6. §. *penultim. de iniuſt. teſtament.* ubi dicitur teſtamentum confirmari, ad inſtar teſtamenti eius, qui ab hoſtibus captus, aut reverſus eſt, aut ibi deceſſit: Quæ comparatio ſi in his terminis procedit, in quibus ibidem proponitur, neceſſario efficiet, quod teſtamentum hoc etiam iure civili validum ſit. Poſſit tamen accipi comparatio quoad validitatem ipſam, non quoad modum & gradum; nam & reverſus ab hoſtibus, retro ſemper in civitate creditur fuiſſe, adeo teſtamentum retro etiam ſemper validum fuiſſe, quod nemo dixerit, de eo, qui ob delictum damnatus, & poſt indulgentia principis fuit reſtitutus. Valebit autem proculdubio hoc teſtamentum, citra novam voluntatis declarationem. Nam qui ſe adrogandum dedit, qui aliud teſtamentum fecit, his modis à priori voluntate ſatis ipſe videtur diſceſſiſſe *dict. leg. penultim.* § 2. *de bon. poſſ.* ſ. *ſec. tabb.* At nihil eſt in damnato ex quo tis colligi poſſit? quoniam delictum & pœna per ſententiam irrogata, quæ cauſam dedit irritationi, nihil habent, quo afficiant diſpoſitionem ipſam damnati, ſed ab ea plane ſunt remota.

Si ſeptem teſtium ſignis.] Diximus enim, hoc ſolum ſpectari à prætore, in danda bon. poſſ. ſecundum tabulas.

In adoptionem ſe dedit.] Intelligit adrogationem, in quam quiſque ſeipſum dat, utpote ſui juris. In adoptionem in ſpecie dictam patet liberos.

In adoptivi patris poteſtate.] Supple, aut mortis tempore adhuc ſervus, aut adhuc deportatus ſit. Nam hos quoque caſus in ſtatim antecedentibus poſuit: & eſt eadem ubiq; ratio. Omnino autem neceſſe eſt, ut tempore mortis ſit civis Rom. & ſui iuris. Ceteroquin nec prætor dabit bon. poſſeſſionem *h.* §. & *l.* 1. § *exigit* 8 *de bon. poſſ. ſec. tabb.*

TEXTUS.

6. Ex eo autem ſolo, non poteſt infirmari teſtamentum, quod poſtea id teſtator noluerit valere: Vſq; adeo ut & ſi quis poſt factũ prius teſtamentũ poſterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eũ eius rei pœnituit, id nõ perfecerit, divi Pertinacis oratione cautũ ſit, ne alias tabulæ priores iure factæ irritæ fiant, niſi ſequentes iure perfectæ & ordinatæ fuerĩt: nam imperfectum teſtamentum ſine dubio nullum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Imperfectio teſtamenti duplex.*
2 *An nuda voluntate tollatur prius teſtamentum.*
3 *De teſtamento poſteriori imperfecto in quo ſcripti & venientes ab inteſtato.*
4 *Ad l.* ſi duobus 12. §. 1. de bon. poſſ. cont. tabb.

DEbet hic §. omnino connecti cum §. 2. & 3. *ſup. h. t.* ubi agitur de ruptione teſtamenti per mutationem voluntatis, quæ fit, ut ibi diximus, vel per cancellationem teſtamenti, vel per aliud teſtamentum, & quidem Iuſtinian. ait in *d.* §. 2. per teſtamentum iure perfectum & validum *l.* 2. *l. ſi libera* 11. *de iniuſt. teſt. l. hac conſulti* 21. §. 3. *C. de teſt. l. ſi iure* 18. *de legat.* 3. Imperfectio † duplex eſt, ratione ſolemnitatis & voluntatis. Illa ſi forte quinq; teſtes tantũ in poſteriore adhibiti fuerint, aut teſtes non ſubſcripſerint, ſive id totum omiſſum ſit, ſive antequam id fieri potuerit, teſtator defunctus ſit. Ratione voluntatis imperfectio dicitur, ſi cum plura vellet diſponere teſtator morte præventus ſit, ut h. §. dicitur; quod tamen & poteſt referri ad ſolemnitatem, ſi teſtator, qui voluntatem integram ſuam conſcriptam teſtibus exhibuit, ut modo dixi, antequam ſolemnia peragerentur deceſſerit. Manet enim ita teſtamentum imperfectum. Erat tamen hic elegans dubitandi ratio, non quidem tam de iure teſtamenti poſterioris, quam de exceptione doli, & eius viribus, (*argum. l. penultim.* §. 2. *de bon. poſſ. ſec. tabb.*) inter heredes ſcriptos priori teſtamento & venientes ab inteſtato; quod propter actum illum teſtatoris, qui aliud teſtamentum facere cœperat, heredes ſcripti priori teſtamento videbantur deficii voluntate defuncti, propter quod petentes hæreditatem, arg. eorum quæ ad §. *præc.* diximus, repelli poſſe videbantur, eaque forte dubitatio fecit neceſſariam orationem & conſtitutionem Pertinacis, qui pronuntiandum eſſe putavit pro teſtamento. Vbi ſupervacuum eſt monere orationes

prin-

principum in Senatu haberi ſolitas, aut ad Senatum miſſas, quas poſt ſequebantur Senatuſconſulta. Et quia principis autoritas totum hic faciebat, ideo etiam Leges dicebantur: velut ita Capitolin. de Pertinace. Legem tulit, inquit, ut teſtamenta priora non prius eſſent irrita, quam alia perfecta eſſent. Ubi tamen non parum obſtat *l. Clodius 97. de adquiren. hæred.* Qui fecerat teſtamentum perfectum, poſt eundem hæredem in alio teſtamento inutiliter inſtituerat. Secundum jam dicta reſpondendum erat. teſtamentum prius manere firmum; at vero contra, dicitur pronunciatum, patremfam. inteſtatum deceſſiſſe. Accurs. fingit, ibi hæredem deceſſiſſe, antequam ex priori teſtamento poſſet adire hæreditatem; quod divinatorium eſt, & careret ratione dubitandi. An ſpeciale eſt in eodem hærede? An poſterius teſtamentum ſolenne & perfectum fuit, ſed ex ſpeciali cauſa inutilis inſtitutio? An potius Papinianus ibi contra opinionem Pauli pronunciavit, & habuit pro repudiante, hæredem, qui adire conatus erat ex ſecundo? Et cum ergo etiam ubi † teſtator progreſſus eſt
2 ad faciendum novuum teſtamentum, integrum maneat prius, ubi poſterius non habet perfectionem ſuam, tanto magis integrum manebit teſtamentum, ſi ſolummodo dixerit teſtator, ſe teſtamentum prius nolle valere. Potentius enim operantur facta quam verba. Et ratione hac communiter utuntur Interpp. ob quam negant irritari teſtamentum prius, ſi teſtator ſaltem hoc dixerit, quod illud valere nolit, utcunque dixerit hoc coram ſeptem teſtibus. Poterat enim teſtator ad factum procedere, & ſi forte, aut non eſſet voluntas, aut ſpatium deeſſet faciendi, teſtamentum incidere; quod ubi non fecit; ſed prius teſtamentum in ſuo ſtatu reliquit; creditur non ſatis ſerio voluntatem priorem improbaſſe; cum nec ſit proportio inter nudam voluntatis declarationem; ad teſtamentum tam ſolemniter conditum; niſi tamen poſt declarationem. ſe valere teſtamentum nolle, factam ſaltem coram tribus teſtibus totum decennium effluxerit; quod introduxit Iuſtiniani conſtitutio in *leg. ſancimus 27. C. de teſtam.* quamvis Dd. communius computent id decennium a tempore facti teſtamenti; forte, quod tum vetus teſtamentum vetuſtate ipſa ſua laborare videatur; & non ſatis clara ſunt verba Iuſtiniani. Videntur autem hæc reſtringenda ad inſtitutionem, ſecus eſſe in legatis *l. militis 36. §. pen. de milit. teſt.* loquitur enim de veterano, & utitur communi ratione, quod exceptio doli obſtet iis, qui petunt contra voluntatem diſponentis, licet diſerte expuncta legata non ſint, per *l. §. 3. ult. cum ſeqq. de adim. legat.* Amplius ex *l. cum quidam 12. de his quibus ut ind.* videtur probari ob mutatam voluntatem, hæredibus priori teſtamento ſcriptis auferendam eſſe hæreditatem, ſed ſane in eo caſu teſtamentum alterum quo ad ſolennia perfectum; hoc ſaltem laboravit, quod hæredes ſcripti eſſent incapaces. Qui tamen caſus notandus eſt. Limitatio autem Dd. quam refert Myn. niſi teſtator addiderit, ſe velle in teſtatum decedere, vitioſa eſt, & caret ratione & evertitur per *d. l. 36. de mil. teſt.* Neq; verba in *l. 1. § ſi heres 8. unde lib. alia ratione voluntatem mutavit, &c.* ita abſurde contra rationem textus explicanda & accipienda ſunt. Quid porro ſi teſtamentum nuncupativum ponamus, quod nuda declaratione voluntatis perficitur? An hic nudam contrariam voluntatem dicemus ſufficere ad revocationem? Et ita quidem Hottom. & Weſemb. hic putant, & pro illorum opinione facit vulgatiſſimũ illud: Unumquodque eo modo diſſolui quo colligatum eſt. Et non invitus in hanc deſcenderim ſententiam, ſi & legata & inſtitutiones nominatim fuiſſe revocata coram ſeptem teſtibus ponamus. Ubi tamen interim, quia & textibus, & autoritatibus aliis deſtituor, ſubſiſtendum puto. Addicimus tolli ope exceptionis non ipſo jure, ut videtur velle *Angel. hic*, nam idem male diſtinguit, an ſit redactum in ſcripturam nec ne; quoniam ſcriptura tantum ad probationem pertinet, non ad eſſentiam. Ceterum iſta regula, teſtamentum prius non ſolui, niſi per poſterius jure perfectum; exceptiones quoque ſuas habet. Et prima expedita eſt, imo pene exceptio non eſt in milite, qui poſterius teſtamentum condidit jure militari, *leg. 2. de iniuſt. teſtament.* hoc enim teſtamentum, aut perfectum dicitur in ſuo genere, aut utique omnes effectus perfecti teſtamenti habet. Altera eſt, ſi in poſteriore † imperfecto ſcripti ſint ve- 3
nientes ab inteſtato, ut eſt in *d. l. 1.* Et quidem ſi inter liberos tantum teſtamentum fecerit parens, non dubium eſt rumpi prius, quando quidem & illud eſt privilegiatum teſtamentum *l. hac conſultiſſima 11. §. 1. C de teſtam. N. 107.* Sed quoad alios venientes ab inteſtato, non apparet, quomodo hi ex teſtamento imperfecto vindicare poſſint hæreditatem. Nedum videtur expedire d. conſtitut. o *d l. 21. §. ſi quis autem 3. C. de teſtam.* ubi Imp. conſtituit ut poſterior volũtas imperfecta ſuſtineatur tãquã voluntas ab inteſtato, ſi non pauciores quinq; teſtibus

adfuerint, adeo jure codicillorum *l. 8. C. de codicill.* At cum codicillus non poſſit rumpere teſtamentum, efficietur ita, ut priori teſtamento ſcripti hæredes, intelligantur quaſi tacite rogati, venienti- us ab inteſtato reſtituere hæreditatem. Sed hoc non patitur *d. l.* 21. §. 3. quæ prius teſtamentum vult infirmari. Et in hujuſmodi ſanctionibus novis Impp. poſteriorum, fruſtra quærimus accuratam juris rationem, & hic erit effectus, ut nulla detracta querela per hæredes ſcriptos priori teſtamento, quod infirmatum dicitur, juxta partes poſteriori voluntate adſcriptas diviſio per arbitrum fiat. Videatur autem hinc poſſe colligi, quod eſt in *d. l. 2. de iniuſt. teſt.* à Triboniano additum eſſe. Id quidem exiſtimat alibi Ant. Fab. ſed falſum eſſe mox oſtendemus. Quæritur enim adhuc amplius, quid juris, ſi teſtamentũ non ſit quidem imperfectum ob ſolennitatum aliarum defectum, ſed ſit nullum v. e. ob præteritionem filij. Et magis videtur ad hunc caſum non pertinere diſpoſitio *d. l. hac conſultiſſima* 21 §. 3. *C. de teſtam.* Quoniam autem teſtamentum rumpitur per filij nativitatem, fruſtra in his terminis quæremus, an per præteritionem in ſecundo teſtamento, filij poſt nati prius teſtamentum irritetur, quod jam per nativitatem erat ruptum. Itaque ponendus hic eſt ca-
4 ſus *l. ſi duobus* 12. §. 1. † *de bonor. poſſeſſ. contr. tabb* qui locus ſatis obſcurus, & fortaſſis hactenus non recte acceptus, dignus eſt, in quo elaboremus, & ſperamus gratiam à ſtudioſis, ſi eum diligentia noſtra extricaverimus. Proponitur ibi filius primo teſtamento exheredatus, adeo teſtamento valido; mox in ſecundo præteritus. Quæritur an habeat bonorum poſſeſſionem contra tabulas: Quæſtio in eo eſt, an habeatur pro præterito, an pro exhæredato; præterito enim datur ea bonorum poſſeſſio, exhæredato non datur *l. non putavit* 8. *de bon. poſſ contr. tabb.* Si poſterioris teſtamenti nullam plane rationem habemus, habebitur filius pro exhæredato, & excluſus erit à bon. poſſ. contr. tabb. Sin iſtud quoque in conſiderationem admittimus, habebit bonorum eam poſſeſſionem. De quo cum tractetur in *d. l.* 12. § 1. illud ante omnia conſequens eſt; agi ibi de filio, qui eſt in poteſtate; quod ſi enim emancipatus eſſet, teſtamentum jure civili validum, omnino prius teſtamentum rupiſſet, nec poſſet dubitari, quin filio emancipato præterito, daretur bon. poſſeſſio contra tabulas. Cum autem filius ſit in poteſtate, cujus præteritio facit teſtamentum nullum videbatur nulla quoque hujus teſtamenti habita ratione, filio utpote teſtamento priori quod infirmatum non eſſet, exhæredato, bonorum poſſeſſio eſſe neganda. Diſtinguitur autem ibi, an fuerint inſtituti poſteriori teſtamento, qui remoto filio poſſent petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabb. & ita excludere hæredes ſcriptos priori teſtamento: & ſcilic. an poſteriori, ſcripti ſint, qui alias ab inteſtato ſucceſſiſſent; an vero poſteriori teſtamento ſcripti ſint, qui ab inteſtato remoto filio licet, ſuccedere non potuiſſent. Et ut ait Juriſconſultus: Ita jus habet, ut enim is contra quem filius petit bonorum poſſeſſionem, amoto filio poſſit obtinere hæreditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum poſſeſſionem, ſi vero ille non poſſit obtinere hæreditatem, filius quoque excludatur. Fingamus filium primo exhæredatum, mox præteritum ſecundo teſtamento, poſt illud deceſſiſſe; Hic filio remoto potiores & proximi ſunt in hæreditate venientes ab inteſtato: hi ſecundo teſtamento ſcripti ſunt hæredes. Ait JCtus eum poſſe petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas: & inde infert filium ſi adhuc ſuperſtes eſſet, præteritum, contra hos ſecundo teſtamento ſcriptos poſſe bonorum poſſeſſionem, vel potius poſſe contra teſtamentum petere: quoniam hæc poſſeſſio non contra hæredem, ſed lignuum dari dicitur. Ex quo neceſſario infertur & hoc, teſtamentum poſterius in quo præteritus eſt filius iſto caſu quo ſunt ſcripti alij proximi venientes ab inteſtato, non eſſe utique jure prætorio nullum, ſed dari ſecundum illud bonorum poſſeſſionem cum effectu, & re, & ita ſimul teſtamentum prius quo filius exhæredatus fuit, pro infirmato haberi. Et huc refero, quod ſupra retuli ex *l. 2. de iniuſt. teſt* teſtamentum perfectum rumpi per imperfectum, in quo inſtituti fuerunt venientes ab inteſtato. Intelligo autem rumpi non jure civili, ſed prætorio, quo ſcriptis poſteriori teſtamento datur poſſeſſio ſecundum tabulas, cum re: & proinde cum prætor non det bon. poſſeſſionem niſi tabulæ habeant ſigna ſeptem teſtium, intelligo non imperfectum in numero teſtium, aut in ſignis, ſed in qua alia ſolemnitate, quam requirit jus civile veluti ſubſcriptione teſtium, inſtitutione aut exhæredatione filij; nam & cum imperfectum teſtamentum ſit nullum, nec abſurde ſuo ſenſu quod nullum eſt, imperfectum dici poteſt. Ex quibus confirmantur duo, quæ ſupra diſputavimus, 1. teſtamentum in quo filius præteritus eſt, jure prætorio non haberi penitus pro nullo, 2. filio præterito licet remoto & abſtinente, hæredes tamen plane extraneos, & qui ab inteſtato venire non poſſunt, bonorum poſſeſſio-

Digitized by Google

ſeſſionem cum effectu obtinere non poſſe. Et hoc diſerte probat alterum membrum JCti in *d.l.12.§.1. de bon.poſſ.cont. tab.* ſi ſcriptus ſecundo teſtamento, quo filius præteritus fuit, non poſſit obtinere hæreditatem remoto filio, tunc nec filium poſſe petere bonorum poſſeſſionem; id eſt, poſterius teſtamentum penitus fore nullum, & filium habendum pro exheredato juxta teſtamentum prius. Nō piget in explicando tam inſigni loco paulo fuiſſe prolixiorem. Iam in textu noſtro ad alia pergamus.

TEXTUS.

7. Eadem oratione expreſſit, non admiſſurum ſe hæreditatem ejus, qui litis cauſa principem reliquerit hæredem, neq; tabulas non legitime factas in quibus ipſe ob eam cauſam hęres inſtitutus erat, probaturum; neque ex nuda voce nomen hæredis admiſſurum: neque ex ulla ſcriptura, cui autoritas juris deſit, aliquid adepturum. Secundum hoc DD. Severus & Antoninus ſæpiſſime reſcripſerunt. Licet enim inquiunt, legibus ſoluti ſimus, attamen legibus vivimus.

COMMENTARIUS.

Liceat nobis hic aliquid, ſed breviter dicere de hoc enuntiato, quo princeps Legibus dicitur eſſe ſolutus, aut de quæſtione, An ſit ſolutus. In utramque partem multa diſputantur, quibus conciliandis triplicem fere video adhiberi diſtinctionem. Prima eſt, inter vim, ut loquuntur coactivam, & directivam, ſecundum hanc non ſolutum eſſe LL. principem, ſed ſecundum illam. Sed qui ita diſtinguunt, revera affirmant principem LL. teneri: hæc enim quæſtio pertinet ad vim directivam: An princeps teneatur & obſtrictus ſit Legibus, alia autem quæſtio eſt, de modo adigendi, ut quis pareat, & puniendi non parentes; nam & ſæpe privati improbi homines, audacia & impudentia, aut precio eludunt & evadunt vim Legum. Altera eſt diſtinctio, principem eſſe ſolutum LL. quatenus quæ conſiderantur, ut inſtrumentum adminiſtrandi Rempubl. quia prout ſtatus exigit, princeps LL. mutare poſſit. Sed hi quoque revera non diſtinguunt, ſed principem LL quæ adhuc in vigore ſuo ſunt, obligatum eſſe affirmant: nam & optimates in Ariſtocratia hactenus jus habent, ut LL. novas ferre poſſint. Longe autem plus eſt, ſolutum eſſe Legibus principem, videlicet eas principi non eſſe latas, & eo eas principem non obligare, nec ad obedientiam nec ad pœnam. Tertia diſtinctio eſt inter poteſtatem principis ordinariam & extraordinariam. Sed iſta diſtinctio ceteris fere ineptior eſt, & in primis qui ita diſtinguit, itidem non diſtinguit, ſed Legibus principem obligatum affirmat: quoniam hæc quæſtio eſt de ordinaria principis poteſtate: ceteroquin exigentibus aliquando id neceſſitatibus reipub. & ex cauſis urgentibus principem poſſe à regia via deflectere, ut loquuntur, communis Politicorum traditio eſt. Et vero ego exiſtimo principem eiuſmodi, qui habet jus utendi poteſtate extraordinaria, omnino Legibus eſſe oportere ſolutum, alias poteſtate hac uti non poſſet: Huc enim omnino pertinet diſtinctio Ariſtotelis, inter regnum legitimum & παμβασιλείαν. Regni legitimi ſpeciem facit regnum Spartanum: & vero hunc Regem, quippe qui domi extra bellum haut paulo majorem habebat poteſtatem quam privatus, ut teſtatur Xenoph. de rep. Spart. conſtat non fuiſſe legibus ſolutum, nec potuiſſe uti ulla extraordinaria poteſtate. De vero autem Rege & Monarcha quæſtio eſt, cujus arbitrio omnia gubernantur. De quo rurſus Ariſtotelis doctrina eſt: debere eum civibus omnibus antecellere virtute, & ob id ei Leges ferri non poſſe nec debere. Rari quidem ſunt ejuſmodi principes, verum ex quo quis princeps & Rex verus eſt, pro eo habendus eſt, ac ſi omnibus ſubditis excellentior eſſet: quæ excellentia & dignitas neceſſario liberat principem ab obligatione Legum. Et quiſquis penitius de hac re cogitabit is animadvertet, eum qui eſt obſtrictus Legibus, neceſſario oportere eſſe ſubjectum aliqua ratione: quod à principis dignitate eſt alienum: Et recte de hac principis dignitate Iuſtin. (quamvis ejus alias autoritas hac in re parum faciat) *in N. 105. in fin:* quod Deus Leges principi ſubjecerit. Et nimirum hoc eſt jus principis. Diverſa eſt ab hac dignitate conſideratio officij principis, qui ſecundum LL. quas ſubditis ipſe præſcribit, vivit, non quod illis ſit obligatus, ſed ut exemplo ſuo ipſos ſubditos ad parendum & obſervandum LL. invitet. Notum eſt illud.

—— Non ſic inflectere ſenſus
Humanos edicta valent, quam vita regentis.

Et invidioſum eſt, principem exigere à ſubditis obſer-

obſervationem LL. quas contemnit ipſe. Atque hinc explicantur omnia quæ ex jure noſtro afferri ſolent ex *l. digna vox C. de LL. l. 3. C. de teſtam. l. 23. de legat. 3.* Nimirum principes boni, ut exemplum præberent ſubditis, Legibus ſe vivere velle reſcripſerunt; idque non neceſſitatis (& ſcil. obligationis,) ſed de debito honeſtatis eſſe Interpretes veteres jam olim, *Cyn. Bart. Bald. Salic. in l. 4. C. de LL.* adnotarunt. Eodemque pertinet, quod *Plin. in Paneg. ad Trajanum.* Legibus te ſubjeciſti, quas nemo principi ſcripſit. Et hæc duo quæ diximus, jus & officium principis optime conjunxerunt Impp. Severus & Anton. hoc §. tclan: dum reſcripſerunt, ſe legibus ſolutos quidem eſſe (quod eſt à jure & dignitate principis) Legibus tamen vivere, quod propter exemplum officium principis exigere quodammodo videtur. Hæc eſt quæſtionis hujus explicatio brevis (poſſent enim longe plura dici) ex rationibus politicis. Proprie ad rempub. Romanam pertinet, quod olim quidam ſinguli cives ob excellentiam & virtutem ſingularem, una aliqua Lege ſolvi ſolebant: v. c. ut citius magiſtratum caperent, vel nondum tranſacto legitimo tempore rurſus eundem magiſtratum caperent. Poſt cum princeps omnibus haberetur excellentior, ſemel Lege lata, cautum fuit, ut princeps omnibus LL. ſolutus eſſet: (quam puto eſſe ſententiam Ulpiani *in l. princeps 31. de LL.*) quod ſatis diſerte, & in hanc quoque ſententiam SCtum eſſe factum, ſcribit *Dio. lib. 53.* Illud vix monendum videtur, cum per ſe liquidum ſit, pertinere hanc quæſt. ad LL. civiles, nam juris naturæ & gentium LL. princeps qua homo tenetur. Ex quo vulgatum illud: principem ex contractibus ſuis, ut privatum, obligari. Nec illud quoque controverſum eſt, principem obligari Legibus fundamentalibus Regni, & in quas præſertim quiſque initio Regni ſuſcepti jurare ſolet. Bonorum porro principum exemplum ſecutus eſt Pertinax, cujus hoc §. refertur oratio; qua in ſpecie ſe Leges teſtamentarias obſervaturum quaſi obligavit. Et 1. in genere: (quod poſteriori loco refertur) ex nulla ſcriptura cui deſit autoritas juris aliquid adepturū. Et igitur non capiet hereditatem inſtitutus teſtamento quod coram 5. aut 6. teſtibus factum eſt, licet iſtud ſufficiat ad ſolemnitatem juris gentium implendam.

Deinde in ſpecie, conſtitutio civilis eſt non debere alicujus conditionem deteriorem fieri ex alieno facto, nec obiici duriorem adverſarium *l. 1. & t. t. de al. iud. mut. cauſ. t. t. C. ne lic. potent.* Huic ſe ſubmiſit Imp. profeſſus non admiſſurum hereditatem ejus, qui litis cauſa eam ſibi reliquerit, quod invidioſum eſſe & calumniæ obnoxium ſcribit Paulus *in l. pen. de hered. inſtitut.* Ex quo gloſſ. hic notat ſpeciale eſſe in principe, quod alias edictum *de alien. iud. mut.* ad legata & inſtitutiones non pertineat *l. ex hoc. 8. § de alien. iud. mut.* nam & in ſimilibus, deterior cauſa eſt fiſci, per *l. 2. 3. & 4. C. ne fiſc. vel reſp.* durum enim eſt cum his litigare. Alij diſtinguunt an dolo, vel ſine dolo, tale quid factum ſit, & huc referunt *d. l. 8. § 3.* Conſtitutio quoque civilis eſt, ex tabulis non legitime factis non poſſe adiri & peti hereditatem. Quin cum non legitimas feciſſet, quas tamen valere cupiebat, inſtituit Imperatorem. Negavit Imp. ſe eas probaturum. 3. Conſtitutio legitima eſt, (dependent autem hæc ex ſe invicem) teſtamento juſto heredem inſtitui oportere, non ſimplici & temeraria quadam jactatione & nuncupatione: ſecundum hoc Pertinax quoque negavit ſe ex nuda voce admiſſurum nomen heredis, quod firmatur *ex l. ult. de teſtam.* Huc quoque referendum eſt, quod ſcribit *Paulus 4. ſent. 5.* inofficioſum argui poſſe teſtamentum, licet Imp. in eo heres ſcriptus fuerit. Procul dubio improbitas anteceſſoris Commodi cauſam præbuit Pertinaci optimo ſeni, ut oratione ſua declararet, ſe aliis moribus & rationibus imperium adminiſtraturum, & de eo Capitolinus. Ipſe, inquit, profeſſus eſt, nullius ſeſe aditurum hereditatem quæ aut adulatione alicujus delata eſſet, aut lite perpleta, ut legitimi heredes & neceſſarij privarentur. Sed Commodus forte ſecutus eſt Domitianum, de quo Sueton. confiſcabantur alieniſſimæ hereditates, vel exiſtente uno qui diceret, audiviſſe ſe ex defuncto, dum viveret, heredem ſibi Cæſarem eſſe: contra quam improbitatem extat etiam Edictum Impp. *in l. nolumus 20. C. de teſtamentis.*

AD TITULUM XVIII.

LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE INOFFICIOSO TESTAmento.

TEXTUS

1. Quia plerunque parentes ſine cauſa liberos,

beros ſuos exheredant, vel omittunt, inductum eſt ut de teſtamento inofficioſo agere poſſint liberi, qui queruntur, aut inique ſe exheredatos, aut inique præteritos: hoc colore, quaſi non ſanæ mentis fuerint, cum teſtamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quaſi vere furioſus ſit, ſed recte quidem fecerit teſtamentum, non autem ex officio pietatis. Nam ſi vere furioſus ſit, nullum teſtamentum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Quale remedium ſit querela.*
2 *Teſtamentum inofficioſum quod.*
3 *An* N. 115. cap. 3. *pertineat ad præteritionem maternam.*
4 *Præteritio cum vel ſine cauſa.*
5 *An teſtamentum non factum iuxta* d. N. 115. *ſit ipſo iure nullum.*
6 *An hodie in linea recta locus querelæ.*
7 *Reſciſſo teſtamento per querelam an debeantur legata.*
8 *Quæ ſalva maneant, vitiata inſtitutione.*
9 *An hodie ſit utendum colore furoris.*

DIximus tit præced. de modis quibus teſtamentum ipſo jure infirmatur: ſequitur, quomodo reſcindatur per ſententiam, ſi inſtituta querela inofficioſi contra illud pronuntietur. Ante omnia 1 explicandum eſt, & quale remedium ſit † querela, an actio quædam ordinaria, an imploratio ſaltem officij judicis nobilis, ut loquuntur. Et Dd. communius teſte Iaſone *in l. 1. C. h. t.* putant querelam debere præcedere, & demum reſciſſo per ſententiam teſtamento, ſequi petitionem hereditatis. Nec negaverim poſſe querelam aliquando ſolam intentari, & fuiſſe olim etiam intentatam, & quidem coram judicio centumvirorum, ut probat *l. Titia* 13. *h. t. l. ult. C de liber. præt. l. qui repudiantis* 17. *h. t.* & quod *Cicer. 1. de orat.* inter cauſas centumvirales refert controverſias de teſtamentis ruptis & ratis: itaque procul dubio in inſcriptione *l. 7. h. t.* legendum eſt, *centumviralibus.* eoque facit quod aliquando agit & vincit querela, qui jus ſuccedendi non habet *l. 6. §. 1. h. t.* Sed expeditius fuit, & frequentius ita obtinuiſſe puto, ut peteretur recta hereditas ex cauſa inofficioſi: Unde *in l. ſi quis* 34. *in pr. C. h. t.* dicitur petitio hereditatis inſtituta nomine inofficioſi, & ex officioſi cauſa *l. ſi. cum pen. in fin. pr. de bon. poſſ. cont. tabb.* Facit quod juxta *l. nam etſi* 16 *in fin.* victor in judicio inofficioſi, ſtatim utitur actionibus hereditariis: & *in l. tum qui* 21. *in fi.* per querelam inofficioſi dicitur evicta hereditas, & *in l. ſi inſtituta* 7 § *de inofficioſo* 3. *h. t.* per querelam dicuntur vindicari facultates, quæ falſo dicerentur, ſi in querela tantum de reſcindendo ſimpliciter teſtamento ageretur: eademque de cauſa emancipatus acturus querela agnoſcit bonorum poſſeſſionem *l. 6 §. ult. & l. 7. h. t.* Et hoc intuitu puto querelam appellari actionem *in l. nihil* 12. *in fi. l. nam etſi* 15. §. 2. *h. t* Facit optime *l. 1. Cod. h. t.* (in qua alias explicanda & ejus ratione reddenda laborant Dd.) ubi querela dicitur dari adverſus fideicommiſſarium, id eſt, petitio hereditatis ex cauſa inofficioſi: ut perinde teneatur (ut eſt in d. l. 1.) ac ſi pro herede vel poſſeſſione poſſideret: quæ propria eſt nota petitionis hereditatis *l. regulariter* 9. *cum ſeqq. de petit. her.* Obiiciunt 1 *l. qui de* 20. *in fi. h. t* ubi ait Juriſconſultus, eum qui de inofficioſo dicit, movere debere petitionem hereditatis. Reſp. vel quod paulo ante dixi, poſſe aliquando querelam ſeparatim moveri: vel potius, non eſſe eam ſententiam JCti, quod poſt querelam demum debeat moveri petitio hereditatis, ſed potius, quod qui vult dicere teſtamentum inofficioſum, debeat movere petitionem hereditatis. Deinde obiiciunt, quod petitio hereditatis fuerit mota coram judice pedaneo, utpote quæ ſit actio ordinaria, querela autem coram judicio centumvirali: cum & hoc videatur excedere poteſtatem judicis pedanei, ut reſcindat teſtamentum. Reſp. tum quod judex autoritate prætoris qui eum dederit, pronunciet contra teſtamentum: tum quod in arbitrio prætoris fuerit, pro qualitate negotij, cauſam mittere vel ad judicem pedaneum, vel ad judicium centumvirale, quod eum ubi de jure quæſtio erat, feciſſe probabile eſt: etiam tum quoque ubi ſine querela inofficioſi petitio hereditatis movebatur: cum & *Cicero 1. de orat.* cauſas hereditarias referat inter centumvirales, quin diſerte petitio hereditatis ad centumviralia judicia refertur *in l. ult. C. de petit. hered.*

Denique obiiciunt (cui etiam argumento nec reſponderi poſſe putat Iaſon *in d. l. 1. C. h. t*) quod petitio hereditatis detur vero heredi contra falſum heredem: ſed querela detur contra heredem ei

qui heres non eſt, ſed facilis reſponſio eſt, quod querela detur ſub colore, quod furioſus fuerit teſtator, adeoque filius exheredatus tamquam ab inteſtato vindicet hereditatem, ita ut ſcriptus heres pro falſo herede & injuſto poſſeſſore habeatur. Ex quo eſt, quod, ut ſupra dixi, cum incipatus acturus querela agnoſcat bonorum poſſeſſionem, & ſcil. Unde liberi, *l. 6. § ult. & l. 7. h. t.* Effectu tamen cum noſtra ſententia incidit, quod Ioh. Faber & alij hic notant, poſſe cumulari judicium querelæ, & petitionem hereditatis: ut quis petat reſcindi teſtamentum ut inofficioſum eoque reſciſſo ſe declarari heredem, & bona ſibi reſtitui. Jam ad textum noſtrum accedamus.

Inofficioſi verbum per ſe latius patet, & quiſquis bene merentibus nihil legavit teſtamento, vel etiam alios cognatos omiſit, poteſt dici contra officium teſtatus. Sed *κατ' ἐξοχὴν* dicitur inofficioſum
2 † teſtamentum, quo in parentes & liberos & fratres (turpi inſtituto herede) principaliter exheredando aut prætereundo peccatum eſt. Prima cauſa eſt liberorum, quibus ipſo jure naturæ parentum bona debentur *l. 7. in pr. de bon damnat.* itaque pietas ſuadet, ut etiam bona vel certe aliquid, (ut poſt dicemus) iis relinquatur, quod ſi parentes non faciant, contra pietatem feciſſe dicuntur, *h. textu in fin l. 2 h. t.* & injuriam liberis facere *N. 115. cap. 5.* Et hæc nimirum eſt intentio ejus qui agit hoc judicio, quod per injuriam inique & immerito ſit aut exheredatus aut præteritus, *h. text.* ubi hoc factum eſt ſalvo teſtamento, & adeo exheredatus eſt a patre vel præteritus à matre, cujus ſilentium eſt pro exheredatione quoad hoc ut teſtamentum ſit validum *§. ult. ſup. de exhered lib. l ſi patronus 12. de bon. lib.* Recte tamen, contra quam *Hottom. & Weſemb.* hic cenſent, utrumque expreſſit Iuſtin. hic, exheredant (patres) vel omittunt, (matres) quoniam utique præteritio matris revera exheredatio non eſt, ſed effectu tantum pro exheredatione habetur. Præteriti à patre non utuntur querela, ſive ſint in poteſtate, qui dicunt teſtamentum nullum, querela autem contra teſtamentum jure validum datur, nec datur querela ubi alio remedio locus eſt *§. tam autem infra h. tit.* ſive ſint emancipati: quoniam hi jure civili pro extraneis ſunt, & nulla præteritio patris exheredationis loco eſt, ſed utuntur illi bon. poſſeſſione contra tabulas. Sed cur opus fuit prætendere colorem furoris? *h. textu l. 2. & 5 l. Titia 13. in fin. l mater 10. verſ. præterea h. t. l. nec fideicomm 36. de legat. 36.* Puto ſcrupuloſitatem juris huic rei cauſam dediſſe, cum L. XII. Tabb. plenam facultatem dediſſet diſponendi *uti quiſque legaſſit, ita jus eſto*: color aliquis quærendus fuit, quo utentes liberi expugnare poſſent teſtamentum. Color ſcilicet iſte tantum fuit: ceteroquin ut hic addit Iuſtin. poſt *IC. in l 2. h. t.* ſi vere furioſus fuiſſet, teſtamentum initio eſſet nullum. Conſtat porro jure veteri ſatis fuiſſe ad validitatem teſtamenti, ſimpliciter filium ſuum ſe exheredatum, quæ poteſtas cum conceſſa eſſet parentibus, factum inde ait Theoph. ut neceſſaria eſſet querela, quod ea poteſtate non raro parentes abuterentur. Hodie communiſſime putant Interpp. poſt *N 115. cap. 3* ad validandum teſtamentum non amplius ſufficere ſimplicem exheredationem, ſed requiri qualificatam cum cauſæ adjectione, qua omiſſa putant teſtamentum quo ad inſtitutionem ipſo jure eſſe nullum: de cujus Novellæ interpretatione & ſententia non ſemel promiſimus h. t. nos eſſe acturos: quod jam præſtandum eſt. Deſcripſit ex ea conſtitutione † *Auth. ex cauſa C. de lib præter.* 3
Irnerius, quæ non parvam errandi cauſam Doctoribus præbuiſſe videtur, & in primis, ut de quavis præteritione etiam patris d. Nov. acciperent. Ita enim in genere loquitur Auth. ex cauſa exheredationis & præteritionis irritum eſſe teſtamentum, quantum ad inſtitutiones, cetera ſalva permanere. Debebant autem animadvertere, non aliter loqui Iuſtin. *d N. 115. cap. 3.* quam hoc loco, ubi ait, *parentes exheredare aut omittere liberos*: & ſtatim, *exheredatos aut præteritos*; ita ut citra controverſiam, exheredatio patris, & præteritio matris intelligatur. Ita enim & in d. N. ſancit, non licere patri aut matri, liberos ſuos exheredes facere aut præterire teſtamento, ut nimirum non liceat exheredare patri, non liceat præterire matri. Idque hinc quoque evidenter oſtenditur 1. quod ut apparet ex *d. N. 115. cap. 5.* hic unicus fuit ibi ſcopus Iuſtiniani, ut injuriam exheredationis & præteritionis averteret à liberis, quæ olim illis hoc modo inferebatur. Atquin ubi pater præterierat liberos injuria liberis non inferebatur, ſed filij quidem teſtamentum nullum dicebant, filiæ & nepotes jus adcreſcendi ad certam portionem habebant juxta *pr ſup. de exher. lib.* At ubi pater exheredaverat, mater præterierat, injuria inferebatur liberis, quæ per querelam inofficioſi vindicanda erat, quæ tamen vindicari non poterat, ſi pater vel mater quocunque titulo legitimam reliquiſſent: utcunque liberi me-

rentiſ-

Digitized by Google

rentiſſimi & optimi fuiſſent, itaque tum injuria illa manebat, qua de cauſa in d. N. conſtituit Iuſtin. ut non ſufficeret amplius relinqui legitimam titulo particulari, ſed omnino inſtitui liberos, aut per juſtam exheredationem excludi voluit, de quo poſt dicemus. Amplius hæc ſententia confirmatur, quod Iuſtin. non vult licere amplius, quod olim licebat. At non licebat olim impune, ſalvo & integro teſtamento, patri liberos præterire, ſed ut diximus, remedium aliud liberis tum paratum erat. Licebat autem ſalvo penitus & firmo teſtamento ſimpliciter exheredare patri & præterire matri. Et igitur tantum ad præteritionem matris & exheredationem patris ea conſtitutio Iuſtiniani pertinet. Hoc primum igitur conſtituimus: ubi præterit liberos pater, teſtamentum ita nullum eſſe & manere, ut nec legata debeantur: quoniam de hoc caſu d. N. non loquitur: idque ſive præterierit pater liberos jam natos, ſive naſcituros & poſthumos: hi enim jam olim quoque nati rumpebant teſtamentum, ubi ſe præteritos reperiebant: ſed tum demum juxta conſtitutionem N. 115. annullata inſtitutione, quæ diſpoſuit præterea teſtator, ſalva erunt quando pater aut mater contra præſcriptam ibi formam liberos exheredarunt aut præterierunt. Forma autem præſcripta eſt, ut exheredatio patris, & matris præteritio fiat cum cauſa, & quæ ſit ex earum numero, quas ibi recenſet Iuſtinianus. Ubi
4 ſtatim quæritur, † quomodo præteritio fieri poſſit cum cauſa, ut non videatur eſſe exheredatio, præſertim poſt conſtitutionem ejuſdem Iuſtin. *in l. 3. C. de lib. præter.* ubi ait filium intelligi exheredatum, ſi pater dixerit. *Filius alienus ſit mea ſubſtantia*, ut ſenſus magis quam verba ſpectentur. Et igitur ſi ſcripſerit mater, prætereo filium, quia mihi manus intulit, exheredatio potius erit quam præteritio. Etan conſtitutione igitur d. N. 115. cap. 3. factum dicemus ut mater quoque reipſa habeat neceſſe exheredare liberos? Id ſane non fuerit ad mentem, certe non ad verba Iuſtiniani *in d. N.* 115. ubi expreſſe exheredationem à præteritione diſtinguit. Præteritionem itaque dicemus eſſe, ſi mater ſimpliciter ita dixerit: filius meus intulit mihi manus, &c. vel ſi leget alicui ex liberis, verbi cauſa, decem, quia ingratus erga eam fuerit, hæc fuerit præteritio cum cauſa, vix autem dici poſſit exheredatio. His ita conſtitutis ſuper eſt ea
5 principalis † quæſtio, ſi exheredatio aut præteritio non facta fuerit cum cauſa, an teſtamentum ſit ipſo jure nullum, quo ad inſtitutionem, an ad id impugnandum hodieque opus ſit querela? Et poſterius hoc non pauci ex recentioribus, defendunt: ſed mihi prius illud, quod communiſſime Dd. tenent, ſemper viſum fuit probabilius, poteſtate conſtitutionis citra querelam, teſtamentum eſſe nullum: quam ſententiam confirmo his rationibus. 1. Quod ut ſupra dixi, non amplius vult Iuſtin. licere parentibus, quod licebat olim: licebat autem olim ſalvo integroque teſtamento præterire matri, & exheredare liberos patri. 2. Quod Iuſtin *in d. N. 115 cap 3. in fin.* vult ut nullum præjudicium liberis generetur, ſi non factum ſit teſtamentum juxta formam ibi præſcriptam: utique autem præjudicium generaretur liberis, ſi adhuc ſalvum maneret teſtamentum, & querela opus eſſet, in qua ex variis cauſis liberi poſſent ſuccumbere. Et hinc 3. quod ſi adhuc hodie valeret tale teſtamentum, in quo verbi cauſa filius exheredatus eſſet, injuria exheredationis nec hodie ſublata eſſet contra ſcopum Iuſtiniani & intentionem, de qua teſtatur apertiſſime *in d. N. 115. cap. 5. in princ.* 4. Quia conſtituit *d. Nov. 115. cap. 3. in fin.* ut ſi obſervata non ſit forma conſtitutionis, ab inteſtato ſuccedatur, & poteſtate ſcilicet conſtitutionis: nam alias poſt querelam demum & ſententiam latam, ad inteſtati cauſam res rediret, & imo non ſemper rediret, ſed an rediret à cognitione judicis in querelæ judicio penderet. 5 Facit, quod in prolixa adeo conſtitutione, nullam mentionem nec verbo facit Iuſtinianus querelæ inofficioſi: ſexto & præcipue me movet, quod fruſtranea ſit actio in qua numquam poſſit actor ſuccumbere, & quod potius recta ſit id dandum ſine actione, quam inſtituenda actio, in qua id certo ſemper ſit conſecuturus: & fruſtra ad judicium vocetur heres, & fruſtra contradicet filio non recte exheredato, cum numquam poſſit vincere, & obtinere. Nego ullam talem toto jure noſtro eſſe actionem. Atquin filius exheredatus non poſſet umquam ſuccumbere in querela: quoniam hoc quoque noviter conſtitutum eſt à Iuſtin. & ut heres ingratitudinem filij probare cogatur *l. ſi quis 34 verſ ſed nec C. h. t.* & ut ad eam probandam non aliter admittatur, quam ſi adiecta fuerit a parentibus ingratitudinis cauſa *l. omnimodo 30. in pr. C. h. t. N. 115. cap 3 in pr & in fin. verſ ſive igitur.* Et quomodo igitur hoc caſu poſſit vincere heres, qui ad probandum hoc, in quo fundamentum eſt victoriæ non admittitur. Accedit denique, quod (de quo paulo poſt plura) Iuſtin.

in d. N. 115. *c.* 3. & hoc conſtituit, ut legitima ſit danda liberis titulo inſtitutionis. Quod ſi ſufficeret, filium ſimpliciter exheredem ſcribere, hoc quoque efficeretur ſimul, ut legitima adhuc poſſet relinqui titulo particulari. Qui enim ſuam legitimam habet, utique non poteſt agere querela inofficioſi. Poſſit tamen quis ita limitare hanc opinionem, quod teſtamentum poteſtate Nov. & ipſo jure ſit nullum, ſi pater ſimpliciter dixerit, *Filius exheres eſto*: ceteroquin valiturum & opus fore querela, ſi ſaltem in genere cum dixerit ingratum, ut tum heres ad probandam ſpecialem ingratitudinis cauſam admittatur. argum. *d. l.* 30. *C. h. t.* ubi videtur ſufficere, quod pater ingratos in teſtamento arguit liberos. Sed non convenit hæc ſententia cum *d. N.* 115. quæ duobus ſupra citatis locis videtur requirere omnino, ut nominatim vel una vel plures ingratitudinis cauſæ inſerantur teſtamento. Et igitur ex his concludimus, ſi teſtamentum juxta d. N. non ſit factum, id ipſo jure nullum, nec neceſſariam eſſe querelam. Et cum Iuſtinianus eandem patris quoad exheredationem, & matris, & quoad præteritionem, faciat rationem, hoc porro conſequitur, nullum quoque eſſe teſtamentum, ſi liberos mater præterierit nulla adjecta cauſa. Amplius cum in *d. N.* 115. *cap.* 4. eandem faciat conditionem liberorum, ut & ipſi teſtamentum facientes non poſſint ſine cauſa exheredare aut præterire parentes, iſtud etiam conſequitur, teſtamentum quoque fore nullum, in quo liberi ita præterierunt parentes.

6 Ex quo recte inferunt Dd. hodie in † linea recta non eſſe opus querela, niſi unico caſu, quo cauſa juſta ex numero expreſſarum *in N.* 115. *cap* 3. adjecta, ſed in facto dubia eſt, dum filius tale quid negat ſe admiſiſſe, de cujus adeo veritate in judicio inofficioſi ſit agendum.

Ego tamen crediderim, ſaltem hic opus eſſe implorato nobili officio judicis, qui non pronuntiet contra teſtamentum, ſed tantum declaret an cauſa ſit vera vel non, quo facto, & ſi verbi cauſa, cauſam falſam eſſe pronuntiaverit, protinus imo retro teſtamentum nullum poteſtate conſtitutionis fuiſſe intelligetur. Quid autem ſi pater præterierit emancipatum filium? an teſtamentum nullum erit poteſtate *d. N.* 115? Rationem dubitandi facit, quod matris præteritio facit, ut teſtamentum ipſo jure nullum ſit, itemque ſi liberi præterierunt parentes ſine cauſa. Et hinc Interpp. vulgo diſtinguunt, an pater præterierit emancipatum ſine cauſæ adjectione, an cum cauſa. Illo caſu teſtamentum putant eſſe nullum: hoc autem, etiam hodie neceſſariam eſſe poſſeſſionem bonorum contra tabulas. Ita *Bartol. & reliqui ad auth. ex cauſa C. de liber. prater. Fab. Mynſ & alij hic.* Verum quæ ſit iſtius diſtinctionis ratio, non ſatis capio. Et ſi emancipatum patris reſpectu, conferimus cum liberis reſpectu matris, quoniam ab hac præteriti cum cauſa utuntur jure N. 115. etiam à patre emancipati præteriti cum cauſa, eodem jure utentur, nec neceſſe habebunt uti remedio prætorio bon. poſſeſſionis contra tabb. Et aut habebuntur pro exheredatis, aut pro præteritis. Hoc caſu neceſſarium erit iis remedium prætorium, nec apparet quid faciat cauſæ adjectio, ſi habentur pro præteritis. Illo caſu non poterunt uti remedio prætorio, per *l. non putavit* 8. *de bon. poſſ cont. tabb.* Et cum ibi dicatur, notatos à patre non habere poſſeſſionem contra tabb. utiq; quibus cauſa ingratitudinis adſcripta eſt, notati ſunt à patre. Quod ſi ſubtilitatem ſectamur juris, & *d. N.* 115. & pro exheredatis non habemus, quibus pater ſimpliciter cauſam adſcripſit, non video, quomodo remedium prætorium ipſis negari poſſit, & tum eum nulla cauſa ingratitudinis eſt adſcripta. Et jam ſupra diximus *d. N.* 115. *cap.* 3. omnino ad præteritionem paternam non pertinere, ſed ad illos caſus tantum, quibus olim querela erat neceſſaria: in quibus etiam terminis præſtat ſubſiſtere.

Ex hactenus dictis & illud porro efficitur, verum † non eſſe quod dicitur vulgo: reſciſſo teſtamento per querelam legata & fideicommiſſa hodie ſuſtineri, inſtitutione ſaltem irritata, quoniam *Nov.* 115. *cap.* 3. habet locum citra querelam, & ubi ipſo jure nullum eſt teſtamen. Et ob id non immerito diſputant Dd. an d. Nov. habeat locum, ubi fratres præteriti, per querelam, quæ tum ipſis neceſſaria eſt teſtamentum expugnaverunt. 7

Quamvis enim non videatur convenire, ut fratres potiori jure ſint quam liberi & parentes, ſi præſtare legata non teneantur, tamen pro iis facit, tum quod conſtitutio nova, quæ corrigit plurima antiqua jura, non ſit extendenda, tum quod ipſis ſubeundum eſt periculum, ne in querela ſuccumbant, quod periculum non ſubeunt liberi & parentes, ſi non juxta for-

mam

mam N. 115. ſint exheredati & præteriti, ſed teſtamentum recta dicunt nullum. Quin forte quis tentaverit, poſſe filium exheredatum non legitime, ut præſcribit N.115. confiſum juſtitiæ cauſæ & probitati ſuæ, omittere beneficium conſtitutionis novæ, & uti iure veteri, nimirum querela: hoc effectu, ut reſciſſo teſtamento legata & fideicommiſſa præſtare neceſſe non habeat: quod equidem in medium relinquo.

8 Quænam autem, ut hoc † quoque addamus, ſunt illa, quę iuxta *d. N.115. cap.3.* irritata inſtitutione ſalva manent. Et ait Iuſtin. *in fin. cap. & in fin. c. 4.* ſalva manere legata, fideicommiſſa, tutorum dationes, libertates, *& alia capitula*. Quæ verba *capitula alia* ideo videtur Iuſtin. addidiſſe, ut quæcunque adiecta ſunt extra inſtitutionem, comprehenderet. Et proinde recte ſub iis etiam Dd. contineri putant ſubſtitutionem pupillarem. Licet enim hæc ipſa ſubſtitutio, ſi inſtitutio heredis, tamen apparet inſtitutionem, quam ſolum irritam eſſe vult Iuſtin. intelligi eam, qua pater ſibi fecit heredem, non qua pupillo: cum præſertim ſubſtitutio pupillaris intelligatur utilis eſſe pupillo *l. 42. de adquir. hered.* cum & olim per bon. poſſeſſ. cont. tab everſo teſtamento conſervata fuerit hæc ſubſtitutio *l. ex duobus 34. §. ult. cum l. ſeq. de vulg. ſubſtit.* Hæc ad explicandam *d. N.115. c.3.* plenius paulo annotare viſum fuit. Ait Iuſtinianus in noſtro textu:

Hoc colore.] Diximus iam ſupra, cur hic color
9 furoris prætendatur. Quæritur autem an hodie † eodem colore utendum ſit. Rationem dubitandi ſumunt *ex d. N. 115.* Quod ſi teſtator pro furioſo eſſet, non poſſent valere legata & alia (quæ conſervantur *per d. N 115. c. 3. & 4.*) arg. *l. Titia 13. in fi. D. h. t.* Sed jam diximus d. N non loqui de caſu quo per querelam teſtamentum reſciſſum eſt: tum etiam ut maxime eſſet, tamen ſpectanda eſt intentio agentis, qui contra pietatem ſe excluſum dicit: itaque ceſſat ratio Bartol quod non cenſeri poſſit demens, qui ex iuſta cauſa filium exheredat, quia iuſtam poteſt negare filius & tanto magis, qui per iniuriam, ſibi bene merito falſam cauſam adſcriptam dicit. Et legata ſpeciali beneficio Legis non iuris communis ratione conſervantur, & principale, fundamentumque teſtamenti in heredis inſtitutione conſiſtit. Ad ſummum licet non omnimodo & quo ad omnia, tamen quo ad principale teſtamenti colori illi adhuc erit locus, adde quæ notu ad § *ſed hæc 3 infra h. t.* ad verba, *ad verecundiam*.

TEXTVS.

2. Non autem liberis tantum permiſſum eſt, teſtamentum parentum inofficioſum accuſare, verum etiam liberorum, parentibus. Soror autem & frater turpibus perſonis heredibus ſcriptis ex ſacris conſtitutionibus prælati ſunt. Non ergo contra omnes heredes agere poſſunt. Vltra fratres igitur & ſorores cognati, nullo modo aut agere poſſunt, aut agentes vincere.

COMMENTARIVS.

1 *Parentes optant liberos ſibi ſuperſtites.*
2 *An parentum an fratrum ius ſit potius.*
3 *An cognati poſſint movere querelam.*

Liberis debetur hereditas parentum, naturæ quodam iure & ordine, & ipſorum parentum voto. *l. ſcripto 7. in fin. Vnde liberi: l. nam & 15. in pr. h. t.* qui ſcil. † optant liberos ſibi eſſe ſuperſtites. Apud Plaut. in Aſinaria ſcil. 1. ſervus ad patrem Demænetum.

Sicut tuum vis unicum gnatum tua.
Superſtite vita ſoſpitem & ſuperſtitem.

Apertius *Cicero 2. de nat. Deor.* ait hinc primum ſuperſtitioſos dictos, qui totos dies precabantur & immolabant, ut liberi ſibi ſuperſtites eſſent.

Martialis 7. Epigr. 95.
Sic ad Lethæas, niſi Neſtore ſerior undas.
Non eat, optabis quem ſupereſſe tibi.

Apud Senec 9. declam. 4. Ita oculos meos filij manus operiant: & non abſimile illud Penelopes ad Vlyſſem de Telemacho.

——ut euntibus ordine fatis
Ille meos oculos comprimat, ille tuos.

Nolo plura, quæ facile hunc congerere poſſem. Hęc autem ſufficere poſſunt adverſus eos, qui indocte ſcribunt eadem ratione bona parentum liberis, & horum illis deberi, quin imo hoc fit turbato ordine mortalitatis; ut & Iuriſconſulti noſtri affirmant in *d. l. 7. in fin. unde lib & d. l. 15. in princip. h. t.* ſi autem turbari hunc ordinem contingit, etiam parentibus pie relinquere liberi debent, ut eſt in *dict. leg.* 15. ut intelligamus contra pietatem facere liberos, qui parentes teſtamento exhæredant, aut prætereunt; in quo ſcilicet eſt fundamentum

Digitized by Google

querelæ, quæ dabatur olim parentibus; nam ut monuimus ad *prin. tit.* hodie teſtamentum liberorum quoque ſi non ſit factum juxta *d. N.* 115. *capit* 3. ipſo jure nullum eſt, ſine querela. Sed nos jam tamquam adhuc priſtino jure obtinente aliquid
2 hac de re tractemus: Vulgo † dicitur in querela primum locum eſſe liberorum, ſecundum, parentum † & facit *lex pater* 14. *h. t.* Sed res non eſt ſine ſcrupulo. Nam cum per querelam res deducatur ad cauſam inteſtati, quis ordo eſt in ſucceſſione inteſtati, idem videtur eſſe in querela, vel hodie in jure dicendi nullum, ex *Nov.* 115. quo enim quis potiore jure vocatur à Lege ad ſucceſſionem, eo magis per præteritionem videtur ipſi fieri injuria, quæ vindicatur per querelam. Quæ res facit, ut potior fratrum defuncti quam parentum cauſa eſſe videatur, maxime quo ad ipſum concurſum cum matre. Videamus diſtinctius.

Et primo de patre; Fratres defuncti etiam patri ante Iuſtinian. prælatos fuiſſe, probatur ex *princip. ſupr. quibus non eſt permiſſum fac. teſtament. verſ. ſi vero*, ubi de hoc diximus, ex noviſſima conſtitutione, fratres utriuq; conjuncti cum patre concurrunt. *Nov.* 118 *capit.* 2. Fingamus itaque hoc jure ſtante, eum, qui patrem & fratrem habebat, teſtamento facto utrumque præteriiſſe, difficile dictu eſt, patrem qui ab inteſtato per fratrem excluſus fuiſſet, potuiſſe ſolum movere querelam, & excluſo fratre conſequi hæreditatem. Ego hoc exputare non poſſum, & pene exiſtimo per Impp. recentiores ius vetus turbatum fuiſſe. Nam ſi de jure Digeſt. quæramus, filijfamil. quidem bona etiam caſtrenſia ab inteſtato omnia pater jure peculij occupabat; in emancipati bonis habebat jus patroni, per quod ſane fratri defuncti præferebatur: & omni modo qua pater potiori jure erat. Quod ſi filius familias teſtatus fuiſſet de bonis caſtrenſibus vel quaſi, impune patrem præteribat, nec locus erat querelæ, quod etiamnum Iuſtinian. confirmavit in *leg. ultim. Codic. h. t.* Sed ſane ſuſtulit *Novell.* 115. *capit.* 4 quod omnes agnoſcere coguntur; ſiquidem iſte locus ad emancipatos liberos ideo reſtringi non poteſt, quod negat liberis ius impune prætereundi parentes, in his bonis, in quibus habent teſtandi facultatem: atquin emancipati de omnibus plane bonis teſtandi liberrimam licentiam habent. Illud communius ab Interpp. receptum eſt, ut locus ille recipiatur de caſu, quo communi jure de caſtrenſibus bonis veterani teſtamentum faciunt; nec jus vetus correctum intelligatur, ubi militari jure de caſtrenſibus bonis diſponit miles. Et quid igitur hodie juris erit, poſtquam, ut diximus ex *Nov.* 118. *cap.* 2. filius cum patre ſuo in hæreditate defuncti fratris ab inteſtato concurrit? Communior ſententia eſt, *Fabri, Mynſ. & aliorum hic, Iaſonis & reliquorum in l. fratres* 27. *C. h. t.* ſi pater v. c. repudiet, non poſſe fratrem admitti ad querelam ſed ſi pater agat jure ſuo aut potius juxta *N* 115. *c.* 4. dicat teſtamentum nullum, re ita reducta ad cauſam inteſtati, una cum patre *per N.* 118. concurrere fratrem, neque enim apparet, quomodo excludi poſſit frater, poſtquam res ad cauſam inteſtati deducta eſt. Neque enim intereſſe poteſt, ſive quis teſtatus tempore mortis fuerit, ſive poſt, teſtamentum ad nihilum fuerit deductum, nam & ſi qua cauſa teſtamentum ruptum, aut alias fuerit infirmatum, pariter ſuccedi tur ab inteſtato, ac ſi nullum initio teſtamentum fuiſſet. Quin cum rationem Legis animam eſſe vulgatum ſit, poſſit quis repudiante quoque patre querelam defendere fratri: quod omnino dixero, ſiquidem turpis perſona fuerit inſtituta: tunc enim jure ſuo venit frater. Plane novæ conſtitutiones multa inconcinna introduxerunt. Quod ſi enim fratrem & patrem habens deceſſerit utroque præterito, pater ex *Nov.* 115. *cap.* 3. facultatem habebit, ut dicat teſtamentum nullum: & tamen teſtamentum quo ad fratrem validum erit, nec poterit expugnari niſi per querelam. Hæc de patre. Addamus aliquid ſeparatim de matre, ſi cum ea frater concurrat. Et olim matri conſtat plane non fuiſſe jus ſuccedendi, quod demum ipſi SCto Tertulliano datum eſt, ita tamen ut ei præferretur conſanguineus frater §. *præferuntur* 3. *infr. de SC. Tertull.* Et an igitur dicemus fratris quoque eorum ius potius fuiſſe in querela? ſiquidem nihil hic certo jure expreſſum video: & forte fratrum jus per Conſtantinum demum coarctatum fuit in *lib. fratris* 27. *Codic h t.* Poſſit enim dici per præteritionem teſtamento factam, majorem injuriam inferri matri quam fratri: At quomodo obtinere potuit, ut mater querela rem reduceret ad cauſam inteſtati, & excludere fratrem, qui ab inteſtato præferebatur matri? Ego in his rationem vix reperio: & ſæpe repeto videri Impp. recentiores, non adeo multum attenta ratione juris, nec conſideratis his quæ ex novis LL abſurda ſequebantur, jus vetus & rationem eius plane conturbaſſe. Prorſus idem hodie dicam, quod in patre, ex *Nov.* 118. ut frater cum matre concurrat in querela; aut certe

victo-

victoria matris, aut ſi dicat teſtamentum nullum etiam fratri & ſorori proſit.

Soror autem & frater] Hic eadem occurrit controverſia. Ex *d. l.* 27. tantum fratribus conſanguineis, qui ſaltem communem patrem habent querela datur. Hodie cum his fratribus ex *Nov.* 118. *cap.* 3. concurrunt fratres uterini: Ergo & hi concurrunt itidem in querela, aut ſaltem vincentibus illis, ſimul ſuccedent ab inteſtato.

Turpibus perſonis inſtitutis.] Niſi ipſi fratres ſint quoque turpes perſonæ, qui nihil ſcil. ita habent quod obiiciant hæredibus ſcriptis; quod communiter hic notant Dd. Turpes autem perſonæ ſunt, non tantum, quæ juris ſed & quæ facti infamia laborant, ſiquidem ex *dict. leg. Codic. h. t.* ſufficit, ut hæredes ſcripti levi ſaltem macula adſperſi ſint, ideoque & probo, quod Dd. inter has perſonas ſpurium referunt; Siquidem hic omnium gentium moribus pene habetur pro homine non integræ opinionis & famæ, de quo alibi tractatur.

Ultra fratres.] Hic rurſus antea mota controverſia occurrit ex *Nov.* 118 *capit.* 3. ex qua fratrum liberi cum patruis concurrunt. Itaque & hic idem quod in prioribus ſtatuemus.

Cognati nullo modo † poſſunt.] Imo cognatis vel contra teſtamentum cognatorum ſimpliciter pro-
3 ponitur poſtumo querela in *leg. poſtumus 6. in princ. h. t.* An intelligimus ibi poſtumum natum ex filio emancipato; an cognatorum verbum referimus ad matrem? An interpolatum dicimus textum *l.* 1 *h. t.* ex nova conſtitutione Conſtantini in *l. fratres* 27. *C. h. t.* quæ tantum fratres admittit, quamvis ſine *d. l.* 1. *h. t.* monere tantum videatur cæteros cognatos, ne temere moveant querelam, cum obtinendi ſpem non habeant, id eſt vix habeant, & ſcilic. centumviri non facile ſecundum illos litem & ſententiam ſint daturi. Et facit quod Iuriſtus in *d. l.* 6. *in pr.* à jure accipiendi bonorum poſſeſſionem, ab inteſtato, argumentatur ad querelam, aut fatendum erit cum Acc. illam rationem vitioſam & minime eſſe adæquatam. Facit etiam, quod in *d. l.* 6. § 1. illi aliquando vincunt, qui ius non habent ſuccedendi ab inteſtato; qua de cauſa quod hic dicitur, cognatos ceteros, nec agere, nec vincere poſſe; utique ſic accipiendum erit quod non poſſint ſuo iure evertere teſtamentum, & ſi eis obiiciatur exceptio non competentis querelæ.

TEXTVS.

3. Tam autem naturales liberi, quam ſecundum noſtræ conſtitutionis diviſionem adoptati, ita demum de teſtamento inofficioſo agere poſſunt, ſi nullo alio jure ad defuncti bona venire poſſint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem eius alio iure veniunt, de inofficioſo agere non poſſunt, poſtumi quoque, qui nullo alio iure venire poſſunt, de inofficioſo agere poſſunt.

COMMENTARIVS.

Querela remedium extraordinarium eſt, & quia per eam teſtamentum evertitur odioſum, adeo tum demum datur, ubi alia remedia deſunt. Duo autem ſententiam hanc oppugnare videntur. 1. quod alibi ſcriptum eſt, de bonorum poſſ. quæ dicitur agnoſci, gratia ordinandæ litis de inofficioſo, juxta *l. poſtumus 6 § ult. & l. Papin.* 8. *in pr. h. t. & l.* 2. *C. eod.* Sed enim illa tantum poſita erat in ſubtilitate juris, & interim ſine effectu, &, ut loquuntur Iuriſti, ſine re fuit, ut docet *d. l.* 2. quæ interim negat, auferri bonorum poſſeſſionem hæredibus ſcriptis, qui nimirum bona interim tenent. Et ut ſupra diximus, color erat, ſub quo querela & actio hæc moveatur, furor defuncti; ideo verbi cauſa emancipatus tanquam ab inteſtato bonorum poſſeſſionem accipiebat, & iuſto titulo agere videretur. 2. Obiicitur, quod patri datur querela inofficioſi, contra quod tamen conſtat poſſeſſionem bonorum competere *t. t. ſi quis à par. manum. ſit.* Hoc ſane Doctoribus vulgo cauſam præbuit, ut darent patri exhæredato tantum querelam ſi eſſet exhæredatus. non etiam præterito, & inde ineptam differentiam inter patrem & matrem confingerent. Recte autem Viglius & poſt eum alij reſpondent tum demum ceſſare querelam, remedio ſuperſtite alio, ſi hoc ſit eiuſdem poteſtatis: & æque plenum: atqui bonorum poſſeſſio contra tabb. quæ parenti datur, ut patrono non teſtamentum totum, ſed tantum partem reſcindit, ut patet ex jam *d. t.* ideoque non fuit patri neganda querela, per quam tum evertat teſtamentum, quæ ſententia eſt Iuriſconſulti in *leg.* 15 § *ultim. ſi quis à par.* quod pater etiam antiquum jus ſibi defendere poſſit; ſcilicet querelam inofficioſi teſtamenti.

Cui

Digitized by Google

Cui obſtare rurſus videtur, quod hic Iuſtinianus ait, ceſſare querelam ſi quis remedio alio, ad hæreditatem, vel partem eius venire poſſit; atqui per bonorum poſſeſſionem utique partem bonorum filij pater conſequi poteſt. Reſpondendum erit, intelligi partem quæ ab inteſtato alias ſola ad aliquem erat deventura: veluti ſi ex duobus filiis exheredaverit pater unum, (cui tantum pars debetur.) alterum inſtituerit. Aut diſtingui etiam poſſit, an remedia plane diverſo iure competant: veluti hic querela competit ut patri, & ut creditur, ex iure civili: ſed bonorum poſſeſſio ex jure prætorio competit ut patrono & manumiſſori, ut in *d. l. 1. §. ultim. ſi quis à par.* ſcribit Iuriſconſultus. Itaque non obſtat, quod bonorum poſſeſſio non datur exhæredatis, vel qui præteriti pro talibus habentur: Illa enim propria eſt bonorum poſſeſſio contra tabb. quæ negatur in *l. non putavit 8. in princip. de bonorum poſſeſſ. contr. tabb.* & à qua omnino diverſa eſt, quia patri tamquam manumiſſori in partem contra tabulas filij emancipati datur. Intellige amplius non concurrere remedium, quod non æque tendat ad evertendum teſtamentum: ei enim, qui ruptum & irritum poteſt dicere teſtamentum, licere etiam dicere inofficioſum, probat *l. Papinian. 8. §. ſi quis 12. h. t.*

Poſtumi quoque.] Siquidem vera eſt Dd. ſententia, de qua diximus ad *princ. tit.* & ad *§. 1. ſup. de exhered. l.* & ad *§. non ſolum 4. ſupr. de pup. ſubſt.* teſtamentum eſſe hodie nullum, ſi exhæredatio vel præteritio, non habeat iuſtam adiectam cauſam, ex *N. 115. c. 3.* conſequens eſt, poſthumum exheredatum non opus habere querela, imo vix ea agere poſſe, per hunc ipſum textum, quia alio iure venire, & teſtamentum dicere nullum poteſt. Illud vix admonitione dignum eſt, & vulgo notum, quod per naturales liberos oppoſitos adoptivis, intelligantur ex juſtis nuptiis nati. Nam qui ex concubina nati ſunt, vel ſpurij, non habent querelam inofficioſi, niſi contra teſtamentum matris *l. ſi ſuſpecta 29. §. 1. h. t.* Quod autem de adoptatis ait, ſecundũ ſuæ conſtitutionis diviſionem, idem eſt quod in *§. 1. tit. precedent.* dixit, *ſecundum ſuam conſtitutionem*, querelam, ſi ſint adoptati ab aſcendente, *leg. penultim Codic. de adoption.* De quarta arrogatis debita, diximus *ſup ad tit. de adoptionib.*

TEXTVS.

4. Sed hæc ita accipienda ſunt, ſi eis nihil penitus à teſtatoribus teſtamento relictum eſt: quod noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacunque pars hereditatis, vel res eis fuerit derelicta, de inofficioſo querela quieſcente, id quod eis deeſt, uſque ad legitimæ partis quartam repleatur: licet non fuerit adiectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam inſtitutos olim uſos querela.*
2 *Actio ad ſupplementum qualis.*
3 *Differentia huius actionis & querela.*

QUi legitimam habet, non utitur querela. Et olim integram habere eam ex teſtamento vel alias ex judicio defuncti eam oportebat, de quo dicemus ad *§. ult.* Ceteroquin querela competebat; adeoque fateri oportebit etiam inſtitutis in minori portione, & quæ legitimam non faciebat, neceſſariam & datam fuiſſe querelam. quod omnino addendum eſt ad *pr. tit.* ubi querela reſtringitur ad exhæredatos, aut † præteritos, neque enim inſtitutus in minori parte poteſt dici præteritus: neque rurſus Falcidia detrahi poterat, ſi plures cohæredes in ceteris partibus adieciſſet teſtator. Et ita obtinuiſſe probat hic ipſe §. ubi Iuſtin. ait ceſſare *hodie* querelam, ſi relicta ſit vel res, vel quantacunque pars hæreditatis; quæ ſane nonniſi titulo inſtitutionis proprie loquendo relinqui poteſt, & firmatur non obſcure ex *Paulo 4. ſentent. 5.* quo eodem loco docet, ſi ei adiecti ſint fratres cohæredes, *potuiſſe eum petere ſupplementum.* Ius hoc mutavit Iuſtinianus, & introduxit actionem in ſupplementum, ſi modo aliquid relictum ſit. Sæpe Iuſtinian. quod olim particulare erat, ipſe fecit generale: veluti hic colligitur ex *d. loco Pauli 4. ſentent. 5. & ex l. ſi non 25. in princ. h. t.* ſi quis ipſe quod pro legitima acceperit à defuncto, querelam ceſſaſſe, & quod defuit, boni viri arbitrio repletum fuiſſe; non enim probo eorum ſententiam, qui in *d. l. 25.* adiectum iſtud à Triboniano putant. Sed & tum ſi pater quod expreſſe reliquerit pro legitima, quod tamen minus deprehenſum

Digitized by Google

ſum fuit, facile concedo ceſſaſſe querelam, & quod deeſt ſuppletum fuiſſe. Quod autem Conſtitutio Iuſtiniani in *leg.* 30. *Codic. h. t.* cuius & in *leg.* 34. 35. & 36. *Codic. eod.* meminit, tantum pertineat ad hanc ſpeciem & caſum, quo ita pro legitima quid relictum fuit; & quod hoc ſolum mutarit Iuſtinian. ut suppleretur portio, licet teſtator non juſſerit. Item quod filius accipiendo portionem & rem relictam non præjudicet ſibi, quominus poſſit reliquum petere, ſin autem ſimpliciter quid reliquerit patet, non eſſe opus actione ad ſupplementum ſed poſſe filiũ hodieq; agere querela nec *d. l.* 30. ad hunc caſum pertinere, ut Weſemb. hic diſputat, totum commentitium penituſque falſum eſt, & alias falſo diceret Iuſtin. in *d. l.* 30. innumerabiles ita tolli modos ſubvertendi teſtamenta: falſo etiam diceret, hoc ad verecundiam naturæ introductum, & omnino cõſtitutio ſimpliciter loquitur, ut ſi quid relictum ſit ceſſante querela agatur
2 ad ſupplementum. Actionem hanc alij † ſtatuunt eſſe ex teſtamento, alij petitionem hereditatis, aut familiæ erciſcundæ judicium, alij denique & frequentius condictionem ex Lege. Plane filius aut proponitur exheredatus, legato dato, aut inſtitutus in aliqua parte vel re, quod hodie neceſſum eſt ut ad §. *ult.* dicemus. Illo caſu nec poterit eſſe actio fam. erc. ne petitio hereditatis; ſed cum ſatis probabiliter dicitur eſſe actio ex teſtamento, tamquã pro legato: ſive teſtator jüſſerit suppleri, quod deeſt, quo caſu res magis eſt indubia; ſive nihil dixerit *l. omnimodo* 30 *in pr. C. h. t.* quoniam nihilominus hoc voluiſſe intelligitur, potius q̃ ut eius teſtamentum ſubvertatur, quin & porro licet amplius quid dari vetuerit *l. ſi quando* 34. *§ pen. C eod.* quoniã id feciſſe ideo præſumetur, quod portionem relictã ſufficere credebat. Hoc autem caſu vel inſtitutus eſt filius in portione hereditaria: & cum ſit pro parte heres, poterit ſane uti petitione hereditatis, aut judicio fam. erciſcundæ: aut in re ſingulari, (quod fieri poſſe dicemus ad §. *ult.*) & cum revera ſit pro legatario (ſiquidem ponimus eum habere coheredem, iuxta tradita ad *tit. ſup. de hered. inſt. in § hereditas* 7.) idem erit, quod in caſu rei ſingularis relictæ; aut potius ſiquidem heres ita ſcriptus mixto jure eſt, ut notavimus ad *d.* §. 7. fortaſſis locus eſſe poſſit judicio fam. erc. aut ſane admittenda erit cum Dd. ſimpliciter condictio eſt Lege, ut omnis tollatur
3 dubitatio. Condictionis † porro iſtius, & inofficioſi querelæ hæ notantur differentiæ. 1. Hæc finitur quinquennio *l. 8. §. ultim. cum l. ſeq. h. t.* ſed condictio, quæ longe eſt favorabilior perpetuo & triginta annis durat, quæ communiſſima Dd. ſententia eſt, cui non obſtat *l. ſi quis* 34. *in fin. C. h. t.* quoniam pertinent ea verba de quinquennio ſicut & de repudiatione, ad querelam, de qua principaliter ibi agitur, & quam etiam non præparatam ibi tranſmitti vult Iuſtin. & obiter tantum mentio fit ſupplendæ quartæ. Altera differentia eſt, quod querela non præparata regulariter non tranſit in heredem, extra caſum *d. l.* 34. ſiquidem eſt inſtar actionis injuriarum quæ diſſimulatione aboletur: ſed condictio etiam non præparata tranſmittitur. 3. qui agnoſcit legatum ſibi teſtamento relictũ, querelæ renuntiaſſe intelligitur, ut dicemus ad § *ſeq.* at non condictionem ad ſupplementum *l. ſi quando* § 1. *C. h. t.* Addo, ideo Iuſtin. in *pr. tit.* tantum exheredatorum & præteritorum meminiſſe, quia poſt introductam actionem ad ſupplementum, querela inſtitutis competere non poteſt.

Ad verecundiam naturæ.] Forte quia naturâ reverentiam & obſervantiam parentibus liberi debent; nec proinde decet eos temere proſilire ad impugnanda teſtamenta parentum & eos arguendos furoris. Atque ita valde reſtringitur ille color furoris, ad eum demum caſum, quo nihil penitus liberis relictum eſt. Et tamen qui nimis parum relinquit optimis liberis, & quidem ſimul eos exheredat, non valde officium pietatis obſervaſſe videtur, de quo in *pr. h. t.* Et non ſatis convenit, quod poſt in *N.* 115. *cap.* 3 conſtituit Iuſtinianus, ut parentes omnino neceſſe haberent inſtituere liberos; & ſi vel magnam partem bonorum reliquerint titulo ſingulari, teſtamentum voluit eſſe nullum. Ita numquam ſibi conſtitit Tribonianus.

Vſque ad quartam legitimæ partis.] A quo, aut qua Lege inducta ſit legitima & eius quantitas, non conſtat: ceteroquin quartæ iſtius legitimæ, jure noſtro frequentiſſima eſt mentio: portionis ſcilicet & eius quod ab inteſtato obveniſſet, quarta, ſive unus ſive plures ſint liberi. Ita ſi qui 400. in bonis habet, quatuor relinquat liberos, ſingulorum legitima conficit XXV. ut in *f.* § *ult.* docet Iuſtin. quod ſcilicet quarta bonorum inter plures liberos pro rata & virilibus portionibus diſtribuatur. Poſtea ea portio minor fuit viſa Iuſtiniano, eoque eam auxit in *Nov.* 18. ut pro numero liberorum ſit triens aut ſemis totius hereditatis: quod augmentum etiam ad parentes pertinere putant Dd. communiter hic & in §. *ult h. tit.* & *in auth. noviſſima Cod. h. t.* quamvis ſane Nov. tantum de liberis loquatur, & generalitas

Digitized by Google

tas *cap. 1. in f.* de variis perſonis liberorum accipi poſſit; & maior eſt ratio pro liberis quam pro parentibus per ſupradicta ad §.1. Sed non iniqua eſt ea communis opinio, contra quam fruſtra quis obnitatur. Nec multum obſtat, quod utraque pars actionis & ea quæ ad ſemiſſem non reperiat locum in parentibus, cum horum tot in ſucceſſione concurrere non poſſint, ut eis ſemis debeatur: ſufficit enim alteram partem quo ad trientem in eis locum habere. Sed an etiam fratrum legitimam auctam dicemus? Negant hoc communiter Interpp. Neque obſtat modo memorata generalitas *d. N. 18. cap. 1. in f.* quia recte accipitur de iis, qui omnimodo & ſimpliciter exhæredati aut præteriti impugnare teſtamentum poſſunt: hoc autem non poſſunt fratres, ſed tantum ex accidenti, odio heredis inſtituti, ſi ſit turpis perſona.

TEXTUS.

§. Si tutor nomine pupilli cuius gerebat tutelam, ex teſtamento patris ſui legatum acceperit, cum nihil erat tutori ipſi relictum à patre ſuo, poterit nihilominus nomine ſuo de patris inofficioſo teſtamento agere. Sed ſi econtrario pupilli nomine cui nihil erat relictum, de inofficioſo egerit, & ſuperatus eſt, ipſe tutor, quod ſibi in teſtamento eodem legatum eſt, non amittit.

COMMENTARIUS.

Qui legatum ex teſtamento accipit, hoc ipſo teſtamentum agnoſcere, & tacite querelam repudiare videtur, *l. ſi pars 10. §. 1. h. t.* neque enim ſimul conſiſtunt, legatum ex teſtamento accipere, & teſtatorem furoris arguere velle: quo facto & teſtamento reſciſſo, nihil ex teſtamento peti & deberi poſſet. *d. l. 10. & l. pen. § pen. h. t. l. poſt legatum 5. in pr. de his quibus ut ind. l. parentibus 8. inf. C. h. t. l. 8. § ſi conditioni 10. D. eod.* Et rurſus qui teſtamentum ut inofficioſum accuſavit, ſi ſuccumbat, legatum ſibi relictum petere non poteſt, quo cenſetur indignus, qui quantum in ſe eſt, teſtatorem ut furioſum inteſtatum facere voluit, de quo in *l. filius 22. ſin. & l. Papin. 8 § meminiſſe 14 h. t.* utrumque ſi quis proprio nomine id fecerit, legatum petierit, aut teſtamentum accuſaverit, nō ſi id alieno nomine fecerit *d. l. 10. §. 1. h. t.* & quidem ex officio neceſſario veluti tutorio *h. textu l. adverſ. 30 inf. h. t. l. tutori 22 de his quæ ut ind. & arg. d. l. 5 §. advocatum 13. eod.* ſecus ſi ultro & ſponte, veluti ſi advocationem præbuerit, *l. ult. in pr. h. t.* ubi tamen non ita in proclivi eſt, dare rationem differentię inter advocatum accuſatoris liberti, & advocatum accuſantis inofficioſum teſtamentum vel ex teſtamento petentis legatum. De illo enim reſponſum eſt in *l. cum 14. §. ſi patroni 8. de bon. lib.* patroni filium non removeri à petenda bon. poſſeſſione liberti, qui tamen removeretur ſi ipſe libertum accuſaſſet: & quæ ratio redditur in *d. l. 14 §. 9.* quod advocatus non accuſet, eadem videtur militare in *l. ult. h. t.* quod nec accuſet advocatus eius qui teſtamentum arguit inofficioſum. An *d. l. ult.* reſtringimus tantum ad caſum, de quo nominatim loquitur, ubi advocationem præbet exheredatus ei qui petit legatum, ut inde agnoviſſe & approbaſſe voluntatem defuncti videatur, & ob id ab accuſatione inofficioſi removeatur; quæ interpretatio facilius recepta fuit, favore teſtamenti: ut non idem procedat in altero caſu, & exheredatus qui adfuit alij accuſanti teſtamentum non protinus removeatur à petitione legati. An dicemus facilius amitti legatum propter accuſationem teſtamenti, tamquam à furioſo conditi, ob operam ſaltem advocando præſtitam quod factum odioſius eſt, cum & totum jus legati ſit ex teſtamento: quam amitti jus bonorum poſſeſſionis, quod cōpetit patrono & liberis ex edicto prætoris: & non alias quam ſi ipſemet patronus vel filius officio accuſatoris ſit functus. Quæritur etiam quæ ſit ratio differentiæ, & cur non amittat legatum qui teſtamentum arguit falſum aut alias non jure factum *leg. 4. in princ. de his quæ ut ind.* & rurſus qui accepit legatum poſſit adhuc teſtamentum falſum dicere *d. leg. 5. & leg. ſi teſtament. 24. eod. tit.* Ratio ſumitur ex *d. leg. 24.* quod hæc ſit diſputatio de jure, & non raro de facto aliorum: non de judicio teſtatoris, de quo ſolum tractatur in querela inofficioſi. Illud addo de advocato procedere, ſi ultro ſuſcepit officium: quod ſi enim ex officio jubeatur id præſtare, aliud ſane fuerit. Sed & hoc tutoris officium dici neceſſarium, ita ut maxime quis ultro ſuſcepit tutelam, imo etiamſi ſe excuſare potuerit, tamen hic dicta procedant: quod præſertim poſtquam ſemel id officium quis ſuſcepit, omnia ex fide facere cogitur, aut tenetur iudicio tutelæ.

TEX-

Digitized by Google

TEXTUS.

6\. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioſo agere non poſſit, ſive jure hereditario, ſive iure legati, vel fideicommiſſi, vel ſi mortis cauſa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in iis tantummodo caſibus, quorum mentionem facit noſtra conſtitutio, vel aliis modis, qui in noſtris conſtitutionibus continẽtur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum eſt, ut ſive unus fuerit, ſive plures, quibus agere de inofficioſo teſtamento permittitur, una quarta eis dari poſſit: ut ea pro rata eius diſtribuatur: id eſt, pro virili portione quarta.

COMMENTARIUS.

1 *Legitima quo titulo relinquenda.*
2 *An hodie titulo inſtitutionis.*
3 *Nudus inſtitutionis titulus.*

COnſtat ſi filius olim à patre nec inſtitutus, nec exheredatus fuiſſet, teſtamentum ipſo jure fuiſſe nullum in *princ ſup de exhered. lib.* Itaque vehementer falluntur, qui ex hoc §. colligunt ſufficere
1 ut filius acceperit olim legitimam † quocunque titulo, etiamſi exheredatus non fuiſſet. Sed enim præſupponi oportet teſtamentum eſſe validum, & rite exheredatum filium, ſi de patre queratur, ut relicta legitima ceſſet querela inofficioſi: nam mater ſalvo teſtamento liberos olim ſimpliciter præteribat. Et totus hic tractatus, ut ex pr. apparet, pertinet ad liberos Inique exheredatos aut præteritos: quæ iniquitas ceſſare putabatur, ſi liberi legitimam titulo quocunque accepiſſent. Et ita accipiendum eſt, quod ſcribitur in *l. Papinianus* 8. § *ſi quis* 6. *h. t.* cum ſecure teſtari, quod filio ſuo quartam mortis cauſa donavit: hactenus ſcilicet ut filius non poſſit agere querela, ſed ſi videlicet ſit legitime exheredatus. Quarta itaque excludit querelam: ſed an omnimodo & quomodocunque data & accepta? Et inprimis conſtat (nondum loquimur de iure quod introductum eſt per *Nov* 115. *c* 3.) ſufficere ſi teſtamento fuerit relicta, titulo legati vel fideicommiſſi. *h.* §. Amplius etiam ſi ab ipſo teſtatore tradita, & ſcilicet mortis cauſa donata fuerit *h.* §. *& leg.* 8. §. *ſi quis* 6. *& leg ſi non* 25. *h. tit.* quia hæc donatio inſtar legati obtinet, neque hic neceſſum eſt adiici, quod detur pro legitima. Quin & amplius inter vivos donatum ſufficit, modo hac lege datum ſit, ut imputetur in legitimam *d. leg.* 25. & tamẽ verbotenus tantum ita dicitur donatum inter vivos. Nam cum legitima non debeatur niſi demum poſt mortem, quiſquis ita donat, ut in legitimam aut quartam computetur, hoc ipſo mortis cauſa donare videtur: Ex quo forte non improbabile ſit, quod quidem putant (quos ſupra tamen non probavi) *d. leg* 25. eſſe à Triboniano interpolatam. Iuſtinianus autem hic ait, iis tantum caſibus donationem inter vivos imputari in legitimam, quorum mentionem faciat conſtitutio ipſius: nimirum in *l ſi quando* 35. §. 1. *& 2. Cod h. tit.* per quam ſane derogatur textui in *d. l.* 25. *D. h tit* hæc enim ſimpliciter imputat in quartam, & excludit à querela filium, ſi quid inter vivos ſub lege imputationis acceperit, ſed Iuſtinianus ita demum in *d. leg* 35. ſi patris judicium poſt eius mortem filius agnoverit, aut alias cum heredibus tranſegerit: ceteroquin ſi filius neutrum iſtorum fecerit, integrum jus ipſi permittit agendi contra teſtamentum patris, utcunque cum vivente adhuc patre aliter pactus fuerit: forte quia exiſtimavit ob reverentiam filij erga patrem, & poteſtatem patris in filium, quidvis poſſe impetrare & paciſci patrem. Sed hæc tamen ratio nulla eſt, ſi filio ſaltem ad ſupplementum actionem dediſſet. Et ipſe Iuſtinianus alia ratione utitur, quod meritis ſint provocandi liberi, non pactionibus adſtringendi. Quæ tamen & ipſa exigui momenti eſt, cum utiq; quibuſcunque aliis modis legitimam relinquendo eo jure filium à querela pater excludere poſſet. Illud autem omnino crediderim ſubintelligendum, ita filium non obſtante pactione poſſe impugnare teſtamentum patris, ſi & ipſe ab hac pactione diſcedat, & ſi ſuccumbat in querela, amittat, quod pater ei pro legitima vivus dedit. Aut an, quod de impugnando teſtamento dicitur, accipimus de actione ad ſupplementum? Ineptus autem hic eſt Pacius, qui annotat eſſe numerum ſingularem poſitum pro plurali, & non unam, ſed duas conſtitutiones intelligi, nimirum in *d. leg ſi quand.* & in *l. omnimodo* 30. *in f. Cod. h. tit* Etenim non agitur expreſſe in *d leg.* 30 de pecunia, ex qua militia empta eſt, donatione inter vivos in filium collata, & poteſt utique id aliis rationibus quoque &

modis fieri. Porro Cuiacius hic non intelligit *d. l. ſi quando Cod. h. tit* ſed *leg pen* §. 1. *Cod de collat.* ex qua apparet duobus caſibus donationem ſimpliciter conferri, primo ſi hoc expreſſe dictum ſit & adjectum, ſecundo, ſi quaſi in compenſationem dotis vel propter nuptias donationis, quam unus liberorum accepit in alterum collata ſit. Verum ita fiet inexplicabilis pene pugna inter *d. l. pen. Cod. de collat. & d. l. ſi quando Cod. h. tit* quia in hac Iuſtinian. non aliter vult filium excludi, quam ſi poſt mortem patris ejuſdem judicium agnoverit: ſed *d. leg pen. Cod de collation* conferri ſimpliciter vult donationem, quam hac Lege fecit pater. Et errat penitus Cujacius. Etenim propoſitionem hanc quidem veram eſſe agnoſco, quod quæcunque imputantur legitimæ & excludunt à querela, ea quoque ſint conferenda, quæ traditur id *d. leg. pen. in princ de collation.* At non itidem contra verum eſt, quod quæcunque conferuntur, eadem quoque in legitimam imputentur. Collatio enim eſt inter liberos venientes ab inteſtato, & facile admittitur, ut æqualitas ſervetur. At nos hic de exheredato filio & eo excludendo à querela agimus: quod odioſum eſt, & ob id à Iuſtiniano expreſſe conſtitutum, ut donatio inter vivos, etiam cum hac lege ut filio in quartam imputetur, filium tamen non excludat, niſi patris judicium poſt mortem ejus agnoverit.

Pergit Iuſtinian. *Vel aliis modis.*] Quæ verba non pertinent ad imputationem donationis inter vivos, ſed cohærent cum ſuperioribus quod etiam aliis modis præter legatum, fideicommiſſum, & donationem mortis cauſa liberi poſſint aliquid accepiſſe, iſ aut à querela excludantur: neque poſſunt hi alij eſſe modi, quam dotis aut donationis propter nuptias, quas imputari in legitimam conſtitutum eſt in *leg quoniam* 29 *Cod. h. titul & in leg. ut liberis* 17. *Cod. de collation* & proinde conſtitutiones, quarum hic mentionem facit Iuſtinian. in verbis *conſtitutionib. noſtris*, aut Codici poſteriori inſertæ non fuerunt, aut intelligendæ ſunt conſtitutiones aliorum Impp. quas Codici ſuo Iuſtinian. inſeruit: ſiquidem dd. ll. quas citavimus in *leg* 29. *Cod. h tit. & in leg.* 17. *Cod. de collation.* ſunt. Leonis & Zenonis: (neque, quod vitioſe notat Weſembec poteſt intelligi *l. ſi. quando* 35. §. 1. *Cod h. titul.* ut ex prædictis conſtat & Cujac. notat hic, verbum *noſtris*, in veteribus libris deeſſe.

Atque hæc ita jure veteri, ut quocunque titulo † etiam particulari accepta legitima excluderet li- 2
beros aut parentes à querela, quod jus ſecutus eſt Iuſtinian. hic & adhuc in *Nov.* 18. *cap.* 1. Communiſſime autem hoc creditur mutatum à Iuſtiniano per noviſſimam ſanctionem in *Nov.* 115. *cap.* 3. & 4. ubi Iuſtin. negat amplius ſufficere: ſi legitima exheredatis aut præteritis relinquatur titulo particulari, ſed vult eam vel partem eius) quo caſu ſupplementum agitur) relinqui titulo honorifico inſtitutionis: & in *cap.* eiuſdem Nov. conteſtatur, hunc eſſe ſcopum ſuum, ut à liberis & parentibus removeat injuriam exheredationis & præteritionis. Et liberis ſane & parentibus injurioſum accidebat, ſine ulla cauſa exheredari & præteriri poſſe relicta ſaltem legitima quocunque modo. Quod ſi adhuc liceat, ſequeretur, nec hodie exheredationis injuriam ceſſare. Et ob id probare non poſſum ſententiam Weſembec qui in § *ſed hæc* 3. *ſup. h. titul.* ita diſtinguit: quod aut pater non fecit teſtamentũ ſecundum *d. N.* 115. formam, & ſic licet nulla cauſa adſcripta exheredavit filium, & teſtamentum ipſo jure eſt nullum: aut obſervata forma exheredavit filium adſcripta legitima cauſa: & hoc caſu valere teſtamentum, & ſiquidem nihil reliquerit filio, agendum eſſe querela, etiam hodie, ſin aliquid vel etiam quartam reliquerit etiam hodie, excludi filium à querela, & illo caſu tantum ſupereſſe actionem ad ſupplementum. Hoc poſterius membrum omnino puto eſſe falſum, & contra expreſſa verba conſtitutionis, quibus vult Iuſtin. non ſufficere ut legitima relinquatur titulo particulari: quod ſane abſurde reſtringitur ad hunc caſum quo filius ſine cauſa ſimpliciter exheredatus eſt, tum quod ita adhuc maneret injuria exheredationis: tum præcipue, quod ita nullo negotio pater aut liberi fraudem poſſent facere conſtitutioni, & relicta quarta, & adſcripta cauſa, quæ in facto vel maxime falſa eſſet, excludere filium aut parentes à bonis ſuis, ſiquidem ut Weſembec. putat, ſimpliciter ſufficeret, cauſam adſcriptam & legitimam vel partem titulo particulari relictam eſſe, ut maxime filius eam falſam eſſe contenderet, nec unquam heres eam probare poſſet. Teneamus igitur communiſſimam ſententiam; utcunque pater aliquid reliquerit, & cauſam exheredationi adſcripſerit, filium tamen ad eam avertendam injuriam, aut, quod probant frequentius Dd. querelam inofficioſi inſtituere, aut quod olim dixit Martinus, & ego verius eſſe exiſtimo, officium judicis nobile

ſuper

Digitized by Google

ſuper declaranda nullitate teſtamenti ; & falſitate cauſæ implorare poſſe:& tum firmum demum manere teſtamentum, ſi filius portionem legitimam, vel partem inſtitutionis titulo † acceperit. 3 Sed obſervandum hic eſt, titulum inſtitutionis, quem omnino in *d. N.* Iuſtinian. exigit, magis in nudo nomine & titulo nudo, quam in re ipſa conſiſtere. Ita enim *d. N.* 115. *cap.* 5. conſtituit *in prin.* ut heredes nominatos eſſe filios ſufficiat, & ſubſiſtat teſtamentum, ſi certis rebus juſſi fuerint eſſe contenti, & ita in ſingulari re vel ſingularibus rebus inſtituti. Ratio autem juris hæc eſt, ut non ſit verus heres, qui coherede accepto ſimpliciter, aut in parte hereditaria ſcripto ex re ſingulari inſtitutus eſt, ſed pro legatario habeatur, ut ſupra ex *leg. quoties* 13. *Cod. de hered. inſtit* diximus ad § *hereditas* 7. *de hered. inſtitut.* Atquin ſi vere honorificũ titulum heredis Juſtinian. habere filium volebat, conſtituendum erat, ut minimum in parte aliqua aſſis hereditarij, ſaltem in uncia vel ſemuncia filius inſtitueretur. Verum, hoc ratio juris quidem vera exigebat, ſed ut diximus, neceſſario Iuſtinian. non exegit; & ita Dd. communiter ſatisfactum conſtitutioni putant, ſi filius vel in duobus imperialibus taleris fuerit inſtitutus; quo caſu ſolam actioni ad ſupplementum locum eſſe ſtatuunt per *d. Nov.* 115. *cap.* 5. *in prin.* neque vero poteſt dici heres revera, qui nullas actiones hereditarias exercet aut excipit & ita non repræſentat defunctum: ſed omnino ſicut dixi, filius ita inſtitutus, ubi alij in tota hereditate ſunt heredes, titulo tenus heres, reipſa legatarius tantum eſt. Atque ita etiam poſt conſtitutionem *d Nov.* 115. in rei veritate legitima titulo particulari relinqui poteſt: ſiquidem titulum & qualitatem ejus, non ex nomine nudo; ſed ex rei veritate, & ratione juris æſtimamus Itaq; recte & ſignanter Iuſtinian. in *d. cap.* 5. vult ſufficere; ſi liberi aut parentes heredes ſint NOMINATI; & excluſa ſolummodo exheredationis & præteritionis injuria: & ſic non tam rebus quam verbis Lex ſcripta eſt. Quod unice ſane notandum eſt; & putant Dd. relati ab Angelo hic, ſufficere etiam ſi dicat teſtator, relinquo filio centum pro legitima: ut pro inſtitutione habeatur: licet alij contra exiſtiment; requiri pro forma ut mentio fiat inſtitutionis. Et ita frequentius Dd. nam Baldus relatus ab eodem Angelo, exiſtimavit filium, qui ita accepit legitimam in rebus certis, alio dato coherede univerſali, pro inſtituto non haberi, quod ſcil. ſuadet ratio juris, ut diximus, ſed non requirit id Iuſtinianus: quem etiam ita frequentius acceperunt, & Chriſtophorus Porcius hic ut evitet objectionem ex *leg.* 13. *Cod. h. tit.* ait fallere illam regulam, quod inſtitutus in re certa, habeatur pro legatario, ubi alius heres eſt, in hoc noſtro caſu, odio querelæ, & favore teſtamenti. Sed eſt tantum color, & ita voluit Iuſtinianus.

Quod autem de quarta.] De ſententia hujus verſicul. dixi *ſup. h. tit. ad finem* § *ſed hæc* 3.

AD TITULUM XIX.

LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE HEREDUM QUALITATE ET *differentia.*

TEXTUS

1. Heredes autem aut neceſſarij dicuntur, aut ſui & neceſſarij: aut extranei. Neceſſarius heres eſt ſervus heres inſtitutus: ideoque ſic appellatur, quia ſive velit ſive nolit omnino poſt mortem teſtatoris, protinus liber & neceſſarius heres fit, unde qui facultates ſuas ſuſpectas habent, ſolent ſervum ſuum primo aut ſecundo, etiam gradu ulteriore, heredem inſtituere, ut ſi creditoribus ſatis non fiat, potius bona ejus heredis, quam ipſius teſtatoris à creditoribus poſſideantur, vel diſtrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo, commodum illud ei præſtatur, ut ea quæ poſt mortem patroni ſui ſibi acquiſierit, ipſi reſerventur. Et quamvis non ſufficiant defuncti bona creditoribus, iterum tamen ex ea cauſa res ejus, quas ſibi adquiſierit, non veneunt.

COMMENTARIUS.

ANtequam tractatum de hereditatibus concluderet Iuſtinian. viſum fuit ei corollarij quaſi loco, de heredum qualitate & differentia accuratius tractare: quæ præcipue ſpectatur in modo adqui-

adquirendæ hereditatis, in quo effectus teſtamenti conſiſtit.

Heredes autem.] Diſtinctio eſt ex jure civili: nam ex jure prætorio, ſui ſunt voluntarij, propter jus abſtinendi; ſervi autem jure quoque prætorio neceſſarij ſunt. Poteſt autem binis membris diſtinctio fieri ex jure civili: quod heredes vel ſunt voluntarij vel neceſſarij: & hi vel tantum tales vel ſui ſimul: & inter extraneos & neceſſarios non videtur recta eſſe oppoſitio: niſi ſub neceſſitate domeſticitatem (ut ita loquar) comprehendamus, aut ſubintelligamus.

Neceſſarius heres eſt ſervus.] An neceſſitatem ita accipimus, quod ſervus adire omnino cogatur hereditatem; an quod ipſa poteſtate juris fiat & exiſtat heres citra ullam aditionem? pro illo facit, quod utiq; in ſervo nihil tale eſt, propter quod ſtatim ipſo jure exiſtere poſſit heres. Sed hoc poſterius tamen verius eſt, primo quia quoad qualitatem neceſſitatis confertur ſervus cum liberis, qui jure civili hoc reſpectu & effectu dicuntur neceſſarij, quod efficiuntur heredes poteſtate juris: licet & ſuitas aliquid hic faciat, ſecundo quia nemo præciſe ut adeat hereditatem cogi poteſt, cum hoc facti ſit *l. 3. in fin. Cod. de hered. inſt.* itaque ut ſervus eſſet obſtrictus creditoribus hereditariis, heredem eum ipſo jure conſtitutum oportuit. Tertio hanc ſententiam textus probant tres; quorum unus eſt in h. §. ubi protinus poſt mortem teſtatoris ſervus liber & heres fieri dicitur. Alter in *l. neceſſariis 57 §. ultim. de adqu. hered.* ubi negatur ſervo facultas abſtinendi, quæ præſupponit ipſo jure factum heredem. Tertius in *leg. furioſus 63. eod. tit.* ex qua furioſus ſervus, (qui adire ſane non poteſt) dicitur fieri domino neceſſarius heres. Et omnino competit ſervo huic ſimul hereditas & libertas: hanc autem habet ipſo jure à morte teſtatoris, & eam à ſeipſo accipere dicitur *leg. ex parte 58. de adquir. hered.* nec enim à domino jam mortuo eam vere loquendo accipere dici poteſt: licet ejus & orcinus libertus alia conſideratione dicatur. Procedit hoc in eo ſervo, qui libertatem debet ſoli beneficentiæ teſtatoris: quem adeo quis juſſus manumittere per fideicommiſſum, inſtituit heredem, nam fit ei neceſſarius heres *l. ſi ſervus 84. in prin. de hered. inſtit.* Idemque in aliis ejuſdem generis & conditionis ſervis juris erit ex ratione *d. leg. 84.* Quod autem & ſervus heres neceſſarius fiat, neceſſe ſit, ut utrumque & libertatem & hereditatem habeat ex ipſo teſtamento, diximus ad *§. ſervus 4. ſup. de hered. inſt.*

Unde qui facultates.] Notat utilitatem præcipuam hujus rei, de qua diximus ſup. *libr. 1. ad §. 1. Qui & ex quib. cauſ. manum. non poſſ.* ceteroquin eſt id generale, ut ſervus ſit neceſſarius heres, licet maxime etiam dominus ſit ſolvendo.

Pro hoc tamen incommodo.] Quod videlicet poſitum eſt in injuria, quam ſervus patitur ex bonorum diſtractione vel poſſeſſione. Quæ tamen videtur potius imaginaria & putativa, quandoquidem in rei veritate conſtat, debita à ſervo contracta non fuiſſe.

Illud commodum.] Duriuſculum fuiſſet, ſi etiam in bona, ſi quæ ſervus poſt mortem domini ſui & patroni ſibi quæſiviſſet, creditoribus jus diſtrahendi permiſſum fuiſſet. Ea itaque ſeparat & retinet ſalva h. §. Quæ ſeparatio ita ei conceditur, ſi non immiſcuerit ſe bonis patroni, nec ea attigerit *leg. 1. §. ult. de ſeparationib.* ubi, quod notandum eſt, ſervo etiam conſervatur, quod ei patronus debuit; inſigni humanitatis ratione, cum utique non poſſit aliud niſi naturaliter debitum fuiſſe: & quod tamen nec vere ita debitum eſt, *leg. nec ſervus 41. de peculio.* & imo revera ipſius domini, cum ſervus nihil habere poſſit. Adeoque ut accipimus debitum cum de actione peculij quærimus, ita ad eum modum, debitum in *d. leg. 1 § ultim. de ſeparat.* accipi fatendum. Et igitur ſeparatione facta ſervi bona poſt quæſita non diſtrahantur. Cui non obſtat quod hic dicitur, bona heredis diſtrahi: quia teſtatoris bona quæ fuerant, jam ſunt heredis.

TEXTUS

2. Sui autem & neceſſarii heredes ſunt: veluti filius, filia: nepos, neptisve ex filio, & deinceps ceteri liberi, qui in poteſtate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptiſve ſui heredes ſint, non ſufficit, eum eamve in poteſtate avi mortis tempore fuiſſe: ſed opus eſt, ut pater ejus vivo patre ſuo deſierit ſervus heres eſſe: aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patris poteſtate: tunc enim in locum patris ſui, nepos neptiſve ſuccedit: ſed ſui heredes ideo quidem appellantur, quia domeſtici heredes ſunt, & quoque vivo patre quodammodo domini

Digitized by Google

mini exiſtimantur. Unde etiam ſi quis inteſtat⁹ moriatur, prima cauſa eſt liberorũ in ſucceſſione. Neceſſarij vero ideo dicuntur, quoniam omnino ſive velint ſive nolint, tam ab inteſtato, quam ex teſtamento ex L. XII. tabb. heredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abſtinere hereditate, ut potius parentes, quam ipſorum bona ſimiliter à creditoribus poſſideantur.

COMMENTARIUS.

1 *Sui heredes qui & unde dicti.*
2 *Suitatis effectus.*
3 *Neceſſitas in ſuo quomodo tollatur.*

DE ſuis aliquid diximus ad § *poſthumorum ſup. de exhered. lib.* Prorſus ſui ſunt, qui tempore quo teſtator moritur, proximum gradum in familia & poteſtate ejus obtinent: in poteſtate enim eſſe non ſufficit, ut hic docet Iuſtin. exemplo nepotum quos pater præcedit: qui licet in poteſtate avi ſint, ſui tamen non ſunt, ſed efficiuntur ſui, ſi pater qui præcedit, morte vel emancipatione ſuus eſſe deſierit: tum enim ſubintrando locum patris jura ſuorum heredum nanciſcuntur, *d. § poſthumorum. junct. l. 7 unde lib. §. ſui 2. inſ. de hered. ab int.* & omnino in eo ſtatu manentes avo ſui heredes exiſtunt: Et tamen cum hodie emancipati liberi ab inteſtato ſuccedant N. 118. *cap.* 1 utique præferentur liberis ex ſe natis & in poteſtate retentis: neque adeo quo ad effectum ſuccedendi ab inteſtato poterunt nepotes in locum parentũ ſuccedere. Et ita neceſſario quo ad hunc effectum impedietur ſuitas: ceteroquin qui ſuum habet heredem, alium habere non poteſt ab inteſtato. Et olim nepos cum patre emancipato conjungebatur *t. 8 de conjung. cum emancip. lib.* quod edictum procul dubio hodie ceſſabit.

1 *Sed ſui quidem.*] Notant quidem, † ſuos dici heredes, quaſi qui ſibi ipſis ſuccedant, cum vivo patre quodammodo videantur domini, & eo mortuo non tam adquirere, quam potius liberam adminiſtrationem adipiſci: quæ ita dicuntur ad effectum continuationis *h § & l. in ſuis 11 de liber. & poſtum.* Et poteſt ita accipi ratio à Iuſtin. hic reddita, quod ſui heredes appellentur ita tamquam domeſtici; verbo nimirum domeſtici ſtrictiſſime accepto. Et adpoſite ad hanc rem JCtus in *l. cum ratio 7. in pr. de bon. damn.* quod ad debitam ſucceſſionem liberi vocentur, & quod propter hoc ſuorum heredum nomen jure civili habeant: & eodem ſenſu in *l. 1. §. largius 12. de ſucceſſ. edict.* ad bona pene propria venire dicuntur: Nimirum ipſum jus naturæ de quo in *d. 17.* cauſa fuiſſe in parte videtur, ut ita jus civile ſtatueret, ſed jus civile etiam de ſuo addidit: ceteroquin jure naturali emancipati non minus liberi ſunt: quamvis & iure gentium dimiſſio liberorũ ex poteſtate aliquid operari videatur. Optime facit, quod Cujac. hic notat ſuos heredes eſſe Græcis *αὐτοκληρονόμους*, ex quo nõ adquirere ſed retinere bona dicuntur *l. ſi patronus 12 §. ult. de bon. liber.* & ſeſe immiſcere & exiſtere heredes, quod Græci *ἀναφαίνεσθαι* appellant. Aut an forte propter ſummam conjunctionem cum patre, & quod, ut dixi, maximo & optimo & jure bona patris eis debentur patri ſui, & quaſi proprij hæredes dicuntur, Græci, *οἰκεῖοι* & *οἰκειακοὶ* hæredem vocant. Suorum autem appellationem eſſe ex L. 12. tabb. probat *l. liberorum 220. de V. S.* & confirmat *Cujac. ad Vlpian. tit. 26 de legit. hæredit.* ubi Legem 12. tabb. quæ eſt ibi relata, recte ita reſtituit: *At ſi inteſtatus moritur, cui ſuus hæres nec exſtabit, agnatus proximus familiam habeto.* Effectus † ſuitatis 2
iſtius eſt, ut liberi fiant hæredes etiam ignorantes, citra ullum factum, & ob id mortui antequam ſciant patrem obiiſſe, hæreditatem paternam acquiſitam ſibi ad quoſcunque hæredes tranſmittunt *§. ſui autem 1. infr. de hæredit. ab int. l. 3. l. licet 8. Cod. de iur. delib.* Hæredes ita fiunt ignorantes, & adeo domini; poſſeſſio autem quæ facti eſt, ita non tranſit nec in ſuos, contra quam Interpp. plerique vulgo putant: quorum opinio jam diu exploſa & confutata eſt, per *l. cum hered. 23. in pr. de adq poſſ.* neque enim plus præſtat exiſtentia in ſuo, quam aditio in extraneo: & oſtenſum quam inepte adducatur *l. 2. §. ult. pro hær.* quippe cum res ibi filio ex cauſa donationis à vivo patre tradita fuerit: cujus hic adeo poſſeſſionem naturalem tenet.

Vnde etiam.] Ex jam relata L. 12. tabb. apparet, quod primo ſuis deinde agnatis deferatur hæreditas. Hodie tamen poſt *N* 118 *cap.* 8 cum ſuis ab inteſtato etiam vocantur emancipati: ſicut & olim vocabantur jure prætorio. Itaque quod hic dicitur, ad ius civile, & quidem antiquum pertinet; & de tota hac re agitur plenius *infr. de hæred. ab int.* Nam & hoc ut ſui primum vocentur, ad ſuc-

Digitized by Google

ſucceſſionem ab inteſtato reſtringit hic quoq; Juſtinian. Teſtamento autem facto poteſt pater & maxime ante N. 115. *cap.* 3. potuit exhæredato filio vel aliis liberis, quoſcunque hæredes inſtituere, poteſtate ejuſdem L. 12. tabb. quæ & ad inteſtati ſucceſſionem primo vocavit ſuos & teſtandi liberrimam dedit civibus poteſtatem.

Neceſſarij ideo.] Hoc ex jure civili commune habent cum ſervis, ut neceſſario exſiſtant hæredes; quod ex jure poteſtatis natum videtur, quod apud Romanos ſummum fuit in liberos: ut ſicut dicitur, ſive velint, ſive nolint, ſint hæredes tam abinteſtato quam ex teſtamento, ex *L. 12. tabb.* quæ verba extant & in vulgatis editionibus, eaque agnoſcunt Viglius & Baro, neque improbat Hottom. Neque ſufficiens ratio eorum expungendorum videtur eſſe, qua Cujac. & ex eo Pacius (qui ea itidem omiſit) moventur: quod neceſſitas ea non ſit ex 12. tabb. ſed ex patria poteſtate, arg. *l. 5. de condit. & dem.* conſtat enim quod Legem veterem Romuli, qua poteſtas ſumma & jus vitæ & necis patri in liberos datum fuit, Decemviri in tabulas & Leges ſuas retulerint, ut latius egimus ſup. *ad tit. de pat. pot.* Theophilus iſta verba retulit ad illud, quod paulo ante dicitur, in ſucceſſione ab inteſtato primam eſſe cauſam liberorum: quod 12. tabb. ſancitum fuiſſe paulo ante retulimus; itaque transferenda illa verba non expungenda eſſent; ſi poſteriori huic ſententiæ non quadrarent: ſed enim quadrare probavimus: cum præſertim à Triboniano tanta accuratio non ſit requirenda.

3 *Sed his prætor permittit.*] Scilicet jure † civili omnino tenentur creditoribus hæreditariis *l. neceſſariis 57. in pr. de adq. hæred.* Sed prætor conceſſit ipſis, ut abſtinere poſſent & ita liberari à creditoribus paternis, h. §. Ratio eſt in *l. paterf. 28. de bon. aut jud. poſſ.* quod prætor parcendum duxerit pudori filij, ut patris potius quam ipſius filij bona veneant: & ita infamia iſta potius redundet in defunctum; contra quam ſuadebat rigidum illud & ſummum jus poteſtatis, quod pater ex Legibus & moribus in filium habebat. Idem tribuitur proconſuli in *d. l. 57 de adquirend. hæredit.* quia eſt ex libris *Caij ad edictum provinciale.* Permittit prætor abſtinere & quidem *ABSTINERE,* & amplius, ut hic dicitur, *Volentibus illis*: Quæ arguunt neceſſitatem tantum ſublatam eſſe per prætorem, non ſuitatem; quæ etiamnum in effectibus paulo poſt relatis ſpectatur, *fac. l. neceſſ. 57. in prin. de adquir. hæred.* ibi *ſi velint relinquere hæreditatem*, & in §. *ſui infr. de hæred. ab int.* ait ſimpliciter Imp. quod exiſtant hæredes, ignorantes; & quod ignorantes obligentur actionibus hæreditariis *l. 2. de condict. furt.* & ſuitas in pleriſque favorem filiorum concernit; nocere autem liberis, eſt præter intentionem prætoris. Obiicitur *l. filio 87. junct. l. nam nec 89. d. leg. 1.* Ubi dicitur jure prætorio, perinde eſſe ac ſi filius liberum arbitrium acquirendo hæreditatis haberet. Ego ita ſtatuo, quod prætor omninò non ſuſtulerit effectum juris civilis, nec effecerit, quo minus poteſtate juris civilis exiſtat ſuus hæres: Sed qua filius utitur jure prætorio, hactenus eum pro ſuo non haberi, & tunc effectum ſuitatis ſublatum cenſeri; Effectus in eo eſt, quod filius non declarato animo ſuo & etiam ignotans patrem mortuum, decedens, poteſtate juris civilis ut hæres factus transmittat hæreditatem patris. An autem jure civili quoque tollatur iſta neceſſitas, aut ſuitas, per dationem vulgaris ſubſtituti, aut exhæredationem, tractavimus ſupra *de pup. ſubſt. ad prin. ad & §. non ſolum 4.* Ejus porro quod diximus jure prætorio non tolli ſuitatem, hic effectus eſt, amplius, ut licet abſtinente ſe filio nuda quoque exiſtentia citra immiſtionem confirmentur tabulæ pupillares, ut ſupr. *ad tit. 16.* oſtendimus, & ſuſtineantur libertates *l. ſciendum 32. de man. l. teſt. cum quaſi 30. §. ſed & ſi 10. de fideicom. lib.* Ubi hac ratione utitur Juriſconſultus, quod non ſit ſine hærede, qui ſuum hæredem habet, licet ſe abſtinentem, itemque facit, ut confirmetur fideicommiſſum univerſali, & ſcilicet filius, qui rogatus fuit à patre reſtituere hæreditatem, id recte facere poſſit, licet ſe non immiſcuit *l. ita tamen 27. §. ſi pater 3. ad SC. Trebell.* quamvis forte fideicommiſſarius majoris ſecuritatis & cautionis cauſa, ut tanto certius tranſeant actiones, ex cauſa impetrare poſſit, ut filius ſe immiſceat & reſtituat: quo refero textum in *leg. recuſare 6. §. 2. ad SC. Trebell.* cui addo quod filius in *d. l. 6.* noluit reſtituere, ut perinde coactione prætoris hic opus ſit, qui abſtinentem non habet pro hærede. Particularia relicta non ſuſtinentur *l. 1. §. ultim. ut in poſſ. legat.* Hinc etiam fit, ut licet pupillus ſe abſtineat bonis paternis, tamen nihilominus poteſtate juris civilis, cum bonis v. c. pupilli cenſeatur conjuncta hæreditas patris, quoad alios effectus, ita ut ſubſtitutus pupillo, in pubertate defuncto, bona patris à bonis pupilli ſeparare non poſſit, ut diſputat Juriſconſultus in *l. paterfam. 28. de rebus auth. jud. poſſ.* quamvis diverſum alijs placuiſſe, ap-

ſe, appareat ex *l. Iulianus 42. de adquir. hæredit.* Hinc etiam non pauci, & inter eos Ioh. Fab. hic cenſent, contra ſuum hæredem in dubio fundatam eſſe intentionem creditorum hæreditariorum, & filio incumbere probationem: quod abſtinuerit ab hæreditate, licet contrarium communius receptum teſtentur *Angel. Weſembec. & Mynſ. hic,* Bart. in *l. ſi filius 12. de vulg. ſubſtit. n. 5. & 6.* creditoribus neceſſe eſſe probare, quod filius ſe immiſcuerit; ex hoc præcipue fundamento, quod pro beneficio abſtinendi non neceſſe habeat filius adire prætorem, ſed illud ex edicto prætoris ita conceſſum ſit, ut competat liberis ipſo jure, citra decretum & cognitionem cauſæ *d. l. fil. 87. & l. 89. de legat. 1.*

Vt potius parentis.] Hoc eſt quod ante diximus ex *l. paterfamilias 28. de bon. aut. iud. poſſid.* quod prætor pareat pudori filij; qui tamen ſervi pudori non pepercit, nec jus abſtinendi ei dedit. Rationem reddit Theophil. quod ex duobus, quorum uterque paris conditionis, & v. c. uterque ingenuus eſt, præſtet defunctum ſuſtinere ignominiam potius, quam viventem. Et quid igitur ſibi hic vult verbum *ſimiliter*, dum ait Iuſtinian. ut potius parentis quam filiorum bona *ſimiliter* à creditoribus poſſideantur? cum alia liberorum ſit ratio, alia ſervorum, de quibus egit in *§. præceden.* Nullam video ſimilitudinem, niſi quod defuncti bona utrobique poſſidentur: ſed hic defuncti nomine, illic nomine hæredis, quæ potius diſſimilitudo eſt, adeo magis eſt, ut verbum *ſimiliter* abundet hoc loco; & vix bonum habeat ſenſum.

TEXTUS.

5. Ceteri, qui teſtatoris juri ſubditi non ſunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi quoque noſtri, qui in poteſtate noſtra non ſunt, hæredes à nobis inſtituti, extranei hæredes nobis videntur. Qua de cauſa & qui hæredes à matre inſtituuntur, eodem numero ſunt: quia fœminæ in poteſtate liberos non habent. Servus quoque à domino inſtitutus hæres, & poſt teſtamentum factum ab eo manumiſſus, eodem numero habetur.

COMMENTARIUS.

Tribus propoſitis hæredum ſpeciebus in *princ. tit.* cum perſonæ h. §. enumeratæ, non ſint neceſſarij, nec item ſui & neceſſarij, relinquitur neceſſario eas eſſe extraneas hæredes. Et ita ſane eſt, ſi extraneitatem, (ut ita loquar) æſtimemus ex eo, quod quis libere adire & repudiare hæreditatem poteſt, idque jure quoque prætorio: nam & emancipati, qui jure prætorio inſtituendi, aut exhæredandi erant, juxta § *emancipatos. 3. ſupr. de exhæred. lib.* ipſo tamen jure prætorio non efficiebantur hæredes, ſed bonorum poſſeſſionem contra tabulas libere omittere poterant, ſi præteriti à patre fuiſſent; Ceteroquin verbum extranei, aut non extranei latius ſumi poteſt. Et ab inteſtato ſi diſputamus, quicunque à Lege ad ſucceſſionem inteſtati vocantur, poſſunt latiore vocabuli acceptione, non extranei dici, quo ſenſu *Caius lib. 2. Inſtit. tit. 3. de exhæred. lib. in fin* eſſe dicit extraneos hæredes, qui nullo propinquitatis gradu teſtatori junguntur. Sed ſane appellationem fateor hanc paulo eſſe abuſivam.

Magis poſſunt dici ij non extranei, hæredes, qui ſunt ex deſcendentibus *l. 1. Cod. de impon. lucr. deſcr.* & omnino, qui teſtamento per præteritionem, aut exhæredationem excluſi jus impugnandi teſtamentum, civili, aut prætorio jure habent. Hoc ſenſu emancipati, qui & exhæredati querelam inofficioſi, & præteriti, jure prætorio bonorum poſſeſſ. contra tabb. habent, non poſſunt dici extranei hæredes omnimodo: ſed nec liberi reſpectu matris, à qua præteriti impugnare per querelam teſtamentum, & imo hodie *poſt N. 115 cap. 3.* id dicere poſſunt nullum. Amplius emancipati, qui per *N. 118. cap. 1.* ab inteſtato cum ſuis concurrunt, non poſſunt amplius inter extraneos hæredes ſimpliciter referri. Eadem ratione parentes quoque, qui præteriti inofficioſi querelam, & hodie ex *d. N. 115. cap. 4.* jus dicendi nullum habent, non poſſunt ſimpliciter extranei hæredes liberorum videri. Quin porro conſtitutio Theodoſij jam ante Iuſtinian. in *l. un. Cod. de his, qui ant. ap. tabb.* ſuitatis effectum hunc dedit liberis quibuſcunque in ſucceſſione matris etiam, (quo argumento idem recte defenditur in emancipatis) ut ſucceſſionem ſive hæreditatem ignorantes quoque, adeo nec agnitam ad poſteritatem ſuam, liberos transmittant; quæ res facit, ut non

ſimplic ter extranei, ſed mixti quaſi generis hæredis videantur appellandi. Quæ ſane pro limitatione, & explicatione hujus §. notanda ſunt.

Liberi haredes à nobis inſtituti.] Cur dum loquitur de emancipatis, facit mentionem inſtitutorum? nã utique ab inteſtato jure prætorio ſuccedunt. Puto ideo factum, quia loquitur hic de jure civili, quo olim emancipati ab inteſtato nullo modo ſuccedebant: Sed tantum inſtituti; & extranei hoc caſu erant, juxta eum ſenſum, quo hic diximus extraneos appellari, qui videlicet non fiunt hæredes juris poteſtate, ſed adire, aut repudiare hæreditatem poſſunt. Ceteroquin non omnino hactenus ſunt extranei, quod juxta *l. un. Cod. de his qui ant. ap. tab.* hæreditatem non aditam etiam ignorantes ante defuncti ad liberos ſuos tranſmittunt. Etenim cõmunis magis & vera eſt Dd. ſententia *in d. l. un.* quod conſtitutio ea pertineat quoque ad emancipatos; neque ratio differentiæ idonea inter matris liberos & emancipatos dari poteſt; licet enim in emancipatione factum patris & filij conſenſus interveniat, manent tamen naturâ liberi, & vero fundatur d. conſtitutio in æquitate & ratione naturali. Alias communis eſt ſententia, quod emancipati licet hodie poſt *N. 118 cap.* 1. ab inteſtato ſuccedant cum ſuis, tamen non ſuccedant ut ſui, ſed aditione opus habeant; nec citra eam tranſmittant hæreditatem, nimirum ad quoſcunque hæredes; omnino enim per *d. l un.* excipiendi ſunt emancipatorum liberi, in quos ſimpliciter trãſmiſſio fiat hæreditatis.

Qui heredes à matre inſtituuntur.] Eadem hic repetenda ſunt, quæ de emancipatis à patre inſtitutis modo diximus.

Servus quoque.] De hoc actum eſt in § *ſervus autem 4. ſup. de hæred. inſt.*

TEXTUS.

4. In extraneis hæredibus illud obſervatur, ut ſit cum eis teſtamenti factio, ſive hæredes ipſi inſtituantur, ſive ij, qui in eorum poteſtate ſunt: id duobus temporibus inſpicitur: teſtamenti quidem facti tempore, ut conſtiterit inſtitutio: mortis vero teſtatoris, ut effectum habeat: hoc amplius & cum adit hæreditatem, debet eſſe cum eo teſtamenti factio: ſive pure, ſive ſub conditione inſtitutus ſit: nam jus hæredis eo tempore maxime inſpiciendum eſt, quo adquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum teſtamentum, & mortem teſtatoris, vel conditionem inſtitutionis exiſtentem, hæredi mutatio juris non nocet: quia ut diximus tria tempora inſpici debent. Teſtamenti autem factionem non ſolum is habere videtur, qui teſtamentum facere poteſt, ſed etiam, qui ex alieno teſtamento, vel ipſe capere poteſt, vel alij adquirere, licet non poſſit facere teſtamentum. Et ideo furioſus & mutus, & poſtumus, & infans & filiusfamil. & ſervus alienus teſtamenti factionem habere dicuntur. Licet enim teſtamentum facere non poſſint, attamen ex teſtamento, vel ſibi, vel alij adquirere poſſunt.

COMMENTARIUS.

1 *An duo, an tria tempora inſpiciantur.*
2 *An diverſum ſit tempus mortis & aditionis.*
3 *Quid in ſuis hæredibus.*
4 *Quid in caſu ſervi inſtituti.*
5 *Teſtamenti factio paſſiva.*

QUoniam, ut *ſup. ad pr. tit.* diximus, præcipue de ratione adquirendi hæreditatem tractatur, merito hic docet Iuſtin. quo tempore, vel quibus temporibus hæredem ſcriptum oporteat eſſe capacem, ut adquirere hæreditatem poſſit. Et ait, ſpectari duo † tempora teſtamenti facti, & mortis teſtatoris; ſed mox adjicit & tertium, de quo dubitari non poterat, adeundæ hæreditatis. Ita enim accipiendum eſt, quod ait, dum *ADIT* hæreditatem, id eſt, cum vult, aut debet adire, & cum de adeunda hæreditate agitur; alias implicaret contradictionem, eum adire hæreditatem, qui eſt incapax. Atque ita etiam Juriſconſultus in *l. 49. ſi alienum §. 1. de hæredit. inſt.* quod tamen videbitur alicui factum inſubtiliter; ut dicamus duo tempora inſpici, & mox addatur tertium; cum longe expeditius eſſet dicere, & rectius, quod

quod tria tempora inſpiciuntur, facti teſtamenti, mortis adeundæ hereditatis: primum, ut conſiſtat inſtitutio, ſecundum, ut confirmetur: tertium ut habeat executionem, quod Angelus hic notat. Sed eleganter, ut puto dicemus, propterea
2 hoc factum, quod duo illa † tempora inſpiciuntur ſemper, & ſemper invicem ſunt diſtincta, non itidem & illud tertium, ſed tum demum, cum ſub conditione heres eſt ſcriptus. Exiſtimo enim omnino: ubi inſtitutio conditionem non habet, ſed pura eſt; mortis & adeundæ hereditatis tempora non eſſe diſtincta, & ſi pure ſcriptus mortis tempore teſtatoris capax non ſit, quo tempore ſtatim deberet ei hereditas, eum adire non poſſe, licet poſtea efficiatur capax. Sed idem tamen eſt in conditionali inſtitutione ut dicemus Pag. ſeq. Et illud omnino verum eſt, quod qui non eſt capax tempore mortis, non poſſit ullo modo adquirere hereditatem. Sed ideo tertium tempus adiicitur, quod ſi poſt mortem aliquid ſuperveniat heredi pure inſtituto: ille tum non poſſit adquirere hereditatem: licet aliquanto tempore poſt rurſus fiat capax, quod veriſſimum puto: & adeo adhuc ſufficiunt hic duo tempora inſpecta, nam fruſtra quæritur an adquirere poſſit hereditatem qui incapax eſt, & media tempora tantum ſunt inter teſtamentum & mortem, quæ non nocent, & inter teſtamentum vel etiam mortem, & conditionatam inſtitutionem. Ubi enim pure inſtitutus tempore mortis eſt aut poſt fit incapax, nihil amplius exſpectamus. Hinc in ſumma videatur inſubtiliter illud de tertio tempore adiici, ſive pura ſit inſtitutio ſive conditionalis, ſed ſcilicet in hac inſpicitur tempus exiſtentis conditionis inſuper. Et huc facit, quod mox dum media tempora nocere negat Juſtin. ait, non nocere media tempora inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris, item inter mortem teſtatoris, conditionemque inſtitutionis exiſtentem: ceteroquin dixiſſet & dicere debuiſſet ſimpliciter non nocere tempora inter mortem teſtatoris & aditionem. Facit, quod tempus aditionis conjungitur cum tempore mortis. Et quamvis dici poſſit hoc non eſſe veritatis, ſed fictionis, ne umquam teſtator ſine herede fuiſſe videatur; & in rei veritate iſta tempora eſſe diſtincta, attamen nulla ratio ſuadet, imo ratio non permittit, ut hæc tempora quo ad hunc effectum diſtinguamus, cum nulla juris ratio impediat, quo minus recta & ſtatim fiat aditio, ſed tantum ad deliberandum ſpatium dari ſoleat, quod ſecus eſt, ubi inſtitutio habet conditionem. Facit, quod ſi in caſu inſtitutionis puræ, diſtinguamus tempus mortis & aditionis, ſequeretur in caſu inſtitutionis conditionalis inſpiciendum eſſe tempus conditionis exiſtentis & aditionis, & ita quatuor tempora, quia exiſtens conditio purificat inſtitutionem. Iſtud autem nuſquam traditum eſt, ſed omnino ubi conditionalis inſtitutio eſt, ſpectatur tempus teſtamenti, mortis, & exiſtentis conditionis, per hunc ipſum textum. Nec quidquam obſtat *l. verum 5* *de manum. teſt. m.* ubi favore libertatis, ſufficit ſervum rurſus factum hereditarium, ante aditam hereditatem, licet adhuc eſſet alienus, cum teſtator moreretur.

Ait autem Juſtinianus in pr. hujus §. in extraneis iſta duo ſive tria tempora ſpectari. Et quid igitur † in ſuis? Et conſtat utique in his non poſſe diſtin- 3
gui tempus mortis & adquiſitæ hereditatis, quoniam illo ipſo puncto quo pater moritur, exiſtunt heredes etiam ignorantes. Verum juxta ea quæ diximus, non erit hactenus differentia inter ſuos & extraneos: Prætèrquam quod ſui & quidem filii non poſſunt ſcribi heredes ſub conditione caſuali, ut tractavimus *ſup. de hered. inſtit.* utique autem debent eſſe & hi capaces tempore inſtitutionis & mortis, quin hæc in ſuis eſſe videtur inepta quæſtio, cum non poſſit eſſe filius civis Romani, qui non idem ſit capax. Illud quæri poteſt, an neceſſe ſit, ut utroque tempore ſint ſui. Quod videtur affirmandum, eo argumento, quod poſtumus is dicitur recte inſtitui, qui ſi tempore teſtamenti facti naſceretur, inter ſuos futurus eſſet teſtatori. Sed ut ita ſit in poſtumo, ſuo, cujus inſtitutio favorabiliter admiſſa eſt; ceteroquin contrarium verius eſſe ex eo manifeſtum eſt, quod ſupra diximus ad § 1. *quib. mod. teſt. infirm.* ſi quis inſtituerit extraneum, & poſt teſtamentum eum in filium arroget, teſtamentum non rumpi, cum ſe reperiat inſtitutum; hic enim tempore mortis demum ſuus eſt, neque hoc ad capacitatem heredis, ſed tantum ad qualitatem pertinet. Et notant Interpp. in ſuis jus ſatis liquidum eſſe, proinde nihil neceſſarium fuiſſe, in ſpecie de illis admonere. Ab inteſtato porro ſpectatur tempus mortis: niſi teſtamentum factum aliquanto tempore poſt deſtitutum & ad nihilum redactum ſit, tum enim ſpectatur hoc ipſum tempus deſtituti teſtamenti, juxta §. *cum autem 7. infra de hered. ab inteſt.* Sed redeundum nobis eſt ad ſuperius de temporibus quæ inſpiciantur in extraneis heredibus, ſive pura ſit

inſtitutio, ſive conditionalis, res enim non ſatis eſt extricata. De inſtitutione pura repeto quod ante dixi, & omnino contendo, neceſſum eſſe, ut duobus temporibus ſit capax heres, teſtamenti facti & mortis teſtatoris, quo ſi incapax ſit fruſtra quæri de tempore adeundæ hereditatis: & proinde inſubtiliter hoc tertium tempus addi *h. §. & in l. 49. de hered. inſtit.* De inſtitutione conditionali duo quæruntur. Et primum an in hac quoque neceſſum ſit, ut ſit habilis & capax heres, eo tempore quo decedit teſtator. Video hoc negari quidem à Ioh. Fabro hic, qui putat tantum facere quantum ad hoc propoſitum, ut Fab. loquitur, in conditionali inſtitutione, tempus conditionis exiſtentis, quantum in inſtitutione pura tempus mortis, & ait hoc probari per *d. l. 49. §. 1. de hered. inſt & hunc §. verſ. medio* ibi, *vel conditionem inſtitutionis:* confirmat & inde, quod alias ſequeretur quatuor tempora eſſe inſpicienda in conditionali inſtitutione, teſtamenti facti, mortis, exiſtentis conditionis, & adeundæ hereditatis. Verum hæc ſententia mihi rationi & veritati juris noſtri congruere non videtur. 1. Quia Iuſtin. *h. §. & ICtus in d. l. 49.* ſimpliciter in heredibus extraneis tempus & illud inſpiciendum cenſent quo teſtator mortuus eſt: & cum mox de inſtitutione conditionali ſubiiciant, nec diverſum obtinere ſcribant, ſatis hoc ipſo comprobatur, in hac quoque inſtitutione oportere inſpici tempus mortis. 2. Facit quod tempus hoc quo teſtator moritur, principale tempus eſt quo confirmari teſtamentum conſtat, & lõge magis attendendum, quam tempus teſtamenti facti, quod pendet ab arbitrio mero teſtatoris. 3. Præcipue movent, quod juxta notiſſimam regulam juris, tempus aditæ hereditatis cum tempore mortis conjungitur: ideoque oportet extrema eſſe habilia. Et 4. pertinet eodem, quod non alia ratio facit utilem inſtitutionem conditionalem, ut ſcripſimus *ad § heres 11. ſup. de hered. inſtit.* quam quod conditio quandocunque exiſtens retrorrahitur ad tempus mortis: quod fieri non poſſet, ſi heres tempore mortis incapax fuiſſet. Nec obſtant quæ Faber pro ſe adducit: neque animadverto quomodo aut ex §. noſtro, aut ex *l. 49. de hered. inſt.* confirmetur ejus opinio, quin imo verba textus, *ſive pure ſive ſub. conditione facta ſit inſtitutio*, poſſunt recte & ad illud trahi, quod inſpiciatur tempus mortis. Neque erunt quatuor tempora, ſi tempus exiſtentis conditionis cum tempore mortis conjungimus. Illud enim utiq; apparet, oportere tempore exiſtentis conditionis habilem & capacem eſſe, quia tum de adquirenda hereditate agitur.

Medio autem tempore.] Eſt *in l. ſed ſi 6. § 2. l. 49. § 1. de her. inſt.* In inſtitutione pura, duo tantum ſunt extrema, teſtamenti facti mortis, & ut diximus, ſi mortis tempore ſit incapax heres, non poteſt tum ullo modo poſt adquirere hereditatem. Si tum capax eſt, & poſt incapax fiat, non poterit itidem fieri heres, quia nullum ſupereſt aliud extremum, quod inſpiciamus, & hactenus temporis hereditatis adeundæ tamquam tertij aliqua conſideratio haberi poteſt, ſed hactenus diverſa ratio eſt inſtitutionis conditionalis, quæ facit extremum tertium, ita ut ſi ſub conditione ſcriptus heres tempore mortis capax ſit, & pendente conditione incapax factus, ruſus exiſtente conditione capax reperiatur, recte adire hereditatem poterit, idque facit ratio ipſa quam ſupra adduximus, quod conjungatur tempus conditionis exiſtentis cum tempore mortis, atque hoc efficitur *ex d. l. ſi alienum 49. de her inſt.* & ex *hoc verſ.* ubi Iuſtin. ait, medio tempore inter factum teſtamentum, mortem, & conditionem exiſtentem, heredi mutationem juris non nocere, quibus verbis, cum ſubiiciat, tria tempora inſpici, ſatis indicat non ſatis ſubtiliter, ſupra inter tria tempora referri adeundæ hereditatis tempus, ſiquidem alias numerabuntur quatuor tempora, quoniam hoc loco tertium tempus, facit tempus conditionis exiſtentis, exiſtentia enim hæc conditionis purificat tantum inſtitutionem, non autem ipſo jure facit heredem extraneum, ſed adhuc opus eſt hereditatis aditione, aut dicendum erit, propter fictionem retrotractionis, pro eodem haberi à Iuſtiniano tempus exiſtentis conditionis & mortis teſtatoris. Quod diximus non nocere heredi, ſi inter mortem & pendentem conditionem incapax fuerit, modo ſi tempore mortis fuerit capax & exiſtentis conditionis, obſtare ei videtur *l. ſub conditione. 20. de lib. & poſt.* ubi filius qui ſub conditione inſtitutus eſt, ſi ſe dederit adrogandum pendente conditione, negatur heres neceſſarius futurus patri. Reſp. 1. ibi non agi ſimpliciter de herede, ſed neceſſario herede, & qui arrogandum ſe dat, non ex eo fit incapax, ſed ut quis fiat neceſſarius heres oportet qualitatem illam ſemper durare. Fiet igitur heres ibi quidem filius, ſed non fiet neceſſarius heres. Deinde reſpondeo, filium non poſſe inſtitui niſi ſub conditione poteſtativa, quæ cũ ſit in ipſius arbitrio, non poteſt ita ſuſpendere effectum rei, ut caſualis. Fru-

Digitized by Google

lis. Fruſtra autem hic obiicitur regula Catoniana: Quod ab initio vitioſum eſt, poſtea minime convaleſcere, nam inſtitutionem initio & ſcilicet tempore teſtamenti facti validam & rectam proponimus, media autem tempora non nocere iure pro-
4 viſum eſt. Unus hic ſcrupulus † ſupereſt: Ait Iuſtin. in pr. quod ſpectentur iſta tempora, ſive de heredibus inſtitutis ipſis, ſive his qui in poteſtate eorum ſunt quæramus, ut nimirum ſi inſtitutus ſit ſervus, qui ipſe incapax eſt, dominium, ex cujus perſona inſtitutio certo jure vires capit, iſtis temporibus oporteat eſſe capacem. Cui obiicitur *l. ſi ſervus* 82. *de adq. hered.* ubi dominus ſervi inſtituti proponitur incapax, & reſpondetur tamen, dominum novum alienati poſt ſervi, vel ſervum ipſum manumiſſum admitti ad hereditatem. Reſponſio duplex eſt, 1. Quod ubi ſervus inſtituatur, domini perſona inſpiciatur, ſed nihilominus etiam perſona ſervi, quem teſtator cogitavit ipſum ad libertatem & ad hereditatem pervenire, aut per eum alium dominum fieri poſſe heredem, ut latius diximus *ſup. de hered. inſtitut.* & in Inſtit. multa generalius tantum, nec ita accurate traduntur.

Altera eſt, ex inſcriptione *d. l.* 82. deſumpta, quæ eſt *ad L. Iuliam Papiam:* ex qua cives Romani aliqui, (ex teſtamentis præſertim certarum perſonarum,) veluti, orbi, cœlibes, non poterant capere. Itaque intereſt, an quis omnino ſit incapax hereditatis, veluti deportatus, an non omnimodo, & qui facile capax poſſit fieri. Illius (nam & deportatus ſervum poſt adquiſitum poteſt habere *l. ſi deportati* 7. *de legat.* 3.) ſervus fruſtra inſtituitur: hujus autem recte: Quæ reſponſio confirmatur ex iſta *diſt. leg.* 82. *de adquirend. hered.* quæ etiam agit de domino, qui poteſt capere partem, quam ſimpliciter incapax, veluti qui civis Romanus non eſt, capere nequit. Sed de his plus ſatis.

5 *Teſtamenti autem † factionem.*] Factionem teſtamenti Interpp. ex hoc loco duplicem faciunt, activam & paſſivam. Sed inſubtiliter ſane dicitur paſſiva factio, cum factio, ſignificet actionem. Et quamvis ita quoque loquatur ICtus *in l. filius f.* 16. *in pr. & 16. §. 1. de teſtam.* ut habere dicat teſtamenti factionem, eos qui heredes inſtitui & ex teſtamento adquirere poſſunt, fatendum tamen eſt id dici pingui Minerva: & rectius, quod eum iis ſit teſtamenti factio, quod jam ſupra notavimus ad *§. teſtes de teſtam. ord.* Hunc modum loquendi XII. Tabb. manaſſe putat Hottoman. hic.

Et mutus.] Deſumptum hoc eſt ex *d. l.* 16. *de teſtam* ſed parvum ante poſt *l. diſcretis* 10. *C. qui teſt. fac poſſ.* ubi Iuſtin. mutis qui ſcribere poſſunt, ſimpliciter permiſit teſtamenti factionem quam vocant, activam.

Et poſtumus. [De hoc ridicule dubitetur, an teſtamentum facere poſſit, nec tamen propterea hæc expungenda, aut in d. l. 16. pro *poſthumus* legendum eſt *mutus*, ut volt Hottom. hic, cum & Theophilus verbum poſthumi retinuerit. An autem & qui poſſint poſthumi inſtitui, dicemus *infra ad §. poſtumo* 26 *de legat.*

Vel alij. [Hæc ad ſervum alienum pertinent. Porro quod furioſum attinet, uno tantum caſu cum eo teſtamenti factionem eſſe, & ſcilicet ſibi eum ex teſtamento adquirere poſſe ſcribit Theoph. ſi à patre ſit inſtitutus: Ceteroquin ab alio ſcriptum, interim dum reſipiat, nec ſibi nec alij eum poſſe adquirere hereditatem, utpote quam adire non poſſit, cum ad hoc animus requiratur, poteſt autem curator ejus nomine agnoſcere bonorum poſſeſſionem *l. ultim. §. ſi autem* 3. *C. de curat. fur. l.* 1. *de bon. poſſ. fur. &c.*

TEXTVS.

Extraneis autem heredibus deliberandi poteſtas eſt, de adeunda hereditate, vel non adeunda. Sed ſive is cui abſtinendi poteſtas eſt, immiſcuerit ſe bonis hereditatis: ſive extraneus cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit: poſtea relinquendæ hereditatis non habet facultatem, niſi minor ſit XXV. annis, nam huius ætatis hominibus, ſicut in ceteris omnibus cauſis, deceptis, ita & ſi temere damnoſam hereditatem ſuſceperint, prætor ſuccurrit. Sciendum eſt tamen D. Hadrianum etiam maiori viginti quinq; annis veniam dediſſe, cum poſt aditam hereditatē grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emerſiſſet. Sed hoc quidem D. Hadrianus cuidam ſpeciali beneficio præſtitit. Divus autem Gordianus tantummodo militibus hoc conceſſit, ſed noſtra benevolentia commune

omnibus ſubjectis imperio noſtro, hoc beneficium præſtitit, & conſtitutionem tam æquiſſimam quam nobiliſſimam ſcripſit, cuius tenorem ſi obſervaverint homines, licet eis adire hereditatem, & in tantum teneri, quantum valere continget bona hereditatis, ut ex hac cauſa neque deliberationis auxilium ſit eis neceſſarium, niſi omiſſa obſervatione noſtræ conſtitutionis, & deliberandum exiſtimaverint, & ſeſe veteri gravamini additionis ſupponere maluerint.

COMMENTARIVS.

HEres adita hereditate defunctum repræſentat, & in omne eius jus ſuccedit, itaque pariter ut defunctus obligatur & tenetur, quo ad eas nimirum obligationes, quæ ex contractibus & conventionibus deſcendunt: nam ut ſupra diximus, delicta penitus cohærent perſonæ defuncti, nec quoad delicta ulla eſt repræſentatio, unde efficitur, ut actiones ex delicto in heredem dari non poſſint, de quo forte inferius lib. 4. commoda erit agendi occaſio. Obligationes ex conventionibus deſcendunt omnes in heredem regulariter, itaque ex his, ut ipſe defunctus in ſolidum tenetur licet bona hereditaria ad ſolvendum minime ſufficiant, quoniam poſt aditam hereditatem confuſis omnibus bonis jam non ut defuncti, ſed ut heredis bona conſiderantur (quod an fallat in teſtamento militis per *l. in teſtamento* 12. *C. de teſtam. milit. v. infr. ad pr. tit. de L. Falcid.*) Idque in actionibus hereditariis, quæ ex contractu defuncti veniunt, & quibus ipſe defunctus tenebatur. Secus in legatis, licet enim ſimpliciter adita fuerit hereditas, ſalva manet heredi Falcidia. Rationem poſt alios reddit Porcius hic, quod ex contractibus obligatus fuerit defunctus creditoribus, ſed non legatariis. Verum hæc ratio bona eſt, ad probandum, quod heres in ſolidum teneatur hereditariis creditoribus: ſed quod non teneatur eodem modo legatariis, non ſatis probat: & (ut Iaſon ibid in additionib.) poſſit quis inde efficere, quod nullo modo legatariis heres teneatur. Et poſſim alia ratione efficere, quod legatariis in ſolidum obſtrictus ſit: quia non minus obligationem & actionem producunt quaſi contractus, quam veri contractus: legatariis autem heres obligatur ex quaſi contractu, & per aditionem hereditatis, ad ſatisfaciendum defuncti voluntati: Et eam ſane rationem juris veteris fuiſſe puto, ſed Lex Falcidia, quæ creditoribus citra injuriam jus ſuum auferre non potuit, nullum putavit ſe injuriam facere legatariis, qui alias quoque certarent de lucro captando, ſi permitteret heredi, ex legatis detrahere quartam, ut omnino hereditatis quartam partem haberet. Hodie ſi heres non confecerit inventarium, legatariis quoque in ſolidum tenetur *l. ult. C. de iur. delib.* quia Iuſtin. Lex præſumit, hereditatem etiam hactenus fuiſſe ſolvendo, & heredem dolo egiſſe, & aliqua ſubtraxiſſe. Sed fere hæc obiter. Cum igitur jus ita eſſet, heredes ne cum periculo oneribus implicarentur, ſolebant à prætore tempus petere deliberandi, ut exploratis prius hereditatis viribus, conſtituerent, an adire an repudiare hereditatem expediret. Atque hoc eſt beneficium juris veteris, cuius in pr. meminit Iuſtin. Ante enim deliberandum erat, quam adiretur hereditas: quippe quam ſemel aditam, & generalius ut loquar, adquiſitam ſive per immiſtionem à ſuo, ſive ab extraneo herede per adititionem amplius repudiare non licebat: *l. ſicut* 4. *C. de repud. her. & h.* § niſi ut Iuſtinian ſubiicit, beneficio ætatis, & implorato officio prętoris, qui cognita cauſa minores læſos in integrum reſtituebat: *l. ait* 7 § *ſed etſi* 5. *de minor. b.* de qua materia hic agendi locus non eſt. Iuſtinianus novum beneficium introduxit, quod appellatur inventarij, ut heres in ſolenni inventario deſcribi curet defuncti omnia bona: quo facto ultra vires hereditatis non tenetur nec creditorib. Porro formam & modum conficiendi, & quæcunque huc pertinent, prolixe referuntur & deſcribuntur *in l. ult. C. de iur. delib.* unde iſta peti poſſunt. Habet iſtud remedium, hoc incommodum, quod ita vires patrimonij, quas latere ſæpe intereſt, publicari neceſſum eſt, qua de cauſa ipſe Iuſtin. refert *in d. l. ult.* aliquos ſupplicaſſe, ut ſibi veteri beneficio & jure deliberandi liceret uti: quod admiſit Iuſtin & quod heres omiſſo beneficio inventarij implorare vetus beneficium poſſit, in extremo huius § oſtendit Iuſtin. Hæc ſumma eſt huius §. quædam eius verba percurramus breviter. Ait:

Extraneis heredibus] Et mox: *extraneus, cui deadeunda hereditate deliberare licet.* Et an igitur ſui non habent nec habuerunt deliberandi beneficium? Nimirum in extraneis apertiora hæc ſunt: & inſuper jus deliberandi ex jure civili, quo ſunt neceſſarij, nullum competere poteſt heredibus ſuis: ceteroquin jure prætorio eſſet abſurdum negare iſtud

bene-

Digitized by Google

beneficium, ſuis quoque, poſtquam hoc jure abſtinere poſſunt ab hereditate, & igitur ſicut extranei deliberant, an hereditatem adire velint, vel repudiare: ita ſui deliberant, an ſe immiſcere velint an abſtinere. *l. ait 7. cum ll. ſeqq. de iur. delib.*

Immiſcuerit ſe.] Hoc ita in puberibus aut majoribus juris eſt, ut ſi immiſcuerint ſe, hi plane non poſſint, illi demum impetrato à prætore reſtitutionis beneficio poſſint abſtinere. Nam impuberibus ſpeciatim hoc dedit prætor, ut poſſint etiam poſt immixtionem abſtinere *l. impuberibus 11. & l. neceſſarius 57. de adq. hered.*

Cæteris omnibus cauſis.] Paulo laxius loquitur Imp. *in omnib.* ſunt enim exceptiones, & aliqui caſus in quibus minori denegatur reſtitutio, velut ſi ſe paſſus fuerit venundari, ſi juraverit ſi deliquerit, & alij qui in materia reſtitut. notantur.

Deceptis] Latius hoc verbum hic ſumitur: conſtat enim non ſolum eos qui dolo inducti ſed etiam qui alias facilitate lapſi ſunt, & omnino, ut alibi legimus, lapſis & circumſcriptis minoribus per prætorem ſuccurri, & ita hic quoque dicitur minoribus ſuccurri, ſi TEMERE adierint hereditatem damnoſam.

Cum poſt aditam.] Hic enim ſingularis caſus eſt, & prætor quoque Edicto ſuo De majoribus, ſubjecit generalem clauſulam: *Si qua mihi iuſta cauſa* videbitur.

Poſtea militibus tantum.] An igitur ſublatum fuit jus Hadriani? Ego ſic accipio, quod Gordianus hoc dederit militibus in univerſum, & generali quadam ſanctione, ut hereditatem repudiare poſſent, etiam ſemel aditam ob æs alienum latès, quod poſt emerſit, hoc autem non eſt conceſſum paganis, quo minus autem aliquo caſu emergenti, poſſit magiſtratus aditus cauſa cognita hoc indulgere, Gordianus haud abrogavit, nec cum ratione abrogare potuit.

TEXTVS.

Item extraneus heres teſtamento inſtitutus, aut ab inteſtato ad legitimam hereditatem vocatus, poteſt, aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate ſuſcipiendæ hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, ſi utatur rebus hereditariis tanquam heres, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo locandove, & quoquo modo voluntatem ſuam declaret, vel re vel verbo, de adeunda hereditate: dummodo ſciat eum in cuius bonis pro herede gerit, teſtatum inteſtatumve obiiſſe: & ſe ei heredem eſſe. Pro herede enim gerere eſt, gerere pro domino: veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem extraneus fit heres nuda voluntate: deſtinatione contraria ſtatim repellitur ab hereditate. Eum qui ſurdus vel mutus natus, vel poſtea factus eſt, nihil prohibet pro herede gerere, & adquirere ſibi hereditatem, ſi tamen intelligit, quid agit.

COMMENTARIUS.

1 *Duplex modus adquirendi hereditatem.*
2 *Quid ſit, pro herede gerere.*
3 *An nuda deſtinatione quis fiat heres.*
4 *Heres pro domino.*
5 *Aditio ſolennis per cretionem.*

HIc jam tractat de proximis modis & cauſis adquirendi hereditatem: & quidem in perſona
extranei heredis, ſui enim ipſo jure exiſtunt, & non
adquirunt hereditatem, ſed ex jure prætorio, quia
abſtinendi jus habent, immiſcere ſe dicuntur hereditati.
non eam adire, ſed retinere *l. ait 7. de jur. de*
lib. l. ſi patronus 12. § ult. de bon. libert. ſicut eadem de
cauſa, non repudiare hereditatem, ſed ea abſtinere
dicuntur *l. impub. 11 l. cum 87 de adquir. hered.* Ut
de extraneis heredibus † agamus, adquirunt hi
hereditatem animo & declaratione voluntatis, quæ 1
ſcil. declaratur, hic vel verbis vel factis; hæc quæ factis
fit, dici ut in ſpecie. geſtio pro herede, gerere
enim aliquid facere ſignificat. Declaratio quæ fit
verbis, ſolet in ſpecie aditio dici: licet dubio procul
adire hereditatem, in genere ſignificet, adquirere
hereditatem, & proinde etiam geſtionem pro
herede comprehendat. Et hæc diſtinctio probatur
ex *l. pro herede 20. h. t.* ubi dicitur, cum pro herede
gerere, † qui aliquid facit quaſi heres. Nec contradicit, 2
quod ICtus ibidem mox addit, pro herede
gerere non tam eſſe facti quam animi: quia ſignificat
ipſum factum per ſe, non obligare hereditati,
ſed ſi ſit factum animo heredis: poteſt enim

idem

idem ab alio fieri animo negotiorum geſtoris. Probatur itidem *ex. h. §. in pr.* ubi diſtinguit Iuſtinian. quod quis aut pro herede gerendo, aut nuda voluntate poſſit heres fieri. Ubi tamen Iuſtinian. ſibi ſtatim contradicere videtur, dum pro herede gerere ait eum, qui quoquo modo vel re vel verbo voluntatem de hereditate adquirenda declaret. Itaque *verſ. & quoquo.* eſt accipiendus pro ſeparata oratione, ut ſciamus Iuſtin. repetere, quod ante dixit, adquiri hereditatem aut pro herede gerendo, (quomodo hereditas acquiritur per declarationem voluntatis R E & facto) aut nuda voluntate: (quomodo adquiritur per declarationem voluntatis V E R B O) & ſic erit locutio defectiva, & quæ referatur ad ſuperius, quod his duobus modis heres quis fieri poſſit. Aut erit fatendum, quod Iuſtinian. primo, *pro herede gerere*, accipiat in ſpecie, poſtea latius & in genere, ut etiam eam adquiſitionem, quæ fit verbis, comprehendat, quomodo ſane *pro herede gerere*, uſurpatur *in l. ſi filius* 13. *de interrog. in iur. fac.* ut gerere pro herede, perinde ibi ſit, ac ſe gerere pro herede. His præmiſſis §. noſtri verba videamus. Ait Iuſtin.

Item extraneus.] Cur extranei heredis mentionem faciat, jam ad pr. explicavimus.

Ad legitimam hereditatem.] Legitima hereditas alias in ſpecie ſignificat eam quæ ab inteſtato defertur *l. 1. l. Legitimam* 8. *de petition. hered. l. is qui* 13. *in pr. de adquir. hered.* laxiori ſignificatu comprehendit etiam hereditatem teſtamentariam *l. lege* 130. *de verb. ſignif.* & omnino civilem hereditatem: ut videtur ſumi hoc loco: nam de hereditate prætoria, quæ in ſpecie poſſeſſio bonorum dicitur *infra lib. 3. tit.* 10. agitur: & hæc olim adquirebatur non nuda verborum declaratione, aut etiam pro herede gerendo, ſed adito prætore opus erat & decreto, quod poſt mutatum eſt *l. ult. C. qui adm. ad bon. poſſ.* de quo *d. tit.* 10.

Aut etiam nuda voluntate.] In ſpecie hanc aditionē vocari † diximus. Intelligimus autem volun-
3 tatem declaratam verbis: ceteroquin conſtat, ut dicitur vulgo, propoſitum in mente retentum nihil operari. Ait tamen *in lib. 3. de interrogat. in iur. fac.* gloſſ. quod adquiſitio hereditatis conſiſtat in occulta voluntate. Et Angel. hic ait, ex nuda quoque deſtinatione quem fieri heredem in foro conſcientiæ, ſed non in foro contentioſo: quoniam ſi poſtea neget ille, qui ita nudo animo deſtinaverit, non poſſit probari contra eum quod ſit heres, quod & Faber probat: itaq; hic nulla in ipſis rebus diſcrepātia eſt

Pro herede gerere.] Diximus pro herede gerere, eſſe, aliquid facere animo heredis: poteſt enim & facere animo negotia gerendi: itemque animo pietatis, aut pro ſuo: quo probato geſtio non facit heredem, *l. pro herede* 20. *in pr. & §. 1 de adquir. hered.* ubi utile eſſe docet ICtus, ut quis proteſtetur, ſe non facere animo heredis: maxime ſi ſint facta talia, quæ natura ſua tendunt ad hereditatis aditionem, ut pluribus Porcius hic explicat. Obiicitur autem hic *l. gerit.* 88 *de adquir. hered.* ubi dicitur, eum gerere pro herede, qui animo agnoſcat ſucceſſionem, licet nihil hereditarium attingat. Reſpondeo, quod aliquando pinguius accipiatur, *pro herede gerere*, veluti colere fundum, vendere res hereditarias: aliquando paulo ſubtilius: itemque quod attingere aliquid hereditarium eodem modo accipiatur aliquando latius, aliquando ſtrictius, quemadmodum *in d. l.* 88. negatur attingere aliquid hereditariū, qui retinet domum pignori datam ut hereditariā, aut poſſidet rem aliquā hereditariam: qui tamē verbis latius acceptis revera attingere dicitur & recte aliquid hereditariū: ſiquidē hęc utique ſunt facti nec conſiſtunt in declaratione nudæ voluntatis, cum citra verba ulla perficiantur.

Dummodo ſciat.] Eum qui vult adire hereditatem, certum de jure ſuo eſſe oportet: Et inprimis ut ſciat nec dubitet, eum de cuius hereditate agitur, deceſſiſſe, quoniam viventis nulla eſt hereditas, *l. is qui* 13. *§. 1. de adquir. her.* eadem enim repudiandi & adquirendi ratio eſt *l. ib. qui hered.* 19. *lib. nemin.* 27. *lib. heres.* 32. *lib. qui ſuperſtitis* 94. *eod. tit.* & quidem ut ſciat, teſtatus ne an inteſtatus deceſſerit *h. text. & l. ſi is* 22. *de adq her.* Proximum eſt ut ſciat & credat defunctum poſſe habere heredem *l. heres* 32 *§ ult. cū l. ſeq de adq. her.* Tertium, ut ſciat ſe heredem eſſe *h. textu*, & quidē an pure an ſub cōditione ſcriptus ſit, per text. *in d. l.* 13. *in pr. & d. lib.* 32. *§. 1 de adq hered.*

Eſt pro domino gerere.] Hinc recte quis ita inſtituitur *hereditatis meæ dominus eſto l. his verbis* 8. *de her. inſt.* & pro domino † adminiſtrare eſt pro herede adminiſtrare *d. l ſi is* 22 *in fin. de adq. hered* quā 4
notationem, & quod heres dicatur ab hero, probant *VVeſemb. & Cuiac hic & idem* 5. *obſ.* 10. Sed *Vig. Hott.* hic obiiciunt, quod repugnet ratio & quātitas ſyllabæ prioris, quæ in *heres* producitur, in *herus* corripitur: & proinde magis putant dici ab hærendo, ut hæres dicatur, quaſi *hærens.* Et tamen magis obtinuit ſcribi *heres* ſine diphthongo, quomodo & in Florent. Et Feſtus quoque heredem antiquis pro

pro domino dictum ait, quo ſenſu *Plautus in Menechm. act. 3. ſc. 2.*

—— abſtuli
Hanc (pallam) *cuius heres numquam erit poſt hunc diem.*

Et non omnino diverſo ſignificatu in *Bacchid. lib. act. 4 ſc. 8.* exheredem aliquem facere vitæ. Et docet *Gellius 12. cap 3.* mutari aliquando in derivatis quãtitatem ſyllabæ: ita u. à legendo, ſtruendo, tuendo, lectorem, ſtructorem & tutorem dici, ſed ſane in prioribus illis duobus productionem facit adjecta litera: in poſteriori videtur eſſe ratio ſpecialis, quod videatur intervenire quædam quaſi contractio, ut ſicut tuitus, tutus, ita tuitor, tutor, quod facit ſyllabam longam, quæ ratio non procedit in hero & herede. *Iſidorus orig. lib. 5. cap. 25. in pr. & lib. 8. cap. 5. pr.* magis ab *are* deducit. Plane autem improbabile eſt, quod Myuſ. vult deducere à verbo *Erciſcere.*

Nuda voluntate.] Excidit ſupra monere, aditionem hereditatis † & declarationem voluntatis per verba, fuiſſe vel ſimplicem, ſi quis dixerit ſe heredem eſſe velle, vel ſolennem ſub certa formula verborum, & nimirum per Cretionem, de qua eſt inſignis locus apud Ulpianum *tit. 22. de hered. inſtit. §. Cretio 23 cum ſeqq. de hered. inſtit.* ubi docet, inſtitutionem fuiſſe vel ſimplicem vel cum cretione: & hac vel vulgari vel continua. Inſtitui enim dicebatur heres cum cretione, cum ipſe teſtator, ſpatium intra quod hereditas adeunda eſſet, (conceſſa interim facultate deliberandi) præſcribebat: & vel ita *Titius heres eſto, & hereditatem intra proximos dies centum cernito:* vel adjectis verbis: *intra dies, quibus ſcieris poterisq;*: illa cretio dicebatur continua, hæc vulgaris, ut d. loco ait Ulp. quamvis malim pene, ut dicatur & legatur, utilis, ad exemplum temporis utilis & continui, hinc enim & iſtas duas ſpecies diſtinguit *Vlp. d tit. 22 §. ei qui 28.* Et heredi ita inſtituto ad eundem modum hereditas adeunda erat, *hereditatem adeo cernoque* Ex quibus apparet abunde eo loco ab Ulp. cretionem diei certum dictum ſpatium. Et alio igitur ſenſu cernere hereditatem accipit *Nonius cap. 4 cernere,* inquit, *hereditatem filij patribus, id eſt, cedere, dicti ſunt.* Scribit autem *Iſidor. 5. orig. 24.* cretionem eſſe appellatam quaſi *decretionem*: quod heres ita decerneret ſe velle eſſe heredem. Aliter videtur ſenſiſſe *Varro 5. de ling. Lat. ſub fin.* & (locus enim corruptus eſt) ut *cerno* ſignificet *video*, & quod in formula inſtitutionis per cretionem, verbum *cernito* ſignificet, facito ut te videant eſſe heredem: ſed pro priore eſt idem Varro lib. 6. Heres, inquit, cum conſtituit ſe heredem eſſe, dicitur cernere & *Scal. ad d. locum* ex lib. 5. *cerno*, deducit à κρίνω Cretionum ſolemnitatem tollit *l. cretionum 17. C. de iur. delib.* Hodie ſimpliciter aditur hereditas, & quidem pure, non ſub conditione *lib. 77. de reg. iur. l. cum qui 51. in fin. de adq. her.*

Ita contraria deſtinatione.] Dum ſcil. declarat, ſe heredem eſſe nolle. Id hodie ſimpliciter procedit, olim fallebat in inſtitutione facta ſub cretione: hic enim ante lapſa tempora cretionis fruſtra repudiabat heres, ut docet *Vlp. d tit. 22. de hered. inſtit. §. ſine cretione 25. cum §. ſeq.* Ita autem amplius res ſe habet in herede extraneo, de quo nominatim hic §. loquitur, ſuus autem nec ſi abſtinuiſſet protinus & omnimodo excluſus erat: ut docet *l. ſi quis 8. de lib.* quod ſuis etiam poſt abſtentionem detur ſpatium ad deliberandum, ſi modo res adhuc integra ſit, & bona nec dum venierint, quod amplius diſtinguitur *in l ult. C. de repud. hered.*

Eum qui ſurdus vel mutus.] Modus vel adquirendi hæreditatem per geſtionem pro hærede ex ſe arbitratius, in quibuſdam neceſſarius, qui nimirum nequeunt verbis declarare voluntatem ſuam; veluti muti, de quibus hic agitur: nam & qui ſurdi nati ſunt, loqui nõ poſſunt; poſſunt autem utiq;, qui poſtea ſunt ſurdi facti, de quib. ſi accipias hunc quoque §. parum feceris ſubtilem Iuſtinianum; cum hic utique etiam verbis adquirere hæreditatem poſſit. Sed & mutum, ſurdum disjunctim accipere oportet in priu. §. nam qui mutus ſurdus ſimul natus eſt, fieri non poteſt, ut intelligat quid agat, quod tamen omnino requiritur id adquirenda hæreditate & hoc ipſo loco deſiderantur. Ergo v. c. mutus aliquid hæreditarij faciendo adquiret hæreditatem *h. §. & l. mutum 5. de adq. hared* quomodo, & ſervus mutus juſſu domini pro hærede gerit *l. pater 93. in f. de adq. her.* Ex eorum quoque numero in quibus neceſſarius eſt, hic modus adquirendi hæreditatem, eſt infans, qui loqui non poteſt, & aliquid hæreditarij gerendo, ſupplendo animum autoritate tutoris, adquirit ſibi hæreditatem, ut eſt in *l. ſervo 65. §. ſi pupillo 3. ad Trebell.* Conſtitutum tamen poſtea eſt à Theod. Sed parum ad rationem juris veteris, ut tutor nomine infantis adire hæreditatem poſſit *l. ſi infanti 18. §. parenti 2. Codic. de iur. delib.*

LII Ad

AD TITULUM XX. LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE LEGATIS.

TEXTUS.

Poſt hæc videamus de legatis. Quid pars juris extra propoſitam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis iuris figuris, quibus per univerſitatem res nobis adquiruntur: Sed cum omnino de teſtamentis, & de heredibus qui in teſtamento inſtituuntur, locuti ſimus: non ſine cauſa ſequenti loco poteſt hæc iuris materia tractari. Legatum itaque eſt donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præſtanda.

COMMENTARIUS.

1 *Legatum partis hæreditatis.*
2 *De definitione legati.*

REddit initio tit. rationem ordinis, ſumptam à connexione materiarum, quoniam legata teſtamento relinquuntur: Ceteroquin videbatur hinc eſſe aliena tractatio; cum legatum ſit titulus adquirendi particularis, per quem non univerſitatem, ſed res ſingulas adipiſcimur, verbo ſcil. ſpecialius accepto; ut h. tit. & tribus libris Digeſt. *de leg.* Ceteroquin in genere *legare* etiam *inſtitutionem* comprehendit *l. verbis* 120 *de Verb. ſignific.* Legimus etiam partem bonorum & † hæreditatis legari poſſe Ulpian. *de legatis* §. *ſicut ſingula* 23. *l. cum ex filio* 39. *in princip. de vulg. ſubſtit. l. ſi quis* 23. *de legat.* 1.
1 Poſſet dici propter caſum ſingularem non mutari regulam. Sed rectius dicitur, nihilominus & hic eſſe titulum particularem, neç talem legatarium fieri ſucceſſorem juris, nec in eum actiones hæreditarias paſſive, aut active tranſire: unde & hæredi opponitur *l. non amplius* 29. *de leg.* 1 & de deductione impenſarum quæritur *l. ſi quis* 8. §. *ultim. de legat.* 2. *cum l. ſeq.* & ob id ſtipulationes partis & pro parte olim interponebantur §. *ſed quia* 5. *verſ. poſt quod inf. de fideicommiſſ. hæred.* Ita in ſpecie *l. cum filius* 76. §. 1. *de legat.* 2. legatur hæreditas, quæ ad defunctum pervenerat; ſed minime ut legatarius eam qua hæreditatem habeat; ſed intelliguntur bona quæ ab alio ad teſtatorem pervenerunt, & adde quæ de partiario legato notavi *inf. ad* §. *ſed quia* 5. *de fideicommiſſ. hæred. ſub fin.*

Legatum itaque eſt.] Iuriſconſulti in definitionibus non ſolent eſſe ſcrupuloſi. In *l. legatum* 116 *de legat.* 1. *in princ* dicitur *delibatio hæreditatis.* Ex quo forte non improbabilis notatio † nominis *à legendo*, non qua ſignificat ἀναγινώσκειν, ſed eligere, ut ſæpe apud Livium *forte lecti*, ut ſit aliquid ſelectum à cetera hæreditate. Et ita erit communis notatio cum Legatis, quos Varro ait dictos, publice lectos quorum opera conſilioque uterentur peregre magiſtratus, quive nuntij ſenatus, aut populi eſſent. Ita *Varr.* 4. *de ling. Lat.* nimis autem longe petitum eſt, quod *Vlpian. tit.* 24. *de legat.* inde deducere videtur, quod Legis modo relinquatur. Proprius ad hunc text definit Modeſt in *l. legatum* 36. *de leg.* 2. quod ſit donatio teſtamento relicta. Conſtat enim legata olim, quippe quæ verbis dabantur, tantum teſtamento relinqui potuiſſe, §. *præterea* 10. *inf. de fideicomm hæred.* aut codicillis teſtamento confirmatis, ex ratione *l.* 2. *de iure codicill.*

2 Eſt tamen iſta definitio latior definito, quippe quæ etiam competit fideicommiſſis, quæ dubio procul poterant etiam teſtamento relinqui; quod vitium etiam eſt huius definitionis; quamquam verba adiecta hoc loco, *ab hærede præſtanda*, fideicommiſſis non conveniant ſimpliciter; etenim hæc etiam à legatario relinqui poſſunt. Et multi ſunt, qui iſta verba inducenda putant, quæ nec Theoph. hic agnoſcit: tum quod legatum aliquando præſtetur à vivo teſtatore *l. Lucius* 22. *de legat.* 2. tum quod legatum recte dicitur tranſire in legatarium, & cum indiſtincte hodie vindicationem habeat legatarius *leg.* 1. *Codic. comm. de legat.* poſſit etiam rem vindicare à tertio poſſeſſore, tum denique, quod poſt exæquationem Iuſtiniani, de qua mox, videatur ab ipſo quoque legatario poſſe legari. Eſt tamen quod ſtis reponatur. Nimirum quod ſatis ſit, regulariter præſtari legatum ab hærede, & quod inſuper in ſpecie *d. l.* 22 legatum non qua legatum, ſed qua donatum inter vivos præſtetur; tum quod præſtatio hæredis non dominij translationem deſignet, ſed poſſeſſionis, quæ utique ab hærede petenda eſt: & hoc ex accidenti eſt, quod res legata eſt apud tertium poſſeſſorem, quam etiam ſi aliena ſit, hæres luere & præſtare neceſſe

eſſe habet, ſed & verba *ab hærede præſtari*, non ita craſſe accipi debent; quaſi ſemper ſignificent factum hæredis; ſed quod res ab hærede abeat, nec maneat in hæreditate.

Et tamen fatendum eſt, quod res præſtatur ab herede, ad executionem legati pertinere, non ad ejus eſſentiam, & proinde non debere ingredi definitionem. Et poſſunt ſufficere cetera; quod legatum ſit donatio à defuncto relicta; & poteſt defendi, quod iſta definitio non competat fideicommiſſo: ſi directo & proxime relictum à defuncto accipimus: fideicommiſſa enim per alium omnino præſtantur, & primo in perſona alterius conſiſtunt & radicantur. An hodie ab legatario quoque legari poſſit, dicemus *inf. ad prin. tit. de ſing rebus per fideicomm. rel.* Particula autem, *quædam* omnino eſt ſupervacua, neque enim hujuſmodi particulis, ſed differentiis propriis genus reſtringendum eſt; quomodo ineptus eſſet, qui hominem diceret eſſe animal quoddam, aut forte Iuſtin. id adjecit, ut oſtenderet legatum non eſſe propriam donationem: quippe cum revocari poſſit pro libitu, & ignoranti etiam adſcribatur. Ceteroqui ſane legatum eſt titulus lucrativus, & hoc nomine opponitur hæreditati, quod hæc & onera quoque habet, & aliquando poteſt eſſe damnoſa *l. ſi hæredit 32. Mandati l. hered. 119. de Verb. ſignificat.*

TEXTVS.

2. Sed olim quidem erant quatuor legatorũ genera: per vindicationem, per damnationem, ſinendi modo, per præceptioné: & certa quædam verba cuique generi legatorum adſignata erant, per quæ ſingula genera legatorum ſignificabantur. Sed ex conſtitutionib. Divorum Principum, ſolemnitas huiuſmodi verborum penitus ſublata eſt. Noſtra autem conſtitutio, quam cum magna lucubratione fecimus, defunctorum voluntates validiores eſſe cupientes, & non verbis, ſed voluntatibus eorum faventes, diſpoſuit, ut legatis omnib. una ſit natura. & quibuſcunq; verbis aliquid relictum ſit, legatariis liceat id perſequi, non ſolum per actiones perſonales, ſed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cuius conſtitutionis perpænſum modum ex ipſius tenore accipere peiſectiſſime, poſſibile eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Diſtinctio duplex modorum legandi.*
2 *De exæquatione legatorum.*
3 *De actionibus pro legato.*

DE modis legandi proponitur primo jus vetus, inde recentius & mox noviſſimum, & ſimul de legatorum effectu, & quibus actionibus jus ſuum legatarius perſequatur. Modus diſtinguendi iſtas 1
† quatuor legandi formulas duplex eſt. 1. quod tres priores ſunt communes, poſterior propria hæredi inſtituto, cui cohæredem habenti tantum per præceptionem poteſt legari. 2. quand verba vel diriguntur ad legatarium, ut in formula legandi per vindicationem & præceptionem: vel diriguntur ad hæredem, ut in formula per damnationem & ſinendi modum. Hinc in duobus iſtis legandi modis, ſi quid alternative, aut generaliter legatum eſſet, electio erat hæredis; ſed in prioribus duabus electio erat legatarij. Erat & præcipua ratio differentiæ in actionibus. Legatum vindicationis petebatur actione in rem, itaque non niſi propria teſtatoris res hoc modo legari poterat. Damnationis legatum, actione perſonali erat petendum; ſicut & quod ſinendi modo erat relictum: ſed illud per præceptionem veniebat in fam. erc. judic. *Theoph. hic l. heredes 25. §. ult. & l. ſeq. fam. erc.*

Et certa quædam verba.] quæ refert *Vlpian. tit 24. & Caius lib 2. Inſt. tit. 5 de legatis*, apud quos etiam harum legandi formularum quædam differentiæ habentur.

Sed ex conſtitutionibus.] Hoc eſt jus recentius ex conſtitutionibus Principum ante Iuſtinianum. per quas ſublatam penitus ait eam verborum ſolemnitatem. Videtur intelligi conſtitutio in *lib. in legatis 21. Codic. de legat.* quæ eſt ejuſdem Imp. qui & inſtitutionibus hæredum *l. quoniam 15. Cod. de teſtam.* & in petenda bonorum poſſeſſione *l. ultim. Cod. qui admitti.* verborum ſuſtulit ſolemnitatem & obſervationem.

Noſtra autem † *conſtitutio.*] Ius noviſſimum Iu- 2
ſtiniani ex *l. 1. Codic comm. de legat.* qua non tantum verborum ſolemnitatem & differentiam ſuſtulit, ſed etiam effectus diverſitatem; & conſtituit, ut

omnium legatorum ſit una natura, videlicet ut ex mox *ſeqq. in hoc* § apparet, quoad effectum; Ceteroquin, ut quod per vindicationem legatum eſt, ſit legatum per damnationem, per ipſam rerum naturam fieri non poteſt. Quam amplius, quod pro omnibus legatis tres actiones proponit, civiliter & cum mica ſalis accipiendum eſt, poſitis terminis habilibus, ſiquidem fieri non poteſt, ut v. c. ubi res aliena legata eſt, legatario detur rei vindicatio; quod ipſi notant *Dd in d. l. 1.* Deinde ita accipienda eſt iſta exæquatio, ut ne præjudicetur voluntati teſtatoris; ſiquidem ipſe hoc profitetur Iuſtinian. hac ratione ſe motum, ut voluntates eſſent defunctorum validiores, & ut non verba eorum ſpectentur ſed voluntates. Hinc puto, recte ſentire Dd in *l. legato 37. de legat.* 1. quod ſi teſtator verba executiva, ut loquuntur, retulerit ad heredem, quod tum hodieque debeat eſſe electio legatarij, ſi quid generaliter vel alternative fuerit legatum, quod poſt gl. communiſſime notant Interpp. In ceteris procedet exæquatio; & nominatim, ut etiam res aliena poſſit legari per vindicationem; ut non verba ſpectemus, ſed voluntatem; ut res detur legatario, quomodo per qualitatem & naturam rei fieri poteſt.

3 *Actiones perſonales.*] Actio † ordinaria perſonalis quæ pro legatis competit, eſt quæ dicitur ex teſtamento, de qua agitur *inf. §. hæres inf. de obligat. qu. ex contr.* Et in *l. 1. Cod. comm. de legat.* utitur Impp. numero ſingulari, aut poteſt hic verbum *actiones* ad reliquas quoq; duas actiones referri; ſed ita legendum eſſet, *perſonalem.* Dixerim etiam eo reſpexiſſe forte Tribonianum, quod cum actione ex teſtamento condictio certi concurrit; ſi modo ſubtilem ita quis in his verbis credat fuiſſe Tribonianum. Concurrit autem condictio, ubi res propria fuit teſtatoris, condictio enim contra dominum datur, ſin res legata ſit aliena, actio ex teſtamento ſola erit; nam & aliæ actiones, perſonales, ut, ex depoſito commendato, non ſunt ad dandum, ſed ſimplici er ad præſtandum, vix enim eſt, ut dicamus legatarium hic agere ad æſtimationem.

Sed etiam per in rem.] Si modo, ut diximus, res propria teſtatoris, & amplius homo, aut alius quod certum corpus ſit legatum; neq; n. in legato generali vindicatio locum habere poteſt; Ceteroqui nõ eſt dubitandum, quin hæc actio in rem poſt factam à Iuſtin exæquationem, competat, etiamſi formula damnationis uſus, ad hæredem retulerit verba teſtator; alias effectus pene nullus eſſet iſtius exæquationis. Igitur ſi fuerint verba directa ad hæredem competit etiam hodie actio in rem; & quidem ex communi & vera ſententia non tantum contra hæredem, ſed etiam contra tertium poſſeſſorem. Hic enim eſt effectus dominius, ſed quid ſi ad legatarium fuerint verba directa, & vindicandi formula ſit uſus teſtator, an tum præter vindicationem agi poterit perſonali actione? Negat Faber *decad. 67. err.* 3. ubi in noſtris exercitationibus turpiter eum lapſum oſtendimus, tum ex textu generali in §. *hæres 5. infr. de oblig. ex contractu:* tum ex textu ſpec aliis in *l. huiusmodi 84. §. ultim. de legat.* 1. *&* *l. 108. ſi ſervus §. 2. eod. tit.* ubi electio datur legatario, qua actione velit uti; facit *l. cum filius. 76. §. pen. de leg.* 2. tum ex ſolida ratione, quod utraque hæc actio ex diverſo fundamento competat; in rem quidem, ex hoc fundamento, quod dominium rei legatæ recta tranſit in perſonam, quod heres adeundo tacite ſeſe obligare legatarijs intelligitur.

Et per hypothecariam.] Obiiciunt quidam in *d. l. 1. C. comment. de leg.* quod cum res propria mihi non poſſit eſſe obligata pignori, & tranſeat rei legatæ dominium, non poſſit eſſe eadem res obligata hypothecæ. Reſpondent pleriq; veterum; illam regulam, quod dominium & pignus eiuſdem rei non concurrant, habere locum, in dominio jure gentium quæſito, non vero in eo quod jure meo civili & per quãdam fictionem adquiritur. Nec male etiam reſpondet Ioan. Faber hic, quod hypotheca ſit in re legata, non quatenus legatarius conſideratur, ut dominus eius, ſed qua tenus res ei ex quaſi contractu eſt debita. Sed verior reſponſio eſt, quæ & à *Br. Iaſone & Interpp. aliis in dict. l. 1. Cod. comm. de leg.* magis probatur; hypothecam conſiſtere non ipſa re legata, ſed in ceteris bonis defuncti; quod ex ipſis quoque verbis Imp in *d. l. 1.* ſatis apparet. Atquin videntur jam olim legatarij habuiſſe hypothecam, per *l. 4. §. 1. de ſeparat.* quod & ibi Accurs notat. Sed ſane Iuſtin. hoc ſibi tribuit: & ego exiſtimo agi ibi de ſpecie pignoris prætorij, quod creditores hæreditarij habent in bonis debitoris defuncti, quorum ſeparationem à bonis heredis ex Edicto illo impetraverunt; quod nimirum pignus primo habent creditores; & poſt hos legatarij ſi quid ſuperſit; idque confirmatur ex *l. 1. §. 3 de ſeparat.* quæ etiam eſt reſponſio Ioh. Fabri hic. Porro non eſt concurſus actionis in rem & perſonalis

con-

contra §. *ſic itaque* 14. *Inſ. de action.* Ubi negatur rem debitam, & quæ perſonali actione petenda eſt, poſſe etiam peti actione in rem, ut quis contendat eam eſſe ſuam Etenim, quod paulo ante diximus, hæ actiones dantur ex fundamentis diverſis. In rem quidem, ex hoc, quod ipſo jure dominium rei legatæ eſt adquiſitum; In perſonam, ex hoc quod heres eſt ex quaſi contractu per aditionem obligatus. Ideoque verum eſt, quod Dd notant has actiones eodem libello cumulari non poſſe: & una conſumit procul dubio alteram: quamvis poſt Bart. hic Porcius noterit idem, quoniam legatarius non ſit effectus dominus jure gentium, eum etiam hac conſideratione poſſe petere, ut res ſibi detur. Sed dominium juris civilis, ex eodem jure plenum & verum habetur itaque verum non eſt, legatarium qua dominium in ipſum translatum conſideratur, poſſe petere ut res ſibi detur, ſed tantum, ut dixi, qua heres ut ex quaſi contractu ipſi obligatus conſideratur.

TEXTUS.

3. Sed non uſque ad eam conſtitutionem ſtandum eſſe exiſtimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus, legata quidem ſtricte concludentem, fideicommiſſis autem, quæ magis ex voluntate deſcendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, neceſſarium eſſe duximus, omnia legata fideicommiſſis exæquare, ut nulla inter ea ſit differentia; ſed quod legatis deeſt, hoc repleatur ex natura fideicommiſſorum: & ſi quid eſt in legatis amplius, per hoc creſcat fideicommiſſorum natura. Sed ne in primis Legum cunabilis, permiſtim de his exponendo ſtudioſis adoleſcentibus introducamus difficultatem quandam, duximus eſſe operæ precium, interim ſeparatim prius de legatis, & poſtea de fideicommiſſis tractare, ut natura utriuſq; juris cognita facile poſſint permiſtionem eorum eruditi ſubtilioribus auribus accipere.

COMMENTARIUS.

Juſtin. & legata omnia inter ſe, & porro legata invicem & fideicommiſſa exæquavit: fideicommiſſa ſcilicet particularia: & conſtat ad univerſalia hanc exæquationem non pertinere, quæ traditur *h.* §. *& in l* 2. *C. comm. de leg.* Hic ſtatim obiicitur *l* 1. *de legat.* 1. ubi ſub nomine Ulpiani proponitur, *per omnia legat.* 1. ubi ſub nomine Ulpiani proponitur, *per omnia legata* exæquata eſſe fideicommiſſis. Et quidem *Cujac* 8. *obſ.* 4. refert id ad caſum ſingularem imputationis in Falcidiam. *Ravard.* 3. *var.* 4. ad Interdictum. *quod legat.* Et Cujacius inſuper eos qui aliud probant, irridet vehementer. Sed pravo judicio hic uſus, & ipſe riſu dignus. Ut enim demus Ulpianum ſcripſiſſe, exæquata eſſe legata fideicommiſſis, quantum ad Falcidiæ imputationem (quod ipſum tamen maxime controverſum & potius falſum eſt) aut quo ad Interd. *quod legatorum*; tamen numquam potuit ita ſcribere, quod ſint exæquata per omnia: ut omnino fatendum ſit à Triboniano hoc ita in veſtibulo poſitum ad mentem Iuſtiniani: quod ſi reſpexiſſet ſingularem caſum Tribonianus cum Ulpiano, non niſi ſtulte, ita abſolute fideicommiſſis exæquata legata ſcripſiſſet. Et opinionem hanc, quod hic aliquid interpolaverit vel mutarit Tribonianus, vel quod totum illud caput de ſuo appoſuerit, probant clariſſimi Juriſconſulti, *Duar. & Alcia. in d. l. de leg.* 1. *Idem Duar.* 2. *diſp.* 9. *Goveau.* 1. *var. lect.* 30 *Donell.* 8. *comm.* 2. *Ant. Auguſt.* 3 *emend. ult. Ant. Guib. Coſt. quaſt.* 10. *memorab. n.* 6. *Viglius ad* §. *legatarius ſup. de teſtam. ord. in pr. Balduin. Baro, Hottom VVeſemb. hic*, & jam olim hæc ultima fuit reſponſio *Accurſij in d. l.* 1. *de legat.* 1. & Raphaelis, ut eum refert *Angel. hic n.* 10. quorum ſane autoritas Cujacio & Ravardo præfertur merito. Docet porro hic §. *& d. l.* 2. *C. comm. de legat.* hanc legatorum & fideicommiſſorum exæquationem eſſe mutuam: quæ ipſa tamen (ut & monuimus ad §. præced.) non nimis præciſe debet accipi, ne quæ inde abſurditas conſequatur. Et nimirum hic quoque duplex adhibenda eſt limitatio. Prima eſt, quod adhuc ſuperſit differentia, quæ dependet ab ipſa eſſentia rei: fieri enim non poteſt, ut non ſit fideicommiſſum, cum quid precario rogavit teſtator heredem facere; utcumque id habeat effectum legati: Deinde nec effectus omnino ſemper idem eſſe poteſt, ubi diverſitas quo ad effectum fluit à voluntate defuncti: ne fiat alias contra mentem Iuſtinian. qui hunc ſcopum ſibi profitetur eſſe propo-

ſitum, ut defunctorum voluntati ſubveniatur. Ex quo hodieque intereſſe defenditur, an teſtator per fideicommiſſum, an directe relinquat libertatem, ut dicemus *infr ad §. 2. de ſin. ul. reb. per fideicomm.* Ceteroquin procedet hæc exæquatio, ut eædem actiones, quæ competunt pro legatis, pro fideicommiſſis quoque cõpetant: quod nominatim expreſſum eſt in *d. leg. 1. Cod comm. de legat.* Jam more noſtro verbà quædã textus noſtri videamus. Ait Iuſti.

Cum enim invenimus &c.]In fideicommiſſis magis valebant conjecturæ quam in legatis, & ea quavis ultima voluntate relinquebantur, & à legatario quoque. Et hactenus naturam pinguiorem fideicommiſſa habuiſſe dici poteſt. Sed contra ex legatis recta (licet non in omnibus ſpeciebus) dominium tranſibat, & actio in rem aut perſonalis ordinaria, ſed pro fideicommiſſis tantum perſecutio extra ordinem erat. De his & aliis differentiis videndi ſunt *Vlpian tit. 25. de fideicomm. & Cajus 2. Inſt. tit 7. de fideicomm.*

Neceſſarium eſſe duximus.]Videtur hæc inepta illatio: Fideicommiſſa habebant pinguiorem naturam quam legata. Ergo neceſſarium fuit, ea invicẽ exæquare: quoniam iſta diverſitas & à verbis & à voluntate defuncti cauſam ſuam habebat: ceteroquin procul dubio Juriſconſulti & Legislatores jam olim fideicommiſſa & legata exæquaſſent, ſi vidiſſent ullam hujus rei neceſſitatem.

Sed ne inprimis.]Videbatur eſſe conſequens huic exæquationi, ut confuſim & conjunctim ageretur de legatis & fideicommiſſis: ideo Iuſtin. hic rationem reddit, cur ſeparatim de iis agat.

TEXTUS.

4. Non ſolum autem teſtatoris res vel heredis, ſed etiam aliena poteſt legari: ita ut heres cogatur redimere eam, & præſtare, vel ſi eam non poteſt redimere, æſtimationẽ ejus dare. Sed ſi talis ſit, res cujus commercium non eſt, vel adipiſci non poteſt, nec æſtimatio ejus debetur: veluti ſi quis campum Martium vel Baſilicas, vel templa, vel quæ publico uſui deſtinata ſunt, legaverit: nam nullius momenti tale legatum eſt. Quod diximus autem, alienam rem poſſe legari, ita intelligendũ eſt, ſi ſciebat defunctus alienam rem eſſe, non, ſi ignoravit: forſitan enim ſi ſciviſſet alienam rem eſſe, non legaſſet, & ita D. Pius reſcripſit. Et verius eſt, ipſum qui agit, id eſt, legatarium, probare oportere, ſciviſſe alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignoraſſe alienam, quia ſemper probandi neceſſitas incumbit illi qui agit: ſed & ſi rem obligatam creditori aliquis legaverit, neceſſe habet heres eam luere. Et in hoc quoq; caſu idem placet, quod in re aliena: ut ita demum luere neceſſe habeat heres, ſi ſciebat defunctus rem eſſe obligatam: & ita Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expreſſerit, non debet heres eam luere.

COMMENTARIUS.

1 *Diſtinctio rerum.*
2 *Quid ſi res non ſit in commercio legatarij.*
3 *Emendatio* §. ſi quis 11. h. h. t.
4 *Res hoſtium an legentur.*
5 *De re quæ eſt legatarij.*
6 *De legato rei alienæ & communis.*

TRactatio de rebus quæ legari poſſunt, (& eſt hæc altera hujus tit. pars) non unam deſiderat † diſtinctionem. Nos rem quam confuſe tractat Iuſtinian. diſtinctius proponemus. Prima diſtinctio 1 eſt, quod aut res legata eſt in rerum natura, aut non eſt: De his quæ non ſunt in rerum natura dicemus ad *§. ea quoque 7. infr. h. t.* Quæ in rerum ſunt natura, aut ſunt in commercio, aut extra commercium, quæ attinguntur in *h. §. verſ. ſed ſi talis.* Eorum rurſus hæc diſtinctio eſt, quod aut ſimpliciter non ſunt in commercio, veluti res publicæ, ſacræ, ſanctæ, religioſæ: & legatum omnimodo eſt nullum, *d. verſ.* ita ut nec æſtimatio debeatur *l. cũ ſervus 39. §. ſi vero 8. cum ſeqq. de legat.* 1. quæ communis eſt & liquida ſententia: vel ſecundum quid in commercio non ſunt: & ſcilicet vel heredis vel legatarij. Et ſiquidem heres commercium non habeat, utile eſſe legatum non dubitatur: quia res transferenda eſt in legatarium: & procedit hic argumentum à ſtipulatione ex *leg. multum 34. de Verb. obligat. & textus eſt in leg.*

mortuo

mortuo §. ſed & 3. de legat. 2. nec dicemus aliud, ſi res in teſtatoris commercio non fuerit: (ubi res ſcilicet aliena legatur,) aut non fuerit: vel ſit in commercio legatarij. qui alij reſtituere rogatus eſt: notant Dd. communiter in *d. leg. multum* 34. *de Verb.*
2 *obligat.* Quod ſi in legatarij † commercio res non ſit, legatum eſſe inutile, probatur *d. leg.* 34. ubi dicitur, inutilem eſſe ſtipulationem: & in terminis *d. leg. mortuo* 49. §. 2. *de legat.* 2. Sed obſiſtunt textus in *leg. ſed ſi* 40. *de legat.* 1. ubi dicitur deberi æſtimatio, cum fideicommiſſarius jus poſſidendi rem non habet: item in *leg. filiusfamilias* 114. §. *ſi quid* 5. *de legat.* 1. *facit lex fideicommiſſa* 11. §. *ſi ſervo* 16. *de legat.* 3. Accurſ. diſtinguit, an incapacitas ſit verbi cauſa ex odio ſectæ, veluti ſi Iudæo ſit relictum mancipium Chriſtianum, an ex alia cauſa. Illic plane nihil deberi; hic deberi æſtimationem. Cujacius hic & in *d. leg. multum* 34. *de verb. obligat.* putat omnino inutile eſſe legatum: & ſpeciale eſſe in *d. leg.* 11. §. 16. *de legat.* 3. quod militia ubi legata eſt, ex natura quodammodo legati, debeatur æſtimatio *arg. d. l.* 49. §. 1. *de legat.* 1 Et in *d. l.* 114. §. *de legat.* 1. cum licite dicat JCtus relictum, non incapacem fuiſſe legatarium, ſed ſupervenisse legatario extrinſecus, ob quod rem ipſam habere non potuerit. Denique in *l.* 40. *de legat.* 1. expuncta negatione ſecunda legendum eſſe, *cui jus poſſidendi eſt*, ut ratio dubitandi fuerit, quod legatarij ipſi à quo fideicommiſſum alteri relictum erat, incapax erat, ut ante diximus. Alij putant intereſſe, an teſtator ignoraverit incapacem eſſe legatarium, an ſciverit: ut hoc caſu debeatur æſtimatio *arg. d. leg.* 11. §. 16. *de legat.* 3. Mihi ſemper viſum fuit, ex ratione juris veteris diſtinguendum eſſe inter legatum & fideicōmiſſum Illud omnino inutile eſſe. hujus æſtimationem præſtandam eſſe. Et de legato loquitur *d. lex* 46. *de legat* 2. De fideicommiſſo *d. lex* 40. *de legat.* 1. *lex* 11. §. 16. *de legat.* 3. & in tota *leg.* 114 *de legat.* 1. tractatur de fideicommiſſis. Et fuit hæc prima origo fideicommiſſorum, ut hoc modo iis relinqueretur, quibus non poterat legari §. 1. *infr. de fideicomm. hered.* Et ſane non inconcinna differentiæ ratio reddi poteſt; quod legata in legatarium recta tranſeunt, itaque ubi eum contingit eum incapacem, neceſſum eſt ut ſint nulla, quia offendunt objectum inhabile: fideicommiſſa autem initio in alterius perſona ſubſiſtunt. Cum igitur exæquatione facta, velit Iuſtin. ut quod deeſt legatis ex fideicommiſſis ſuppleatur, proinde ſtatuemus, hodie ſemper æſtimationem deberi.

Jam adgrediamur alterum membrum de re quæ eſt in commercio. Et hæc res vel eſt teſtatoris propria: vel nō eſt ejus. Res teſtatoris omnino recte legatur, ut ex *pr. hujus* §. liquet. Ejuſque ampliationes duæ ſunt in §. *ſi quis rem* 11 *inf. h. t.* 1. ut legatum hoc valeat etiam ſi tamquam aliena res ſit legata: quoniam etiam ſi revera aliena fuiſſet, valeret legatum. ſecundo quod utile ſit legatum, etiamſi legaverit, tamquam eſſet legatarii: cum tamē res propria legatarij, ei non recte legetur: ut mox dicemus. Itaque hic alia ratio eſt neceſſaria: nimirum
† quod plus valeat quod eſt in veritate, quam in 3
opinione; quæ ratio *d.* §. 11. ſed incongruo loco habetur adjecta: quod à nemine ad eum locum obſervatum miror. Proponitur ibi initio valere legatum, etiamſi quaſi alienam rem quis legaverit, quæ tamen ipſius erat propria. Veritas itaque erat, quod res propria eſt teſtatoris: opinabatur autem teſtator eam eſſe alienam. Etiamſi opinionem teſtatoris attendas, tamen valet legatum, quoniam res aliena recte legatur. Itaque non bene iſta ratio ſubiicitur ei, quam dicimus primam ampliationē. Sed debet ſubiici ampliationi ſecundæ, & nimirum illi aſſertioni, qua reſpondetur utile eſſe legatum, ſi teſtator rem putet eſſe legatarij. Hic enim ſi opinionem ſequamur teſtatoris; nullum fuerit legatum, quia quod eſt legatarii proprium, inutiliter ei legatur §. *ſed ſi* 10 *infr. h. t.* ſed ut valere hoc poſſit legatum, ſequimur illud quod in veritate eſt, quod nimirum eſt res teſtatoris. Huic tamen deciſioni obiicitur, quod cum teſtator præſumatur ſcire jura, adeo quod poſſit legatario relinqui res ipſius propria: qui legat rem tamquam quæ eſſe legatarij, ludere magis eum videtur. Favorem ultimæ voluntatis, & benevolentiam præſumptam teſtatoris hic allegant Hottom. & Myns. ſed poteſt teſtator erraſſe & putaſſe, quod eſſet legatarij: ſicut putavit rem ſuam eſſe alterius tertii, ut paulo inferius tractatur. Movet iſtum ſcrupulum & Ioh. Faber, & quod ſi rem meam tibi tradam tamquam tuam, nō tranſeat dominium *l. 3. §. ſubtilius* 8 *de condict. cauſ. dat* Omnino facit aliquid favor ultimæ volūtatis; cū & hac ratione utatur Iuſtin. quod exitū volūtas habere pōt. Iſtud a. plane eſt cōtra mētē Iuſtin. ut intelligamus, rē in qua teſtator ſaltē aliquod jus credebat ſe habere. Hæc de legati rei ꝓpriæ teſtatoris.

Quæ res propria teſtatoris † non eſt, ea vel ci- 4
vis Romani, vel alicujus non civis Romani:

veluti

veluti hoſtium; de quo genere legati, & an res hoſtium recte legentur, hic quoque noſtri interpp. tractant. Et aut poſtliminium habent res, quæ ſcilicet ante civium Romanorum fuerunt, & valet omnino legatum per *l. ſervus 89. de legat. 1. l. id quod 9. eod.* aut numquam fuerunt civium Romanorum: & ex his mobiles, quæ in ſolum Romanum poſſunt per commercia & negotiationes transferri, recte legantur: de quibus accipito *l. ab omnibus §. etiam 2. de legat.* 1. hæ enim intelliguntur emi poſſe, quod ibi requirit JCtus: ideoque non neceſſe eſt cum Zaſio fingere, eſſe res hoſtium in *d. l.* 104. legatas ſub conditione, ſi aliquo caſu emi poſſint. Reliquæ & immobiles hoſtium res non legantur recte, quarum nulla eſt translatio, quo pertinet *l. liber. 103. de verb. obligat.*

Res quæ non teſtatoris, ſed alterius civis Romani eſt, in triplici eſt differentia: vel enim eſt heredis, vel legatarij, ſive tertij alicujus: quæ in hac materia in ſpecie ſolet dici aliena, ut ex hoc §. & ſeqq. apparet, quibus res heredis & quæ propria legatarij, à re aliena ſeparantur. Rem heredis legari poſſe conſtat, non minus quam ipſius teſtatoris: nã quem honorat quis, eundem onerare quoque poteſt *l. 1. §. ſciendum 6. de legat.* 3. & probatur ex §. *noſtri*: ita ut valeat etiamſi teſtator eam putaverit ſuam *l. unum 67. §. ſi rem 8. de legat.* 2. quod in re in ſpecie aliena ſecus eſt, de quo inf.

5 Quod ad rem † legatarij attinet, primum illud conſtat, quod in eo cujus dominium à teſtatore ad legatarium pervenit, poſſit gravare eum teſtator, & ut alij reſtituat, per fideicommiſſum rogare. Iſte autem non eſt noſter caſus: ſed de hujuſmodi re quærimus, quam legatarius à teſtatore non habet: & hic ſubdiſtinguitur; quod aut legavit rem ipſi legatario, aut tertio: & hoc caſu aut nihil ei dedit, à quo ita legavit, vel per fideicommiſſum (proprie enim legatum eſſe & dici non poteſt) potius reliquit: & inutile eſt fideicommiſſum: *l. ab eo 9. C. de fideicomm* aut aliquid dedit ei; & rurſus aut hoc repudiavit legatarius, & idem eſt; ut videlicet rem non cogatur pręſtare, teneatur tamen cedere actiones *l. Imp. 70. in pr. de legat* 2. aut agnovit, & tenetur præſtare fideicommiſſum: ſed rurſus an tenetur præſtare omnimodo, an ſaltem ad vires ejus quod accepit à teſtatore? Diſtinguitur, quod aut conſiſtit fideicommiſſum in quantitate, aut in ſpecie, & hic cogitur ſolidum præſtare: quoniam agnoſcendo legatum tanti rem ſuam æſtimaſſe (quæ tamen ſit propria legatarij per fideicommiſſum relicta: ſecus in re aliena per notat in §. 2. *inf. de ſing. reb. per fideicomm.*) cenſetur *d. l. 70. §. 1 de legat. 2 fac. l. ſed ſi 36. ad L. Falcid.* Not. hic quod dicitur, rem meam mihi non recte legari, procedit, ſi pleno jure ſit mea, ſecus ſi mihi abſit jus, veluti pignus, jus emphyteuticum, aut etiam ſi eam rem alteri debeam. Et tale jus in re, vel ad rem, ſive pro re, aut habet tertius aliquis, aut ipſe teſtator. Illo caſu veluti ſi rem meam obligavero pignori, valet legatũ, ut heres rem liberam mihi præſtet *l. ſi tibi 86. de legat.* 1. Hoc caſu etiam valet legatum per expreſſum textum in *l. 1 de lib. leg.* v. c. emit à me rem teſtator, poſtea eam mihi legat, valet legatum *d. l. 1. in pr.* Idẽ ſi ſit teſtatori obligata *d. l* 1. §. 1. & idem procul dubio & magis, ſi habeat teſtator jus emphyt. vel ſuperficiarium *fac. l. Senatus 43. §. ult. de legat.* 1. *& text. expr. in l. ſi domus 71. §. ſi fundus 5. de legat.* 1. Sed obſtat. *l. Mævius 66. §. fundo pen. de legat.* 2. ubi negatur propter iſtas cauſas legatum rei propriæ valere: cũ tamen in præcedd. nominatim de poſſeſſionis & pignoris jure locutus eſſet. Aut dicendum eſt, iſtud eſſe ſummi juris: aut cum *Cujac. 5. ad Afric. in l. etſi 35. de vulg. ſubſtit. & in d. l. 66. lib. 17. quæſt. Papin.* pro *propter* legendum, *præter*, aut quod ibi dicitur, non ad omnia præcedd. referendum: ſed tantum ad ſervitutes. Et tamen id quidem liquidum eſt in ſervitutibus prædialibus; ſed in uſufructu æquitas & ratio ipſa JCti ſuadet, ut hic quoque legatum valeat; non ſi ipſe teſtator habeat, quoniam finitur morte; ſed ſi eum habeat alius, ut æſtimationem aut ipſum uſumfructum præſtet heres; licet Accurſ. contra ſentiat propter eum textum in *d. l.* 66. qui ſane ſtante vulg. lectione neceſſario ad uſumfructum ſaltem & prædiales ſervitutes referendus eſſet: alioqui nihil faceret. Et ego fere illam emendationem probo; quæ etiam in editione Ruſſardi in margine eſt adſcripta. Super eſt caſus, quo ipſi legatario res legata eſt; & hic proprie eſt, ubi teſtamenti tempore res eſt legatarii: alius enim eſt caſus, ubi poſt teſtamentum, dominium rei eſt adeptus legatarius, de quo dicemus in §. *ſi res aliena 6. inf. h. t.* Et igitur, ubi teſtamenti tempore res legatarij eſt, legatum eſt nullum, quoniam ex duabus cauſis quis dominus fieri non poteſt §. *ſed ſi rem 10. inf. h. t.* adeo ut licet rem defuncto necdum teſtatore legatarius alienaverit, non tamen ob id convaleſcat legatum *d. §. 10. l. Cetera 41. §. 2. de legat.* 1. ex ratione regulæ Catonianæ, quæ inſpicit tempus facti teſtamẽti, nec patitur poſtea validũ effici, quod ab initio nullũ & inutile fuit *l. 1. de Reg. Caton. l. quod initio*

29. *& l. qua ab initio pen. de Reg. jur. d. l. 41. § 2.* quamvis in his terminis, à regula videatur exceptionem admiſiſſe *Celſus in l. 1. § ultim. de reg. Caton.* Neque enim recte poteſt *d. l. 1.* accipi de legato cõditionali, quaſi ea verba, *ſi eam vivo teſtatore alienaverit*, ſint teſtatori ita non eſſet exceptio ab regula, quam conſtat ad conditionalia relicta non pertinere: & eſt procul dubio hæc interpretatio contra ſententiam JCti. Nec poteſt reſtringi *§. 10. h. t.* ad caſum quo vivo teſtatore res fuit alienata, cum ſimpliciter loquatur: & multo minus *l. 41. § 2. de leg. 1.* quæ proponit fundum poſt teſtamentum alienatũ. Ratio autem, ut hoc obiter addamus, Regulæ Catonianę hæc eſſe videtur: quod certa intelligitur & conſtans teſtatoris voluntas, qui omnia ad teſtamenti tẽpus voluerit referre, nec ab incerto & futuro eventu pendere. Neq; huic regulæ obſtat *l. ſi cognatis 19. de reb. dub.* nec enim ibi vitioſum fuit legatum. Sed alii poſt teſtamentum inter cognatos adſciti: ſicut & per nativitatẽ alii accedere poſsũt, & teſtator hos intelligere creditur, qui cognati ſunt tempore quo legatum præſtari debet. Multo minus obſtat *l. non intellig. 3. § 2. de jure fiſci.* vel quia ad fideicommiſſa, quæ magis æquitate nitebantur, iſta regula nõ pertinebat: vel quia nec ibi ſunt ſimpliciter incapaces, ſed ex Legibus caducariis & ſimilibus, quæ odioſæ erant; ut merito ſufficere debeat ad excludendum fiſcum, quod fideicommiſſarius tempore mortis capax eſt: cum id non recta tranſeat, ſed per manus heredis præſtetur; & in tempus etiam quo quis capax eſt futurus, nominatim relinqui poſſit, *l. in tempus 62. de hered. inſtit.*

6 Supereſt Res quæ † in ſpecie dicitur aliena: ubi diſtinctione nova opus, quę fortaſſis rectius ſub membro ſuperiori de re propria teſtatoris fuiſſet propoſita. Res enim ſive propria ſive aliena, aut eſt in ſolidum, aut pro parte, quæ eſt communis teſtatori cum alio. Et quid igitur juris, ſi teſtator rem, quam communem cum Titio habet, legaverit, Sẽpronio? Et ſi ſub appellatione S ne legaverit tantum portio quam ipſe in re habet, debetur *l. ſervi 5. § ultim. de legat. 1.* Ex quo gl. ibid. infert deberi totum, ſi ſimpliciter v. c. Cornelianum fundum, ſibi cum alio communem legaviſſet: quoniam ſcilicet res aliena quã quis talem eſſe ſcit, recte legatur. Quæ tamen mihi ratio non ſatis in hãc rem ſolida videtur. Ubi enim res tota aliena, & quã quis ſcit alienata, cui legatur, non poteſt alia ſumi interpretatio, niſi ut tota debeatur; at ubi res communis legatur, licet ſimpliciter, poteſt eſſe quæſtio voluntatis; an partem alteram qua alienam legare voluerit: quod præſertim dici ſoleat, etiam nenm non abſurde dici, quod mihi cum alio commune eſt; ut proinde, etiam qui legat ſimpliciter rem communem, poſſit videri de ſua tantum parte ſenſiſſe; cum alias quoq; in dubio eã ſoleamus interpretationem ſumere, qua minus gravatur heres. Et ob hoc magis probo ſentẽtiam Angeli hic, non deberi totum fundum, niſi teſtator nominatim dixerit, ſe legare totum vel omnem fundum, *argum. l. Iuliano 68 in pr. de leg. 3.* Ad eundem modum ſi quis leget fundum ſuum emphyteuticum, eum legare intelligitur, non qua alienum, ut proprietas debeatur, ſed tantum jus quod in eo ipſe habet *l. ſi domus 71. § ult. de legat. 1.*

Tandem de re quæ tota aliena eſt, agitur hoc textu noſtro, & dicitur recte eam legari, licet difficilis ejus paratio ſit *l. cum ſervus 39. §. conſtat 7 de leg. 1.* Effectus eſt, ut heres præſtare teneatur ejus æſtimationẽ, ſiquidem dominus vendere eam nolit. *§. 4 in pr. h. t. l. non dubiũ 14. inf. l. qui quatuor 30. §. ult. de leg. 3.* Limitatur in *verſ. quod autẽ*, ſi teſtator eam eſſe ſciverit al enam: ceteroquin non præſumitur neceſſitate luẽdi gravare voluiſſe heredem *h. textu & l. cum alienam 10. C. h. t. l. unum 67 §. ſi rem 8. de leg. 2.* Sublimitatur, niſi conjunctæ perſonæ legaverit: tunc enim indiſtincte res debetur *d. l. 10. inf.* etenim his præſumitur quis facile legaturus: eoque ceſſat ratio, quod non credatur teſtator facile donaturus res alienas & gravaturus heredem. Et quia præſumptio eſt pro herede, quod eum teſtator neceſſitate alienæ rei luendæ gravare non voluerit, ideo legatario, qui præſertim actor eſt, probatio incumbit, quod teſtator ſciverit, rem eſſe alienam, hoc textu *verſ. & verius l. verius 21. de prob.* ubi tamẽ ſcrupulum movet, quod imo præſumptio videatur eſſe pro legatario: quoniam quiſq; præſumitur ſcire quæ ad ſe & dominium ſuum pertineant: Porro quod meum non eſt, id neceſſario eſt alienum. Ergo teſtator potius intelligetur ſciviſſe conditionem rei legatæ & quod ſit aliena. Joh. Fab. diſtinguit: quod aut poſſidet teſtator rem, aut non poſſidet. Illo caſu aut poſſidet ut ſuam, & tenetur heres præſtare eã qualis eſt, quod ſi evincatur heredi antequã pręſtetur, non tenebitur, niſi legatarius probet teſtatorẽ ſciviſſe rem eſſe alienam: aut non ut ſuam, veluti commodatam aut depoſitam, & poteſt hic etiam in magno patrimonio, aut ſi per res patrem fuerit depoſita, teſtator exiſtimaſſe eſſe ſuam: Ergo poteſt & hic legatario incumbere pro-

batio. Quod ſi alius poſſideat, & teſtator nec jus aliquod in re habeat, quod alias tantum legare cenſetur: verum eſt ut hic non præſumi debeat, quod ſcieſſet eſſe alienam. Quid autem jure Canonico? Movet hic dubium *cap. filius 5. de teſta.* ex quo quidam crediderunt, non valere legatum rei alienæ ex jure; quamvis varii ſint intellectus ad iſtud cap. quos refert *Jaſon ad d. l. 10 C. h. t.* & aliquos etiam *Fachin. 5. controv. 38.* Plane diſtinguit ibi expreſſe Pontifex inter legem Dei & legem ſeculi, quam improbat: & ne poſſit videri erraſſe & exiſtimaſſe, jure civili domino cum injuria ejus auferri poſſe rem, illud facit, quod legibus hoc tantum ſeculi conſtitutum ait, heredem teneri ſolvere quod legatum eſt. Rurſus nimis abſurdum ſit exiſtimare, quod improbaverit Pontifex, ut teſtator poſſit gravare pro voluntate ſua heredem, ut rem redimat & præſtet: ideo magis opinionem eorum probo, qui d. cap. de ſpeciali caſu explicant: de quo videndi ſunt Jaſon & Fachin. dd. locis.

Quæ ratio eſt rei alienæ, rationem eandem eſſe rei obligatæ pignori, docemur ex fine textus noſtri, qui eſt §. *ſed etſi 5. h. t.* ut nimirum valeat legatum rei, quam teſtator pignori obligavit: ita ut niſi teſtator diſerte hoc onus legatarii voluerit eſſe, heres ſoluta pecunia teneatur luere & legatario præſtare, ubi ſcilicet adhuc pignora nexa ſunt: ceterum ſi jam tum diſtracta ſint per creditorem, incidunt in ſpeciem priorem legatæ rei alienæ, itaque tum heres æſtimationem præſtare tenetur, niſi aliā probet defuncti fuiſſe voluntatem *l. prædia 6. C. de fideicom.* Et amplius idem eſt hactenus, ut non aliter valeat legatum, quam ſi ſciebat teſtator eam nexam pignori, & ut legatarius probare cogatur, quod obligatam eam ſciverit teſtator *h. textu & l. ſi rem 57. de legat. 1. junct. l. licet 15 de dot. præleg.*

TEXTUS.

5. Si res aliena legata fuerit, & ejus rei vivo teſtatore legatarius dominus factus fuerit; ſiquidem ex cauſa emtionis, ex teſtamento actione pretium cōſequi poteſt: ſi vero ex cauſa lucrativa, veluti ex donatione, vel alia ſimili cauſa, agere nō poteſt. Nam traditum eſt, duas lucrativas cauſas in eundem hominem & eandem rem concurrere non poſſe. Hac ratione ſi ex duobus teſtamētis eadem res eidem debeatur; intereſt, utrum rem an æſtimationem ex teſtamento ſit conſecutus: nam ſi rem habet, non poteſt agere: quoniam habet eam ex cauſa lucrativa: ſin æſtimationem, agere poteſt.

COMMENTARIUS.

Rejecimus ad §. præced. in hunc locum, tractationem, ubi rei legatæ dominium poſt teſtamentū legatario ſupervenit: præmittimus autem, quod regula hujus §. habet, quod non concurrant circa eandem rem, i. e. ſpeciem & ſcil. individuum. Itaq; ſecus eſt in legato quantitatis, *l. plane 34. §. 3. de leg. 1.* imo etiam ſi ab uno res, ab alio æſtimatio ejus relicta fuerit *arg. l. Titia 87. in pr. de leg. 2.* Inſuper procedit ſi concurrant eodem tempore, ſecus ſi ſub conditione interim pendeat obligatio *arg. l. exiſtimo 98. de V. O.* Itē ſi res ſit acquiſita irrevocabiliter: alias ſecus, licet jure ſpeciali & v. c. per reſtitutionem in integrum avocari poſſit: qui caſus eſt *l. nonnunquam 82. §. 1 de legat. 1.* Porro ſecundū hoc diſtinguit hoc §. Juſtin. an dominium ſupervenerit ex cauſa oneroſa, an lucrativa. Hoc caſu intercedit legatum & extinguitur: ut nec æſtimatio peti poſſit: ex regula dicta, quod duæ cauſæ lucrativæ non poſſint in unam rem & perſonam concurrere: *ex l. omnes 17. l. ex prom. 19. de obl. & act. l. inter 83. §. ſi rem 6. de V. O.* eadem o. hic eſt ratio, ſive ex legati cauſa vel qua alia res debeatur, *l. nutu 21. §. 1. de leg. 3. l. ſi ſervus 108 §. Stichū 4. de leg. 1.* ubi & redditur ratio, quod bis eadē res præſtari non poſſit. Eſt autē titulus legati lucrativus: Atq; ita omnino obtinet; ſi res ipſa titulo lucrativo legatario obvenerit, *l. Mævius 66. §. 1. de leg. 2.* ſecus in *f. hujus §.* eſſe docetur, quando tantum æſtimationem rei debitæ conſecutus eſt legatarius; tunc enim ſupereſſe actionē ad petendam rem. Hoc oſtendit exemplo duorum teſtamentorum, quibus eadē res legata eſt: & eadem ratione ſtatuemus, ſi cum alicui res promiſſa donationis cauſa fuerit, donatarius æſtimationem rei promiſſæ fuerit adeptus: ut & tum ex teſtamento quo res legata eſt, actio ipſi integra ſuperſit. Et ita explicandum eſt quod ſcribit Juriſconſultus in *l. plane 34. §. 2. de leg. 1.* ſi duorum teſtamētis res eadem legata ſit, bis peti poſſe, ut ex altero rem cōſequatur legatarius, ex altero æſtimationem. Quod ſi enim prius res ſoluta ſit, æſtimatio haud poterit ex altero peti, poterit autem peti, ſi prius ſoluta fuerit æſtimatio. Cui non obſtat, quod in *l. hujuſmodi 84. §. 2. de leg. 1.*

dici-

dicitur repelli per exceptionem, qui æſtimationem côſecutus eſt. Diverſus enim ibi proponitur caſus, ubi ille à quo fundus legatus erat poſt biennium Titio, huic legavit fundum, non ut ei novam cauſam petêdi daret, ſed ut ſe obligatione ex alio teſtamento, liberatet. Ex quib. apparet, non ſimpliciter nec per omnia verum eſſe, quod jactari ſolet vulgo eum qui æſtimationem habet, videri ipſam rem habere: & recte notat Hottoman. fieri hinc manifeſtum, quod omnimodo re ipſa contineatur æſtimatio, ſed non etiam æſtimatione rem eodem modo contineri: & facit, quod poteſt eſſe affectio ad rem, ultra æſtimationem. Jaſon tamen id addit, ad Porc. vocat hoc maximum dubium, cur æſtimationê ſi prius adeptus ſit legatarius, poſſit adhuc petere rem, non vice verſa. Et ſane quod ex accidenti ſit, non videtur mutare jus debere. Ait Jaſon omnes Dd. hic obmutuiſſe: & rationem à ſe propoſitam ipſe poſt improbat. Forte aliquid facit, quod cum duorum teſtamentis res legatur, non poteſt eſſe utriuſque propria; at in caſu rei legatæ alienæ, quodammodo rei æſtimatio magis in obligatione eſſe videtur. Et regula de concurſu cauſæ lucrativæ duplicis, ſtricte accepta fuit; cur enim proſit mihi ad liberationem, quod alius rem creditori meo dedit & donavit? Itaq; ſubtilis illa ratio juris, quod eadê res peti bis nô poſſit, ſtrictiſſime fuit accepta, ubi res ipſa ad aliquê pervenit: non ubi prius æſtimatio ſoluta fuit. Ait autem Juſt. n. in *pr.* §. ita eſſe, ſi legatario dominium vivo teſtatore ſupervenerit; Et tamen gl. & poſt eam Interpp. omnes communiſſime hic, notât idem eſſe, ſi poſt mortem teſtatoris idem contingat: in quam rem tamen nullum textum adducunt. Et vero mihi iſtud facit dubium, quod ſtatim dies legati cedit à morte teſtatoris, qui poſtquâ ſemel uti liter ceſſit, non videtur ex poſt facto legatum extingui poſſe. Quod aliis cogitandum relinquo. Quid porro, ſi cum rei legatæ ſupervenifſet dominium, legatarius rem iterum vivo teſtatore alienaverit? an res reſtituetur in priſtinû ſtatum, & legatum iterum convaleſcet? Et ex *l.* 17. *de oblig. & act.* apparet obligationem perimi: & in *d. l.* 83. §. 6. *de V. O.* evaneſcere ſtipulationem dicitur. Ad quæ tamen reſponderi poſſit, diverſam eſſe rationem, quod ex cauſa legati vivo teſtatore nulla necdum ſit nata obligatio, quippe quæ demum adita hereditate contra heredem naſcatur. Alia autem hic regula contra legatarium adduci poſſit, quod ubi res incidit in eum caſum à quo incipere non poteſt, ſed ſoleat ad irritum redigi: res autê legatarii propria legari ei nô poteſt, ſed & hæc regula non unam habet exceptionem. Et, ſi eam huc velis adcommodare, effeceris, quod etiamſi ex oneroſa cauſa legatario ſupervenerit dominium, legatum pereat, quod falſum eſt. Neque ſatis ad hujus rei diviſionem facit *l. Mevius* 66. §. 1 *de legat.* 2. ubi negatur vocari actionem ſemel extinctâ, hic enim non poteſt dici extincta actio, quæ necdû nata eſt; & proponitur ibi, ab uno herede ſolutam rem fuiſſe legatario: & igitur poſt teſtatoris mortê ut merito legati petitio eſt teſtamento altero reviviſcere hic nequeat: atqui ponimus, alienationem adhuc vivo teſtatore factam fuiſſe. Et hoc quoq; ego interim in medium relinquo. Dubiam plane amplius facit opinionem illam Interpp. quod in *l. non* 82 *in pr.* in his terminis, ubi ſupervenit dominium ex cauſa lucrativa, dicitur extingui obligatio legati DIE CEDENTE, ſcilicet ut eum effectu extinguatur obligatio, ſi eo têpore quo dies cedit legati, reperiatur adhuc dominium ejus exſiſtere apud legatariû: & facit quæ traditur in *d. l.* 82. limitatio, ita demum extingui obligationê, ſi res ita ut avelli non poſſit, ad legatarium pervenerit. Illud vix dignum eſt admonitione, quod Mynſ. notat, intelligi in ſi. duo teſtamenta diverſorum teſtatorum; conſtat enim unum cum duob. teſtamentis decedere non poſſe. & pluſquam certum eſt, ſpeciem bis legatam ab uno tantum ſemel deberi

Ad hunc autem tractatum de duabus cauſis lucrativis pertinet ſpecies § *ſi cui fundus* 9. *h. t.* quam ob connexionem materiæ hic explicabimus. Titio fundus legatus eſt, quod genus legati continet plenam proprietatem *leg. ſi Titio* 10 *& l. ſi alii* 19. *de uſufruct. leg.* Hic Titius fundi hujus ſibi legati nudam proprietatem ex titulo oneroſo emptionis cum adquiſiviſſet, mox uſusfructus acceſſit, & ſcilicet ſine onere, forte morte, aut capitis diminutione uſufructuarii finitus, ut proponitur in *dict. leg. non quoc.* 82. §. *fundus* 2. *de leg.* 1. quæritur an Titius æſtimationem ſolidam totius fundi ex teſtamento petere poſſit. Summa quæſtionis in eo poſita eſt, an partem fundi videatur adquiſiviſſe titulo lucrativo Titius, & adeo an hac in re ratio haberi debeat uſusfructus, ad minuendum jus legatarii & actionem, quoniam uſusfructus titulo lucrativo legatarius habet. Dubitandi ratio pro Titio eſt, quia non eſt uſusfructus fundi pars, ſed ſervitus, *d.* § 9. *h. t.* & fundus totus noſter eſt, cujus uſu fructus alienus eſt, *l. recte* 25. *de V. S.* Sed contra Titium ex adverſo facit, quod in uſufru-

ctu eſt

ctu eſt totum emolumentum rei *leg. Mævius 66. §. do 6. de legat. 2.* cujus reſpectu etiam partis inſtar habet *dict. leg 66. l. qui uſumfruct. 58. de verbor. oblig.* & conſtat longe minoris emi proprietatem nudam quam plenam; ut proinde æquum non ſit, totius fundi æſtimationem Titium ex teſtamento cōſequi, cui ſine onere acceſſit uſusfructus. Deciſio quæſtionis eſt, ut quoniam uſusfructus pars fundi non eſt, competat quidem ſummo jure petitio æſtimationis fundi totius; nec adeo Titius dicatur plus petere; (idque eſt quod Juſtinian: ait, recte fundum nimirum, æſtimationem ejus peti; quia uſusfructus in petitione ſervitutis locum obtineat) ſed officio judicis tanto minoris condemnetur hæres, quanti minoris emit proprietatem nudam Titius, quàm pro plena proprietate dandum ei fuiſſet, & omnino ut ſicut detracto uſufructu fundum emit, ita & æſtimatio fundi deducto uſufructu præſtetur, & in ſumma ut tantum conſequatur legatarius, quantum venditori pretii loco pro proprietate nuda dedit, *d. §. 9. & d. l. 82. §. 2. de leg. 1.*

TEXTUS.

6. Ea quoque res quæ in rerum natura non eſt, ſi modo futura eſt, recte legatur: veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt: aut quod ex illa ancilla natum erit.

COMMENTARIUS.

AD §. *non ſolum 3. ſup. h. tit. in princ.* propoſuimus hanc primam diviſionem rerum, de quibus legandis quæritur; quod vel ſint in rerum natura, vel non ſint; de quibus hoc loco dicere promiſimus. Earum diſtinctionem ſuppeditat hic §. quod, aut ita non ſunt, ut nec futura ſint, velut hippocentaurus, aut homo mortuus, & procul dubio legatum eſt nullum, ut & ſtipulatio *§. 1. infr. de inutil. ſtipulat.* aut ita non ſunt, ut ſint futura, licet etiam poſſit accidere ut non fiant; (velut ancillæ partus ſi abortum faciat, quo caſu nihil debebitur,) aut nō in omnino certa quantitate fiant, veluti fructus fundi naſcituri, *h. §. & l. quod in 24. in princ. de legat. junct. l. etiam 17. de legat. 3.* Plane non quærimus hic de illo caſu, quo quis ſimpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini, aut olei, quæ omnino præſtanda eſt: neque ita dicuntur legati fructus fundi; ſed duo caſus huc pertinent. 1. cum quis ſimpliciter legat ſine aliqua determinatione fructus, qui naſcituri ſunt ex fundo Tuſculano, 2. quando eos legat ſub certa quantitate; velut modios centum naſcituros ex fundo Tuſculano. Hic autem, aut omnino voluit præſtationem legati reſtringi ad fructus ex fundo naſcituros, aut demonſtrationis tantum gratia adjecit fundum, ex quo ſcilicet commode fructus ſumi poſſent. Hoc caſu quantitas tota omnino debetur, etiamſi fructuum ea quantitas ex fundo Tuſculano percipi non poſſit; qui caſus eſt *leg. Lucius 12. de alim. leg. l. Paulo 27. §. ultim. in fin. de legat. 3.* Ceteroquin in dubio, ubi teſtator legavit, vel ſimpliciter fructus fundi Tuſculani, vel, Centum amphoras vini ex fundo Tuſculano, fundus adjectus cenſetur taxationis gratia, ut debeantur hæ amphoræ, ſi tantum inde percipiatur; itaque ſi vel nihil, vel tantum decem verbi cauſa amphoræ natæ ſint, nihil etiam vel decem tantum amphoræ debebuntur *l. 1. ſi quis 8 §. 2. de legat. 2. l. cum certus 5 de tritico legat.* idque eſt, quod ejuſmodi hujuſmodi dicitur ineſſe conditio, ſi ſcilicet naſcantur fructus, *lit in fin. de condit. & demonſtrat* Sed in *l. interdum 73 in princ. de verb. obl.* talis promiſſio dicitur habere dilationem ex re ipſa; & quod non ſit vera cōditio docet *l. conditiones 99. de V. O.* quoniam non extrinſecus iſta conditio venit; ſed tacite ineſt; itaque legatum non facit conditionale *dict. leg. 99. l. 6. §. 1. quand. dies leg. ced.* Ex quo fit, ut quod etiam communiſſime omnes probant, præmortuo legatario, non pereat legatum, ſed tranſmittatur ad hæredes, conditionalia autem legata non tranſmittuntur *l. 4. in princ. l. 5. §. 2. l. cum illud 25. in fin. quand. dies legat. ced.* Nec obſt. quod in *dict. leg. 73 in princ. de V. O.* tunc dicitur incipere actionem ubi fructus nati ſunt, (ubi autem obligatio in diem tantum concepta eſt, ſtatim etiam ante diem actio nata eſt, ut dicemus *infr. de Verb. Oblig.*) etenim hoc cum effectu accipiendum eſt; quoniam actio licet ante diem nata, necdum tamen moveri poteſt cum effectu, ut dict. loco dicemus. Dd. tamen magis putant eſſe legatum conditionale quo ad nativitatem, ſed non quoad tráſmiſſionem, ut quo ad hanc perinde habeatur, ac ſi dies tantum legato ineſſet, ſed plane ſi actio dicatur nullo modo nata, non video, quomodo tranſmitti in hæredes poſſit. Dicemus alias non inepte: cum & nulli fructus naſci poſſint, & non tantum naſci, conditionem ſimul & diem ineſſe legato, ut videatur ita legaſſe teſtator, ſi fructus naſcentur, & cum naſcentur; Et quo ad illud cenſetur legatum quidem conditionale, & ſi nihil natum

natum ponamus, omnino nihil debetur, nec tranſmittitur; ſed ſi ponamus fructus aliquos natos eſſe, manet nuda tantum conditionis forma, & hactenus conditionale legatum non cenſetur, ſed quod tantum habuerit diem: & hactenus actionem jam ante natam fuiſſe omnino defendam: & cum ſimpliciter dicatur in *leg. 99. de condition. & demonſtrat.* non facere hanc adjectionem, ut legatum ſit conditionale; conſequenter dicam, quod etiam quoad nativitatem obligationis, legatum conditionale non ſit: Ceterumquin; ut dixi, tranſmitti non poſſet, & ita rectiſſime *gl. in dict. leg. 73. de Verb. Oblig.* ad verbum *inci*, innotat, incipere cum effectu, innuens ſcilicet actionem etiam ante natam eſſe. Neque obſtat *lex cum ita 16. in princip. quand. dies leg. ced.* quoniam ſpeciale eſt in legato alternativo: cum enim & dubium ſit; quid naſciturum ſit, & quid electurus ſit legatarius, nec electioni locus ſit nec dum nato partu, qui etiam naſci non poſſet, interim cedere dies non poteſt; quod & Br. ad illum locum annotavit.

TEXTUS.

7. Si eadem res duobus legata ſit, ſive conjunctim, ſive disjunctim, ſi ambo perveniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum: ſi alter deficiat, quia aut ſpreverit legatũ, aut vivo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum pertinet ad collegatarium. Conjunctim autẽ legatur, veluti ſi quis dicat, *Titio & Seio hominem Stichum do lego*: Disjunctim ita: *Titio hominem Stichum do, lego: Seio hominem Stichum do, lego.* Sed & ſi expreſſerit, eundem hominem Stichum, atque disjunctim legatum intelligitur.

COMMENTARIUS.

1 *Conjuncti qui ſunt.*
2 *An habeant initio partes an concurſu:*
3 *An jus accreſcendi ſit inter conjunctos verbis tantum.*

PErtinet hoc ad modum legandi, & ad materiam juris adcreſcendi difficilimam & intricatam, ut præſtet de ea tacere quam pauca dicere, neque enim patitur inſtituti noſtri ratio, ut plene hãc rem exſequamur, dicemus generalia, quæ tyronib. ad intelligendam hanc tractationem viam ſternere poſſint.

Legatur, vel conjunctim pluribus, vel † ſeparatim. Et cum conjunctim dicatur multis modis, in primis intelligitur legatum eodem & ejuſdem teſtamento; nam quibus legatum eſt aliquid duorum teſtamentis, hi quo ad hanc materiam conjuncti non habentur. Tum conjunctio intelligitur in eandem rem adeo quib. eodem quoque teſtamento eadem quoque oratione plures res legatæ ſunt, hi pro conjunctis nõ habentur, *l. hujuſmodi 84. §. penult. de leg. 1.* oportet igitur duobus, vel pluribus eandem rem uno teſtamento eſſe relictam. 1

Conjunctionem hanc triplicem faciunt Juriſconſulti in *leg. re conjuncti 89. de legat. 3. leg. triplici 142. de verb. ſignificat.* Re & verbis ſimul; *Seio & Cajo fundum Tuſculanum do, lego.* Re tantum, ubi deficit copula, *Seio fundum Tuſculanum do, lego. Caio eundem lego.* Verbis tantum *Caio & Seio fundum Tuſculanum æquis partib.* Adeo conjunctio eſt vel mixta, re & verbis ſimul; vel ſimplex, re tantũ, vel verbis tantum. Ita nimirum in dd. textibus & alibi uſurpatur verbum conjunctionis & conjunctorum. Ceterum non ſemel, qui re tantum conjũcti ſunt diverſis orationibus, disjuncti appellantur, ut hoc noſtro §. & in *l. un. §. ubi autem 11. Codic. de caduc. toll. & apud Vlpianum & Caium legat.* Et hoc primo obſervandum eſt.

Conſequenter quæritur de jure duorum legatariorum † qui uno vel altero horum modorum conjuncti ſunt. Et ait Juſtinianu. ſcindi inter eos legatũ, ſi ambo ad illud perveniant: idq; eſt quod alibi dicitur eos concurſu partes facere *l. 3. de uſufr. adcr. l. conjunctim 80. de leg. 3.* quoniam ſi initio ſinguli partes haberent, non concurſu partes facere, nec legatum ſcindi, ob hoc quod ambo concurrunt, diceretur. 2

Valde tamen concordant Dd. an æqualiter hoc obtineat in mixtim conjunctis & re tantum conjunctis, quod concurſu partes faciant; Volunt enim aliqui, mixtim conjunctos ab initio habere partes: eos autem, qui re conjuncti ſunt, demum concurſu partes facere, quibus quippe teſtator ſingulis videtur ſolidum dediſſe; non autem pariter illis, quos una oratione conjungendo ſingulis videtur dediſſe partes.

Intelligere licet ex *Ulpian.* & *Caio tit. de legat.* olim jus diverſum fuiſſe inter legatum vindicationis & damnationis; itemque interfuiſſe an conjunctim (id eſt, mixtim) an disjunctim (id eſt, re tantum) fuerit res eadem legata. Sed & hoc, aliud obſervatum jure veteri civili, aliud poſt legem Juliam Papiam, quæ in favorem fiſci quod ante, per jus adcreſcendi ad collegatarium pertinebat, caducum faciebat. Ex quo mirum non eſt, ſi forte textus juris noſtri diverſimode loquentes deprehendantur; quos non ſatis accurate & ad jus poſterius deſcripſerunt compilatores.

Verum ad rationem juris Juſtinianei, ita ſtatuendum eſt. Et 1. notandum, ambigue dici duos legatarios habere ſolidum ſingulos, & itidem, habere partes. Nam uno modo ſolidum ita duo legatarii habere dicuntur, ut ſinguli conſequantur ſolidum; quod olim Ulp. docet, itemque Cajus, obtinuiſſe in legato damnationis disjunctim relicto: & hodieque obtinere vult Juſtinian. (ſunt enim ea verba non Pauli, ſed Triboniani) in *leg. ſi pluribus 33. de legat.* 1. ut ita alter rem habeat, alter æſtimationem. Alio modo dicuntur ſolidum habere duo legatarii, quatenus altero non concurrente; alter ſolidum petit & capit, quod non poſſe ſi ſimpliciter partem unuſquiſque haberet atque ita loquuntur Juriſconſulti in *d. l.* 3. *de uſufr. adcr.* & *d. l.* 80. *de leg.* 3. inter eos, qui ſinguli ſolidum habent, partes fieri concurſu. Et hi qui ita ſolidum habent, & partes concurſu faciant, recte quoque uno modo partes habere dicuntur, quatenus ut concurrentes conſiderantur, quo reſpectu fieri non poteſt, ut ſinguli ſolidum habeant, cum impoſſibile ſit, unam eandemque rem ad plures in ſolidum pervenire. Alio modo autem habere partes dicuntur, qui ab initio & omnimodo partes habent, non vero eas demum concurſu faciunt; veluti ſi teſtator æquas partes pluribus maxime disjunctis orationibus adſcripſerit; quo caſu licet non concurrant legatarii, tamen quiſque tantum partem habet. Et cum igitur Juſtinianus de utraque ſpecie conjunctionis, mixta re & verbis, & re tantum (quomodo conjunctos ipſe ex ratione ſupra reddita disjunctos appellat) hic affirmet, quod totum ad collegatarium pertineat, ſi defecerit alter, & quod ſi uterque concurrat, tum demum legatum ſcindatur, ſequitur hoc inevitabili conſequentia; quod juxta modum ſecundum paulo ante propoſitum habeant ſolidum ſinguli, ſive mixtim ſive ſolummodo re conjuncti ſint. Et nimirum teſtator, qui duos in eandem rem conjungit, non eventum hunc tantum conſideraſſe videtur, quo uterque concurrit; in quem ſane (niſi ubi alteri rem, alteri æſtimationem dari voluit) neceſſario ſingulas partes habere voluit; ſed etiam caſum deficientis alterius; in quem videtur ſingulis dediſſe ſolidum, & eos conjunxiſſe hac de cauſa, ut pars deficientis, ad conjunctum perveniret, quæ manſiſſet alias in hæreditate. Illo reſpectu ſinguli partes, hoc ſinguli ſolidum habere videntur.

In ſumma penitus eſt & omnino neceſſarium, ut qui modo partem, modo ſolidum capit, hic quoque diverſo reſpectu, & partem & ſolidum habere intelligatur. Atque hæc ad iſtam controverſiam explicandam † pro inſtituti noſtri 8
ratione ſufficiant. Ex quibus ſimul apparet recte dici & jus non decreſcendi, & jus adcreſcendi. Illud quatenus conſiderantur ſinguli, ut ſolidum habentes, hoc quatenus ut habentes, partes; quas dum non aufert collegatarius, quod concurrendo feciſſet, recte hoc reſpectu alteri accreſcere dicitur; & ita loquuntur ICti; qui magis patrie locuti ſunt; quam Juſtin. qui vocat jus non decreſcendi in *d. l.* §. *ubi tr. C. de cad. toll.* quamvis non ita diſertis verbis loquatur, ſed ita loquendi cauſam Interpp. præbuerit. Hoc addendum ſupereſt, quid juris ſit in his conjunctis, quos verbis tantum conjunctos appellari diximus, quibus partes rei in quam una oratione conjuncti ſunt, teſtator adſcripſit. Tota contraverſia eſt in hoc, an partes habebant ab initio & omnimodo, an vero etiã aliqua conſideratione ſolidum habeant. Illo enim poſito licet alter deficiat, collegatarius tamen partem tantum petere poterit, nec pars deficiens ipſi adcreſcit: idque ſuadet *l. recon.* 89. *de leg.* 3. ubi hi ſemper partes habere dicuntur: & facit, quod Juſtinian. hoc §. nullam eorum fecit mentionem; ut proinde nec ſciendi inter eos legatum, & adeo ceſſare jus adcreſcendi dicendum ſit. Neque vero jus adcreſcendi inter alios eſſe poteſt, quam qui in eandem rem conjuncti ſunt; cujus pars deficere & accreſcere dicitur. Quod ſi illi vere verbis tantum conjuncti ſunt, non etiam re, fieri prorſus non poteſt, ut jus adcreſcendi inter eos habeat locum. Itaque fatendum erit & hoc, eos vere conjunctos non eſſe, nec niſi quo ad formam externam, & docendi cauſa ita appellari. Diſputant quidem

dem alii contra, (& cõmuniter Dd. juris adcreſcendi inter hos quoque locum eſſe arbitrantur) dici hos tantum verbis conjunctos, propter orationis formam, eſſe autem vere conjunctos re quoque: neque teſtatorem partes adjeciſſe, quod nullo caſu ad alterum pervenire ſolidum vellet; ſed quia conſideraverit eventum utriuſque concurrentis, quam quivis teſtator qui duobus legat, præſupponere videtur. Verum cum ICti faciant diverſas ſpecies mixtim conjunctorum, & eorum quos verbis tantum conjunctos dicunt, difficile eſt, ut confundamus has ſpecies, maxime ob textum allegatum ex *l. re 89. de legatis* 3. ubi nominatim verbis conjuncti hactenus opponuntur ceteris conjunctis: quod illi ſemper habeant partes: & igitur nullo caſu habent ſolidum, quo poſito ſimul neceſſario negatur jus adcreſcendi. Sed iſta pluribus exequi hoc loco nec libet nec licet. Ait Juſtinianus h. §.

Aut vivo teſtatore deceſſerit.] Et an igitur ſi poſt mortẽ ejus deceſſerit, non dicetur, defeciſſe, nec locus erit juri adcreſcendi? Ut plenius agamus & cũ Juſtiniano *in l. un. C. de cad. toll.* aut conjunctus non deficit, aut deficit. Non deficit, quando non tam re ipſa q̃ verbis conjunctus eſt, & titulo tenus, v. c. ſi ſit incapax aut jam tempore teſtamenti facti mortuus, quod teſtator ignorabat. Deficit, cum aut non vult legatum, repudiando, quod nõ fit niſi demum poſt mortem teſtatoris, & diem legati cedentem: aut non poteſt legatum capere, præmortuus, vel poſt incapax factus, & hoc vel vivo teſtatore, vel poſt mortem teſtatoris.

De caſu quo aliquis conjunctus fuit, qui jam tum non in rerum natura erat, agit Juſtin. *in d. l. un. §. in primo 3. C. de cad. toll.* & docet olim quoque totum ad conjunctum & ſuperſtitem pertinuiſſe, quoniam teſtator hoc animo conjunctionẽ fecit, ut vel ſinguli partem haberent, vel unus ſolidum, quod utique magis conjunctum delexiſſe intelligitur quam hereдем, & dicitur pars illa pro non ſcripta haberi, & ſcilicet perinde, ac ſi totum alteri legatum fuiſſet, neque poteſt dici deficere, qui facti tempore teſtamenti amplius non fuit. Videri poſſit obſtare, *l. plane 34. §. ſi conjunctim 9. de legat.* 1. ubi dicitur, facere eum partem, in cujus perſona legatum non conſtitit. Partem autem facere hic dicitur ſtrictiſſimo jure, qui perinde habetur, ac ſi partem ſuam accepiſſet: & igitur ubicunque conjunctus partem dicitur facere, ibi ceſſat jus accreſcendi, nec alter ſolidum habere poteſt. Sed enim ibi non loquitur ICtus de eo, qui tempore facti teſtamenti in rerum natura non fuit, ſed de eo qui exiſtit, ſed legatti incapax eſt, velut in illa ſpecie eſt ſervus proprius teſtatoris qui libertatem non accepit. Et eo exemplo amplius hic diſtinguendũ fuerit, an quis omnino ſit incapax, velut deportatus, hunc enim in hac tractatione eodem loco habendum puto, ad eũ qui in rerum natura non eſt, ut quod ei legatum eſt ſit pro non ſcripto *arg. l. 1. C. de hered. inſtit.* an nõ ſimpliciter & omnino incapax ſit, cui quidem adſcriptum ex L. Jul. Papia crediderim in favorem fiſci caducum factum, & ita incapacem ejuſmodi feciſſe partem. Hæc de primo membro, ubi conjunctus non deficit.

De alterius membri, priore parte, ubi nimirum legatarius repudiat, dubium nullum eſt, quin pars ita deficiens, ad conjunctum pertineat, quamvis forte ex L. Jul. Pap. eam caducam factam fuiſſe colligi poſſit *ex Vlp. tit. de legat. §. ſi duobus* 11. Ubi autem non repudiat, ſed non poteſt capere legatum, diſtinguuntur duo caſus *in d. l. un.* Prior eſt, cum adhuc vivo teſtatore, legatarius deficit, procul dubio ex L. Julia Papia pars deficientis caduca facta fuit, quod probatur *d. § 11. Vlpiani*, ſed jure novo Juſtiniani *in d. l. un. §. pro ſecundo 4. & h. §.* accreſcit conjuncto.

De tertio caſu quo mortuo teſtatore deceſſit collegatarius, aut forte fuit deportatus, obſcurius loquitur Juſtinian. *in d. l. un. § in noviſſimo 5. C. de caducis toll.* Et illud conſtat, quod jus fiſci auctum fuerit per L. Jul. Pap. & ut plura caduca fierent conſtitutum fuiſſe, ut dies legatorum non cederet ſtatim à morte teſtatoris, ſed demum, ex quo tabulæ apertæ fuiſſent, quia poſtquam ceſſiſſet legati dies, non poterant caduca amplius fieri legata, ſiquidem jam erat jus quæſitum legatario. Ergo ſi fuiſſet defunctus legatarius, tempore intermedio inter mortem teſtatoris & tabulas apertas, fiebat caducum legatum, adeoq; conſequenter & pars conjuncti, ceſſante proinde jure adcreſcendi, quod ſuſtulit dicto loco Juſtin. hoc ipſo, quod vult diem legati cedere à morte teſtatoris; Effectus autem juris hujus eſt, ut tranſmittatur legatum ad heredem: Et cum quod juris eſt in toto quo ad totum, idem ſit in parte quo ad partem, probabile mihi videtur, ſi conjunctus deceſſerit jam mortuo teſtatore, poſt legati diem cedentem, eum quoque portionem ſuam ad heredem tranſmiſiſſe, & ob id juri accreſcendi non eſſe amplius locum. Et recte adeo, imo neceſſario Juſtin. h. §. expreſſit caſum, quo collegatarius deceſſit teſtatore

ſtatore etiamnum vivo. De quo tamen fortaſſis amplius cogitandum.

TEXTUS.

8. Si cui fundus alienus legatus ſit, & emerit proprietatem, deducto uſufructu, & uſusfructus ad eum pervenerit, & poſtea agat ex teſtamento: recte eum agere, & fundum petere, Julius ait: quia uſusfructus in petitione, ſervitutis locum obtinet: ſed officio judicis continetur, ut deductio uſufructu jubeat æſtimationem præſtari.

Hunc §. explicavimus *ad §. ſi res 6. ſup. h. t. in fin.*

TEXTUS.

9. Sed ſi rem legatarii quis ei legaverit, inutile eſt legatum, quia quod proprium ipſius eſt, amplius fieri ejus non poteſt: & licet eam alienaverit, non debetur, nec ipſa res, nec æſtimatio ejus.

COMMENTARIUS.

Hunc quoque locum explicavimus ad §. *non ſolum 4. h. t.* nec addo quidquam. Inanis enim eſt conjectura Hottom. eſſe iſtam quaſi appendicem *ad § preced.* quod ſit inutile legatum, rei propriæ, licet uſusfructus alienus ſit, quod tamen alias facile admitto: ut tamen eodem modo putem legatariũ ex æquitate ad æſtimationem uſusfruct. agere poſſe. Illud obiter addo, ſi in re alterius aliquod jus habeat teſtator, quod morte non finiatur, tum legatũ propter jus iſtud quod remiſſum cenſetur, valere, *l. quod in 24. l. ſi tibi 86. in pr. legat. 1.* v. quæ de hac re noto *ſup. ad §. 4.*

TEXTUS.

10. Si quis rem ſuam, quaſi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet, quod in veritate eſt, quam quod in opinione. Sed & ſi legatarii eſſe putavit, valere conſtat, quia exitum voluntas defuncti habere poteſt.

COMMENTARIUS.

Diximus itidem ſup. ad §. non ſolum, & hinc notavim.⁹ duas ampliationes ad propoſitionẽ, Quod quiſque rem ſuam legare poſſit. Diximus etiam, rationem hanc, *quod plus valeat veritas &c.* imaginis loco poſitam, & ſecundo hujus §. caſui ſubjiciendam eſſe. Illud tantum ſupereſt, ut videamus, an & quatenus verum ſit, *plus valere quod in veritate eſt, quam quod in opinione.* quod & legimus *in l. 4. §. 1 de manum. vind. l. regula 9. §. 4. de iur. & fact. ign.* Etenim videmus alibi contra reſponſum, plus valere quod eſt in opinione, *in l. is qui 15. de adq. hered. l. 2. § ſi à pupillo 15. pro empt.* apparet enim ex ipſa ſpecie facti: plus ibi valere opinionem quam rem ipſam, cum uſucapio dicatur ſequi, ſi quis à pupillo emit (hæc veritas eſt) quem puberem putabat; (hæc eſt opinio) non ſequeretur autem uſucapio, ſi à pupillo emptam rem poneremus. Gloſſa hic tribus verbis rem explicat, ut nimirum pro regula habeat, plus eſſe in veritate quum in opinione: Rationem autem exceptionis *in d. l. 15. de adq. hered.* hanc aſſignat, quod aditio hereditatis pendeat ab animo, & proinde cum rei veritate animum & opinionem conſentire oporteat: ceteroquin ubi ab ipſa re effectus dependet, plus tribuemus veritati quam opinioni. Sed nimis crude id ita proponitur. Nec enim ad adquirendam hereditatem ſufficit animus & opinio ſine veritate: nec quiſquam adquirere poteſt hereditatem, ut maxime ſe heredem eſſe putet, niſi & revera heres ſcriptus ſit, neque ſi quis ſe putet ſuũ, cum eſſet voluntarius, & extraneus heres, propterea ipſo jure erit heres citra aditionem: ſed hoc operatur aliquando opinio, ut non poſſit operari veritas ſola, cui opinio adverſatur, in iis quæ ab animo dependent, ut in ſpecie *d. l. 15. de hered. adq.* qui revera cum eſſet voluntarius, cum eſſe neceſſarium ſe putaret, fruſtra repudiat hereditatem. Ita & facit opinio juſta, ut quis adquirat aliquod jus, ut in ſpecie *d. l. 2. §. 15. pro empt.* ubi qui à pupillo emit, cum putaret eum eſſe puberem, uſucapit, quoniam ad uſucapionem ſufficit bona fides & titulus putativus ubi probabilis eſt error, *l. quod vulgo 11. pro empt.* quæ utraque conſtituit opinio, licet revera non pubes, ſed pupillus venditor fuerit. Et regula itaque certa dari non poteſt hoc loco: ſed pro diverſitate caſuum aliter conſtituendum atque aliter eſt.

TEXTUS.

11. Si rem ſuam legaverit Teſtator, poſteaque eam alienaverit, Celſus putat, ſi non

non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, eum qui poſt teſtamentum factum quæ legata erant, pignori dedit, ademiſſe non videri legatum, & ideo legatarium cum herede ejus agere poſſe, ut prædia à creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ nō eſt alienata, omnino debetur; pars autem alienata ita debetur, ſi non adimendi animo alienata ſit.

COMMENTARIUS.

Rectius hoc ſub *tit. ſeq. de adimendis legatis* fuiſſet relatum. Legatum aut adimitur verbis & expreſſe: aut tacite & factis: quorum hoc unum eſt ſi rem legatam teſtator alienaverit: diſceſſiſſe enim ita à voluntate priori videtur, qui rem tranſtulit in alium. Poteſt tamen, ut ex hoc §. patet, eſſe voluntatis quæſtio, an animo adimendi hoc factum ſit, quandoquidem & rei alienæ legatum conſiſtit. Voluntatem ex conjecturis colligimus: quarum una eſt, an coactus aliqua neceſſitate, alienaverit teſtator, an libera plane voluntate, quo caſu animo adimendi factum credemus *l. rem legatam* 18 *l. legatum* 24 § 1. *de adim. legat.* de cujuſmodi alienatione accipienda eſt *l. ſi ex toto in pr.* 8. *de legat.* 1. *& l. cū ſervus* 15. *de adim. leg.* quæ amplius probat, ſi teſtator ruſſus rem redemerit, non convaleſcere legatum. De neceſſaria alienatione eſt textus *in l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi rem* 12. *de leg.* 3. ubi in terminis neceſſariæ alienationis ait ICtus legatum peti poſſe, niſi factam alienationem adimendi animo heredes probaverint. Itaque ſi legatum alienaverit voluntarie teſtator, credemus factam alienationem adimendi animo, & legatarius proinde tenebitur probare, non hoc animo factam alienationem. Neque diſtinguendum eſt an legatum fuerit conditionale nec ne, quaſi hoc omnimodo quavis alienatione extinguatur, ut male poſt *Bart. Mynſ. hic.* Quod ita juris eſt in toto, idem juris eſt in parte, ut ſi partem alienaverit teſtator rei legatæ pars altera omnino debeatur *l. ſi ex tota in pr.* 8. *de legat.* 1. ita ſi non fuerit adimendi animus, ut eſt *in fin.* §.

Alia eſt pignorationis ratio, de qua reſpondetur *hoc §. verſ. iidem, l.* 3. *C. h. t.* ea non obſtante legatum deberi: neque enim pignoratio alienatio eſt, & ea ex neceſſitate fieri ſolet, & alienatio fit in perpetuum, non ita pignoratio, ſed ut ſoluto debito ad debitorem res revertatur. Admittatur tamen ad probationem tamen haud dubie heres, rem eſſe pignoratam animo adimendi: Interpp. vulgo ſi res ſit pignorata pro majori ſumma, ut difficilior ſit futura reluitio, habent pro alienatione, itaque & hic putant hoc caſu aliud fore, ut poſt *Bart. Mynſ. hic.* Sed eſt ille communis error: neque enim ideo deſinit eſſe una pignoratio. Porro quod diximus alienatione finiri legatum, ei valde obſtat *l. prædia* 27 §. *liberto de inſtruct. leg.*

Aut dicendum eſt alienationem factam ante teſtamentum, aut alienationem fuiſſe ex neceſſitate rei familiaris: aut alienationem hic intelligi cum effectu, & ubi traditio ſecuta eſt. Illud autem difficile eſt, ut etiam debeatur pars cujus jam pretium accepit teſtator, proponitur illud tantum in facto: & quo ad illam partem forte repellitur exceptione legatarius. Illud dici non poſſe puto, quod ſpeciale ſit in legato præceptionis: Et vix etiam ſapere poteſt, quod gl. & Bart. reſpondent, hoc ipſo probatam intelligi voluntatem contrariam, quod alienatio voluntaria fuit, Bald ſane *in l.* 3. *C. de legat. n.* 3. *per d. l.* 27. expreſſe tenet, quod traditam rem eſſe oporteat, ut adimatur legatum.

A creditore luantur.] Id eſt, ut heres pecuniam numeret creditori, & ita efficiat, ut ea obligatione prædia liberentur, quod accipiendum eſt ſecundum §. *ſed etſi rem* 5. *ſup. h. t.*

TEXTUS.

12. Si quis debitori ſuo deliberationem legaverit, legatum utile eſt, & neque ab ipſo debitore, neque ab herede ejus poteſt heres petere, neque ab alio qui heredis loco ſit: ſed & poteſt conveniri à debitore ut liberet eum. Poteſt etiam quis vel ad tempus jubere ne heres petat. Ex contrario ſi debitor creditori ſuo, quod debet legaverit, inutile eſt legatum, ſi nihil plus eſt in legato quam in debito: quia nihil amplius habet per legatū. Quod ſi in diē vel ſub conditione debitum, ei pure legaverit

verit, eſt utile legatum, propter repræſentationem. Quod ſi vivo teſtatore dies venerit, vel conditio extiterit legatum nihilominus utile eſſe Papinianus ſcripſit, quia ſemel conſtitit: quod & verum eſt: non enim placuit ſententia exiſtimantium, extinctum eſſe legatum, quia in eam
3 cauſam pervenerit, à qua incipere non poteſt.

Commentarius.

1 *Legatum liberationis.*
2 *An recte legetur creditori.*
3 *De duabus regulis hujus §.*

LEgat quis aut quod ſibi debetur, aut quod ipſe debet. Quod ad prius: Titius ex mutuo mihi debet centum. Poſſum hæc legare dupliciter, vel ipſi Titio debitori, vel tertio alicui, veluti Sempronio. Illud dicitur legatum liberationis, hoc, nominis legatum, *de quo in §. tam autem 21. infr. h. t.* Et quidem de liberationis legato agitur in princ. hujus textus, & proponitur duplex ejus effectus, & modus quo ejuſmodi legati fructum conſequatur legatarius, nimirum excipiendo & agendo. Exceptione opus eſſe docet Juriſcon. *in l. liberat. 3 §. nunc de effectu 3 de liber. leg.* quomodo accipiendum eſt, quod in noſtro textu dicitur, heredem petere non poſſe, ſcil. cum effectu, quoniam repellitur per exceptionem, neque enim hoc legatum ipſo jure tollit obligationem. Habet præterea actionem ex teſtamento ut heres eum liberet, *h. text. & d. l. 3. §. 3 de liber. legat.* & ut ibi dicitur, ut liberet per acceptilationem. Et ergo non ſufficiet, ut heres ſaltem paciſcatur de non petendo, quia cum quam pleniſſime debeat legato ſatisfieri, acceptilatio obligationem totam perimit, non itidem pactum.

Hæc de legato liberationis, & quidem eo quod abſolutum eſt, aliud enim ſi tantum ad tempus voluerit peti à debitore teſtator. Hic enim aut tantum exceptionem intra illud tempus habebit legatarius, aut tantum agere poterit, ut paciſcatur heres de non petendo intra illud tempus minime autem aget, ut per acceptilationem liberetur, quoniam hæc in perpetuum tollit obligationem. Quamvis cum exceptionem ex legato habeat legatarius, nihil neceſſum videtur, ut pro quærenda alia actione conveniat heredem. Ita quidem in liberationis legato. Poſterius erat de legato nominis, cum lego Sempronio, quod mihi verbi cauſ. ex mutuo Titius debet, de quo dicemus cum Juſtiniano in §. *cum autem 21. infra h. t.*

Atque hoc erat primum principale membrum, cum quis legat quod ſibi debetur, & ita cum creditor legat. Alterum eſt, cum legat debitor, quod 2
ipſe alteri debet. De quo non in tertii alicujus perſona tractari poteſt, ſed tantum in perſona creditoris, an huic recte legetur, an v. c. centum quæ debeo ex mutuo Titio, vel alia quacunq; cauſa ipſi Titio recte legem. Et diſtinguitur *h. §. ex contrario:* quod aut eſt nihil amplius in legato & affirmat Juſtin. d. §. inutile eſſe legatum: Idem *in l. ſi debitor 11. l. legavit 25. in in fin. de liber. leg. l. Mævius 66. in fin. pr. de legat. 2.* aut amplius aliquid eſt in legato, & utile eſt, plus autem & amplius multis modis dicitur. Et primo haud dubium eſt, quin valeat legatum, ſi in ſumma vel quantitate plus ſit. 2. Si plus ſit, tempore, & nimirum, ſi pure legetur, quod debebatur ex die vel ſub conditione *d. § ex contrario h. t.* Quæ ratio facit, ut maritus recte leget teſtamento dotem uxori quam accepit: quia plenius eſt legatum quam de dote actio. *§ ſed § uxori 15. h. t.* legatum enim ſtatim peti poteſt, ſed actio de dote habebat dilationem & bos annua, bima, trima die præſtabatur *l. 1. §. 2. & l. 4. de dot prælег.* Quoniam tamen id hodie mutavit Juſtin. *in l. §. cum autem 7. C. de rei uxoria act.* ex qua dos etiam pecuniaria eſt ſtatim præſtanda: hæc ratio quæ ponitur *in d. §. 10.* amplius non poteſt facere utile legatum: quod præſertim de dote actio eadem conſtitutione bonæ fidei ſit omnimodo effecta, licet ex ſtipulatu agatur. Aliam notat utilitatem Mynſ. ſi dotis conditio ſit facta deterior per pacta, ſed hoc & accidentale eſt, & jure noſtro talia pacta ſunt inutilia *l. 2. 6. l. de die 14. cum ſeqq. de pactis dotalibus.* Alii notant ſupereſſe hanc utilitatem, quod actio pro legato in ſolidum datur, at actio pro dote tantum competit in id quod reus facere poteſt. Verum cum de concurſu harum actionum non niſi poſt mortem mariti, & contra heredem quæri poſſit, & conſtet, beneficium iſtud competentiæ, quod vocant, non competere heredi *l. ſciendum 25. de re iud.* nulla hæc eſt utilitas: niſi ponas heredem communem filium, cui ſpeciali favore idem beneficium datur contra matrem *l. etiam 18. ſolut. mat.* qui caſus eſt plane ſingularis. Olim quoque hæc erat utilitas, quod actio pro dote variæ objiciantur retentio-

act. rei 15. §. 1. ſol. mat. ſed & iſtud hodie ſublatum eſt *l. un. §. taceat 5. C. de rei ux. act.* Attamen *in d. l. un. §. 7.* annus datur heredi ad ſolvendam dotem: *at legatam dotem ſtatim cogitur præſtare.* Tertio locus poteſt facere utile legatum. ſi alibi potius legatario expediat ſolvi. ut docet *l. ſin autē 29 de legat. 1.* Quatenus utile efficitur ad qualitatem debiti, ſi poterat forte elidi per exceptionem *l. ſi creditori 28. de leg. 1.* Et denique facit utile qualitas actionis. etiamſi debitum ſit purum, veluti ſi pro ſtricti juris aut perſonali actione, legatarius conſequatur actionem bonæ fidei aut in rem, vel etiam ex teſtamento actionem civilem, ut ſcriptum eſt *in d. l. 28. in pr. de leg. 1. & in §. 1.* textus ejuſdē valere legatum, ſi legetur, quod ex ſtipulatione (cōtractu ſcil. ſtricti juris) debebatur, & proinde perſpicue falſum eſt, quod Weſemb. hic ſcribit, non ob id plus videri eſſe in legato, quod actio pinguior ſit. Sed poſteriori huic membro valde obſtat, quod ita legatum ſemper fere ſit utile futurum, ut maxime purum & ipſum & debitum ſit, & etiam ex juris veteris ratione: ſiquidem per vindicationem legatum ponamus: competit enim hoc caſu, & in rem, & ex teſtamento actio, quæ in multis naturam bonæ fidei actionum imitatur, quod plane non videtur ad mentem *Juſtiniani in §. ex contrario h. t.* & cō tradicit aper. ac *Paulus in l. debitor 82. de leg. 2.* ubi ſcribit, quod ſi cum eſſet debitum conditionale vel in diem, dies conditiove ſupervenerit, legatum reddi inutile, cum tamen maneat hic ea quam diximus, commoditas, quæ eſt poſita in qualitate actionis. Poteſt forte reſponderi, quod interſit, an legati tempore ſola ſit qualitas actionis, quæ legatum utile faciat: an vero quid aliud magis principale. Ad illum caſum referam *d. l. 28. de legat. 1.* Sed ad hanc d. l. 82. cum quod ex die vel ſub conditione debebatur legatum eſt: cum enim intelligatur teſtator legādo iſtud debitum pure reſpexiſſe utilitatem repræſentationis, hoc ſublato, non poteſt legatum utile facere commodum ſolum, quod eſt in ſola actionis qualitate quam non reſpexit teſtator. Aliam rationem iſta componendi non video; neque enim tollet nodum, quod, ut mox dicemus, Juſtin. cum aliis ſententiam *Pauli in d. l. 82. de legat. 2.* non videtur approbaſſe: quoniam non hanc rationem Juſtinianus reddit pro ſententia Papiniani, quod ſuperſit commodum in actionis qualitate, quæ fuiſſet expeditiſſima: ſed quod initio conſtiterit legatum.

Videtur autem omnino addendum, quod ab aliis miror non moneri: totam hanc diſputationem hodie videri ſupervacuam aut inutilem, nec dubitari poſſe, quin hodie fere ſemper & omnino, do utile ſit legatum debiti: poſtquam legatarius ſemper terminis poſitis habilibus, non tantum actionem in rem, ſed etiam hypothecariam habet *ex l. 1. C. Com. de legat.* quis enim dubitet, jus pignoris in omnibus bonis defuncti, facere, ut utile ut legatum rei vel pecuniæ, quæ ſine pignore aut hypotheca debebatur. Videamus jam quæ ſuperſunt.

N quæ ab herede eius.] Producit enim hoc legatum exceptionem in rem, quæ heredi etiam accommodatur: niſi tamen teſtator ſolam perſonam debitoris deſignaverit *l. non ſolum 3. § tale 3. de lib. legata.* nam & pactum de non petendo in perſonam ſolius debitoris concipi poteſt.

Qui hæredis loco.] Hæres prætorius, bonorum poſſeſſor, vel reſtituta hæreditate fideicommiſſarius.

Ad tempus jubere] Vel etiam tantum partem debiti legare *l. non ſolum 7. in pr. d. liber. legat.*

Quod ſi in diem &c.] Hoc ſaltem exempli cauſa propoſitum eſt accipiendum, oſtendunt enim quæ diximus, longe plura eſſe, quæ legatum utile faciunt.

Quia ſemel conſtitit.] Potuit enim dies vel conditio ſupervenire poſt mortem teſtatoris: & quod ex accidenti aliter contingit, legatum inutile facere non debet. Et forte id ideo receptum ſit, quoniam adhuc ſupereſt utilitas in actionis qualitate juxta prædicta. Ubi tamen non diſſimulo ſcrupulum, quem nectit hic textus in fine. Nimirum Juſtin. ibi rationem diverſæ ſententiæ, quæ effici inutile legatum dicebat, superveniente die vel conditione, hanc reddit, quod in eam cauſam deducatur res, à qua non poteſt incipere. Et igitur ſi initio purum fuiſſet debitum (hoc enim, ut purum legatum vel debitum potius ſit, facit conditio aut dies superveniens) legatum non valuiſſet. Atqui hoc diſertiſſime repugnat his quæ ſupra diximus *ex l. ſi creditori 28. de legat. 1.* quod ſola qualitas & commoditas, quæ in actione eſt faciat ut legatum ſit utile: Nec alia eſt iſtorum inter ſe cōponendorum ratio, quā ut ponantur termini, quibus nulla utilitas eſt in actione pro legato, præ actione, quam habebat pro debito creditor, veluti ſi legaſſet quis per damnationem (ex quo genere legati tantum ex teſtamento perſonalis actio erat) quod ipſi ex contractu bonæ fidei debebat. Idque

& hodie obtinebit, ſi v.c. pecunia debeatur: ceteroquin ſi corpus ſit certum, cum ex *l. 1. C. comm. de legat.* actio in rem locum habeat, erit utique in actione hæc utilitas, quæ facit ut ſubſiſtat legatum. Ex quo apparet, quam anguſtis finibus, hodie iſta quæſtio ſit circumſcripta, & pauciſſimos & plane raros eſſe caſus, quib. recte poſſit quæri & dubitari an legatum utile ſit: ſed omnino pene ſemper legatum utile futurum.

9 Sed ut ponamus caſum habilem, quo † nihil in legato futurum ſit amplius, inter ſe opponuntur hic, & quaſi collidunt, rationes duæ oppoſitæ, quando dies vel conditio ſupervenit. Altera eſt, valere legatum, quia initio conſtitit, altera negat valere, quia in eam cauſam pervenit à qua incipere non poteſt. Illa uſus eſt Papinianus. Actum nimirum qui initio conſtitit propter ſuperveniens aliquid extrinſecus, invalidum reddi non debere, quod nec novum eſſe ait ICtus *in l. in ambig. 85. de reg. iur.* Hac Paulus *in d. l. 82. de leg. 2.* uſus videtur: Actum redigi in irritum, ubi in eum ſtatum deductus eſt, à quo principium capere haud poſſet. Sunt iſtæ videlicet regulæ & propoſitiones probabiles ſaltem, & quæ exceptiones ſuas habent: ut proinde mirum non ſit, non omnibus ICtis in hujuſmodi quæſtionibus, ſemper idem placuiſſe. Eſt autem difficile, certam normam reperire & certos limites præſcribere, quibus alterutra harum propoſitionum habenda ſit vera vel falſa. Placet, inquit idem Paulus, extingui obligationem, ſi incideri t in eum caſum à quo incipere non poteſt *l. pluribus 140. §. 2. de verb. oblig.* exempla ſunt *in §. 2. verſ. Item contra infra de inutil ſtip. & in §. ſi ſervus 6. infra de noxal. act. l. ſi à me 11. d. judic. l. 3. in fin. de his quæ pro non ſcr. l. quia 16. ad L. Aquil. l. pro parte 11. de ſervitut.* nec tamen iſtud omnibus placuiſſe, indicium præbet *l. exiſtimo 98. eod tit.* ibi *maxime ſecundum illorum opinionem*, & fallit iſta regula quoq; in ſpecie *l. 9. §. 1. de d. obius reis*, & generale id non eſſe docet *l. in ambig. 85. de reg. iur.* forte id admiſſum fuit facilius ab aliis in contractibus, quam in teſtamentis limitationem certam: utique hæc regula habet, ut non ſit ei locus in actionibus, qui perfectionem ſuam adepti ſunt, veluti furor, qui impedit quidquam agi, quod tamen rite actum eſt, non tollit, ſi ſuperveniat. Et proinde fortaſſis non abſurde Paulus, in ſpecie legati de quo tractamus, putavit, ſuperveniente die vel conditione vivo adhuc teſtatore, inutile id fieri, quoniam legatum demum morte teſtatoris habet exitum & affectum. Et male olim illi quorum meminit Faber hic, verba hujus loci, *quia initio conſtitit.* ita acceperunt, quaſi ſignificarent, actum omnimodo eſſe perfectum: cæteroquin numquam aliud viſum fuiſſet Paulo & poſſit etiam quis eodem modo dicere, ex cõtractu naſci obligationem perfectam, eodem non extingui, licet in eum ſtatum res perducatur à quo non poteſt incipere, quia utique initio obligationem conſtitiſſe verum eſt, & id tamen repugnat diſerte textibus *in d. l. 98. & 140. de verb. oblig.* itaque ut actus maneat firmus, oportet eum omnino completum & abſolutum eſſe. Poteſt tamen ſuo modo legatum quoque pro perfecto haberi, & forte propter regulam Catonianam, quæ noluit ad teſtamenti tempus omnia referri, & ſtatui ex eo de validitate relictorum, quod moviſſe potuit Papinianum. Et ſunt hæc & talia ejus generis, ut in utramque partem poſſit probabiliter diſputari. Iſtud apparet, oportere perſonam diſponentis, itidemque legatarii in eodem ſtatu manere, ſi enim quo ad hos res deducatur in eum ſtatum à quo incipere non poteſt, mutato eorũ ſtatu, dubio procul irritum fit legatum, velut ſi legatarius deportetur, eodemque refero caſum *l. 2. in fin. de his quæ pro non ſcr.* Et ita omnino limitandum eſt, quod dicimus, non extingui actum perfectum, licet in eum ſtatum perveniat à quo incipere non poteſt: niſi quod supervenit poſt, omnino repugnet naturæ actus, & cum illo, ut loquuntur, non ſit compatibile, veluti, ſi poſt teſtamentum perfectum, teſtator capitis diminutionem patiatur, conſtat irritari teſtamentum, ſicut & pro ſoluto habetur matrimonium, ſi alter conjugum fiat ſervus aut deportetur. Et hinc fit etiam, ut ſi cui ſervus furtum fecit, ejus dominium conſequatur, actio noxalis extinguatur *l falſus 43. §. ult. de furtis*, & in hanc fere ſententiam etiam concludit Joh. Fab. hic.

TEXTUS.

13. Sed ſi uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius legatum eſt, quam de dote actio. Sed ſi quam non accepit, dotem legaverit, Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, ſiquidem ſimpliciter legaverit, inutile eſſe legatum: ſi vero certa pecunia, vel certũ corpus, aut inſtrumenta dotis in prælegando

gando demonſtrata ſunt, valere legatum.

COMMENTARIUS.

AD primam partem hujus §. diximus ad §. præc. cur valeat legatum dotis, & an hodieque plenius ſit. Supereſt pars altera hujus §. ſi maritus dotem, quam non accepit, prælegaverit. Et diſtinguitur quod aut ſimpliciter legavit maritus dotem, & inutile eſt legatum, aut legavit cum demonſtratione corporis alicujus vel pecuniæ, & utile eſt legatum, veluti Lego uxori centum, quæ accepi in dotem. Et ratio expedita eſt, quoniam ſive illa verba, *quæ accepi in dotem*, accipiantur pro demonſtratione falſa, ſive pro falſa cauſa, neutrum legato nocet, de quo *infra h. tit. §. huic proxima 30. cum § ſeq.* quod etiam in genere de debito falſo reſponſum eſt *in l. legavi 25. in f. de liber. legat.* & confirmatur reſponſio Pii in terminis legatæ dotis, & probat *l. 3. in fi. C. de falſ. cauſa. l. ſi ſic 75. §. 1. in fin. de legat.* 1. Videtur tamen contra reſponſum *in l. 1. §. adeo 5. de dot. præleg.* ſi quis legaverit centum quæ in arca habet, aut corpus, quod penes ſe depoſitum ſit, ſi nihil in arca, nec quidquam depoſitum fuerit, nihil deberi; idque etiam ad caſum non acceptæ & legatæ dotis adcommodatur. Ut paucis agam, placet diſtinctio Joh. Fabri, quod aut legatur quantitas, ut quantitas, & falſa demonſtratio non nocet, aut legatur corpus certum, vel quantitas ut corpus, veluti centum, quæ in arca habeo *l. ſec. ſi 51. de legat.* 1. & hic aut corpus ſive ut ſpecies legata quantitas extat, & utile eſt legatum, aut non exſtat, & legatum eſt inutile.

Divi Severus & Antoninus.] Atquin *in l. legavi 25. in fin. de liber. legat* hoc tribuitur D. Pio. Forte idem repetierunt Imppp. hic nominati. Sed & quod duobus tribuitur hoc loco, ſine vitio poteſt alterutri tribui, & conſtat Antoninum quoque Caracallam Severi filium licet indigniſſimum, Pii nomine uſum, eundemque poſt mortem Divum appellatum.

In prælegando.] Dos dicitur prælegari & relegari, *tit. de dot. præleg.* quia non de novo legatur, ſed quod acceptum eſt, relegatur.

TEXTUS.

14. Si res legata perierit ſine facto heredis, legatario decedit. Et ſi ſervus alienus legatus ſine facto heredis manumiſſus ſit, non tenetur heres. Si vero heredis ſervus legatus ſit, & ipſe eum manumiſerit, teneri eum Julianus ſcripſit: nec intereſt, ſciverit an ignoraverit à ſe legatum eſſe. Sed & ſi alii donaverit ſervum, & is cui donatus eſt, manumiſerit eum, tenetur heres, quamvis ignoraverit, à ſe eum legatum eſſe.

COMMENTARIUS.

1 *Quid juris, ſi res legata facto hominis perierit.*
2 *De ceſſione actionis.*
3 *Ad* l. 18 §. ult. de dolo malo.
4 *Quid ſi res legata fuerit evicta.*

HOc magis pertinet ad locum communem de modis tollendæ obligationis: Nec enim proprium hoc eſt obligationi qua heres legatario tenetur, ſed commune, ut ſicut quivis debitor interitu naturali rei debitæ liberetur, *l. non amplius 26. §. 1. l. Titia 36. §. ult de leg* 1. Interitu naturali, inquã, nam ſi perierit facto hominis, † non idem ſtatuitur. Et 1 nimirum aut periit facto debitoris, ut ad hunc §. facto hæredis, & teneri debitorem ut æſtimationem præſtet, certi juris eſt *l. ſi ex 23. de verb. obligat.* aut facto alterius citra ullam culpam hæredis & hic, aut poſt aditam hæreditatem, & dari actionem L. Aquil. ipſi legatario ſcriptum eſt in *l. liber 13 §. ultim. Ad L. Aquil.* quoniam recta tranſit legati dominium, aut ante aditam hæreditatem; & cum hæres dominus retro fuiſſe intelligatur, quæritur de ceſſione actionis, & an pro ea cedenda ex teſtamento agere legatarius poſſit. Nimirum hoc caſu hæreditati, & conſequenter hæredi † poſt 2 adeunti actio quæritur *d. l. 13 § penult. Ad L. Aquil.* Et in *l. huic 15. eod. tit.* ait Ulpian. quod actio remaneat in hæredtate; Et non eſſe eam cedendam, ex altero caſu; quo ante aditam hæreditatem ſervus vulneratus fuit, (& ſcilicet poſt hæreditatem aditam mortuus) apparet, quo, legatario actionem cedendam eſſe reſpondet JCtus. Cujus diſtinctionis hæc ratio eſſe videtur, quod ubi ſervus ante aditam hæreditatem mortuus eſt, ſuſpenſis adhuc viribus teſtamenti, non poteſt agnoſcere legatarius legatum; hoc enim demum facto intelligitur legatum recta à defuncto tranſiſſe in legatarium. At ubi adhuc vixit ſervus hæreditate adita, agnitioni locus eſt. Et cum ſervus eſſet vulneratus ante aditam hæreditatem, quo puncto illati vulneris actio naſcitur, ea non potuit adquiri re-

ſita legatario, ſed hæreditati, & per eã hæredi quæſita cedenda eſt. Ex quo fit perſpicuum, quod dicitur vulgo, hæreditatis aditionem retrotrahi ad tempus mortis, non ſimpliciter verum eſſe, ſed tantum quo ad jus hæredis, & quo ad hoc, ut ne umquam ſine hærede teſtator intelligatur fuiſſe. Sed
3 objicitur *l. arbitrio* 18 §. *ultim. de dolo.* ubi ſervo † promiſſo per alium occiſo, debitori denegatur actio L. Aquiliæ, quoniam obligatione ſua per factum tertii ſit liberatus, & ob id actio doli creditori proponitur, quæ ultimum ſubſidium eſt, & omni alio remedio deficiente datur, cui non eſſet locus, ſi actio cedi poſſet. Cum igitur & hic per vulnerationem ſervi & mortem ejus ſubſequutam liberatus ſit hæres, & pariter ei deneganda erit actio L. Aquiliæ, quam adeo nec cedere poterit, & legatarius ad actionem doli erit remittendus. At contra cum debitor ſit utique adhuc dominus ſervi, non poteſt negari, quin ipſo jure actio L. Aquilæ ipſi quæſita ſit, quam cum adeo cedere poſſit, non videtur ad actionem famoſam doli recurrendum. Mihi hæc primum ratio differentiæ occurrit, inter caſum quo ſervus vulneratus ante hæreditatem aditam, poſt eam aditam obiit, & quo adita hæreditate occiſus eſt; Hoc nimirum caſu ſtatuemus idem quod in *l arbitrio* 18 § *ult. de dolo.* ut liberato hæredi, contra occidentem ſit danda actio de dolo: ubi videlicet ſervus per damnationem eſt legatus, quo caſu tantum actio perſonalis ex teſtamento contra hæredem dabatur. Ceteroquin contra ipſum occiſorem competit actio L. Aquiliæ legatario, ubi per vindicationẽ legatus eſt ſervus, ad quem caſum *d. l. lib. 13. ult. ad L. Aquil.* referẽda eſt. Atqui ubi ſervus legatus vulneratus eſt ante aditam hæreditatem, actio illo ipſo puncto eſt ipſi hæreditati quæſita plene & perfecte, cum nec dum certũ eſſet, an forte legatarius agniturus an repudiaturus eſſet legatum; nec adeo dici poterit certo, per factum tertii hæredem eſſe liberatum; itaq; agnoſcente poſt legatario recte agitur ex teſtamento, ut actio L. Aquiliæ cedatur. Hoc eſt primum, quod reſponderi poſſe puto. Deinde videtur hæres in quadã ſubtili ratione juris, ut alia multa poſita; & diverſa ingenia JCtorum, diverſas rationes videntur ſecuta: ubi ſervus debitus per alium ſive culpa debitoris occiditur, liberatur debitor ab obligatione; & actio L. Aquiliæ competit ei cujus intereſt; debitoris autem, qui liberatus eſt, ſervum occiſum eſſe non intereſt itaq; nec videbitur ipſi danda actio L. Aquil. quam rationem eſt ſecutus JCtus in *d. l. 18. §. ult. de dolo.* Ubi ait denegari liberato debitori actionem L. Aquiliæ; quæ res neceſſariam actionem de dolo facit; cum actionem quæ ipſi negatur, non poſſit cedere debitor. Sed alii, ut putarent poſſe cedi actionem, hac ratione moti videntur, quod utique, ut dixi adhuc ipſo jure debitor fuit dominus, cui adquiſita fuit actio L. Aquiliæ, & licet debitori agenti obſtatura fuiſſet exceptio, quod ipſius non intereſſet; non ob id ea exceptio poſſet obſtare agenti creditori; & ipſa verba *dict. leg. 18 §. ultim. de dolo. denegari debitori actionem:* efficiunt, quod ipſo jure ipſi actio competat. Hic enim ſenſus eſt propoſitionis hujus, *denegari actionem*, quod actio ipſo jure competens, non admittatur à prætore, quemadmodum in *l. ſi ſe 4. in pr. de re judic.* Hæc ad iſtius cõtroverſiæ explicationem; quam vides à nullo Interpp. extricari. Inſubtilis enim plane & divinatoria eſt Bartoli & aliorum diſtinctio, ſive inter cauſam lucrativam & oneroſam; ſive an ſervus debitus ſit occiſus odio & contemplatione debitoris an creditoris; Ut illo caſu quæſita ſit actio debitori, quam cedere teneatur; hic autem creditori detur actio doli, cum ipſi utpote non domino actio L. Aquiliæ haud potuerit quæri. Jam ad materiam & §. noſtrum regrediamur. Liberari diximus hæredem, ſi alterius facto res debita pereat, & ſcilicet ſi ſervus occidatur ab alio; ſive occidatur, qui ſervus proprius fuit teſtatoris, aut hæredis; ſive ſervus alienus quem teſtator legavit. Idem eſt, ſi facto domini ſervus alienus legatus manumittatur ſine culpa hæredis. *l ſi hæres 35. de legat. 1.* quæ manumiſſio hactenus morti comparatur *l ſi mihi 92. de ſolutionibus*, ideoque nec ad æſtimationem tenebitur, quia ad hanc tenetur ſi res extat, quam dominus vendere non vult §. *non ſolum 4. ſup. h. t.* Liberatur itidem naturali interitu rei; ſi videlicet ante moram res perierit. Certa enim eſt juris noſtri regula, quod mora perpetuet obligationem, & quod ſi poſt pereat res, perinde teneatur reus, ac ſi adhuc ſupereſſet, *leg ſi ex 23. & leg. ſi ſervum 91. § ſequitur 3 de verb. oblig.* Hæc nimirum regula eſt. Quod ſi enim debitor oſtendere poſſit rem debitam fuiſſe æque naturaliter perituram apud creditorem, & nihil ad eum ex re etiam ſoluta perventurum commodi, exceptione defendi & abſolvi poterit, de quo infra in materia obligat. commodius dicemus.

Quid autem ſi res legata nõ † perierit, ſed à tertio evicta fuerit & ablata legatario? Hic prima diſtinctio eſt, quod, aut legatus fuit, verbi cauſa, ho- 4

mo in

mo in genere, aut in ſpecie, ſeu, potius in individuo. Evict onis cauſæ duæ ſunt, vel quia res al ena fuit, quam evincit dominus; vel quia obligata pignori) quam creditor evincit. Et ſiquidem per creditorem ut pignori obligata evicta fuerit, ſimpliciter tenetur hæres, non tantum ſi homo in genere legatus fuerit, ſed etiam ſi in ſpecie: quoniam ſi teſtator leget rē quæ nexa eſt pignori, hæres luere eam & liberam præſtare tenetur, ut tractatur *ſup.h.t. in §.ſed & ſi 5.* Sin evincatur ut aliena, à domino, ſiquidem in ſpecie Stichus, aut Pamphilus legatus fuit, nihil præſtat hæres, qui præſtatione corporis legati liberatus eſt, dum ta'e præſtat, quale fuit apud teſtatorem *leg. cum pater 77.§. evictis 8. de legat.2.* Ubi videlicet legavit tamquam ſuam. Quod ſi enim legaverit tamquam alienam, utique eam præſtare tenetur legatario hæres; ſed legaverit teſtator rem, quæ putabatur eſſe Titii, & hæres eam redemptam à Titio præſtiterit legatario, & poſtea alius eam evincat legatario; pariter negabo teneri hæredem, quippe qui pretium bona fide pro re dedit, ſed contra Titium regreſſum habebit legatarius, vel potius, aget contra hæredem, qui rē emit à Titio, ut ſibi actionem de evictione cedat. Quod ſi homine in genere legato, Stichus ſolutus ſit evictus omnino hæres tenetur, *l ſi ù ſubſt.45.§.1. de leg.1. l qui concub.29.§.ſi hæres de leg.3.* qui textus cum loquantur de ſervo generaliter legato, hoc ipſo argunt, ſecus eſſe ſi ſervus in ſpecie fuiſſet legatus. Atq; hæc hactenus.

Diximus ob factum ſuum hæredem teneri: Factum duplex eſt, ſi occidat ſervum, ſi manumittat ſervum, hactenus enim manumiſſio morti cō paratur *l ſi mihi 92. de ſolut.* neque enim libertas data poteſt revocari: Utrumque, ſive occidat, aut manumittat ſervum, qui fuit teſtatoris, ſive qui fuit ipſius: quoniam adita hæreditate confunduntur patrimonia. & teſtator cum hono'et hæredem jus habet pene de bonis ejus (quo ad legandum & fideicommittendum) ac de propriis ſtatuē di. Nec rurſum intereſt utrobique, an hæres ſciens, an ignorans ſervum legatum, eum occiderit, aut manumiſerit; neque enim facto ſuo, obligatione, quæ per aditionem hæreditatis contracta eſt, liberare ſe poteſt.

Nec multum obſtat *lex in ſumma 65.§. penultim. de condict. indeb.* ubi, qui ſervum ſibi indebite ſolutum bona fide manumittit, non tenetur; Quoniam condictio indebiti, datur ex æquitate ad auferendum injuſtum lucrum vel ſaltem iniquum. Itaq; non æquum eſt eum teneri hac actione, qui bona fide manumiſit ſervum, qui facto præſertim ipſius putativi debitoris domini in alium tranſlatus fuit. Atqui quod hæres ignorans ſi quid faciat contra legatum non teneatur diſerte probatur ex *l. cum hæres 24. de liber. leg.* An diſtinguimus inter legatum & fideicommiſſum? Sed vix appaiet ratio, & ea hodie nulla fuerit. An inter rem legatam, & quod in facto conſiſtat? Nec hic rationem video. An potius an quid facia: hæres ante aditam hæreditatem, an poſt; ut hoc caſu omnimodo teneatur, poſtquam adeundo obſtrictus eſt legatariis, non autem illo, ſi bona fide quid fecerit, & ignorans legatum à ſe eſſe; ſi enim ſciens fecerit, ob dolum tenebitur *d.l.24.* Et ita Accurſ. ad *d. l 24.* quæ ſane eſt ad hunc §. inſignis & notanda limitatio. Idem eſt porro, ut in fi. hujus §. traditur, ſive manumiſerit hæres ſervum, ſive eum quocunque modo alienaverit, & novus dominus ſervum manumiſerit; quod utrumque traditum quoque eſt in *l. ſi quis 112.§.1. de leg.1.* Hæc ſatis, quinimmo forte plus ſatis adhuc §.

TEXTUS.

15. Si quis ancillas cum ſuis natis legaverit, etiāſi ancillæ mortuæ fuerint, legato partus cedunt. Idem eſt, & ſi ordinarii ſervi cum vicariis legati fuerint: qualicet mortui ſint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed ſi ſervus fuerit cū peculio legatus, mortuo vel manumiſſo ſervo, vel alienato, peculii legatū extinguitur. Idem eſt, ſi fundus inſtructus, vel cum inſtrumento legatus fuerit, nam fundo alienato & inſtrumenti legatum extinguitur, ſi grex legatus fuerit, & poſtea ad unā ovem pervenerit, poteſt vindicari quod ſuperfuerit. Grege autē legato, etiam eas oves, quæ poſt teſtamentum factum, gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait. Eſt autem gregis unum corpus ex capitibus diſtantibus: ſimul ædium unum corpus eſt, ex lapidibus cohærentibus. Ædibus denique legatis columnas & marmora, quæ adjecta ſunt poſt factum teſtamentum, legato dicimus cedere.

Com-

Commentarius.

1 *Si quid deceſſit legato.*
2 *Si quid legato acceſſit.*
3 *De forma legati mutata.*

Legatum, vel res legata, aut manet in eodẽ ſtatu quo tempore teſtamenti fuit, aut nõ manet. Circa quod triplex eſt inſpectio, aut enim aliquid ei decedit, aut aliquid accedit, aut forma rei aliquo modo mutatur; de quo poſteriori caſu hic non agit Juſtinian. Et ponimus hęc accidiſſe vivo teſtatore; quod ſi enim eo mortuo poſt diem legati cedentem tale quid accidat, non magnam ea res habet dubitationem, videamus de ſingulis. Circa
1 primum ſi aliquid † deceſſerit, ita jus eſt, ut nec extinguatur, nec ab hærede ſuppleatur legatum ſed quod ſupereſt, præſtetur; cujus rei quatuor hoc tit. ſunt exempla, 1. ſi ancillæ ſint legatæ cum natis: Illis enim licet mortuis, hi debentur, *h. text. in pr. & l. ſi ancilla 62. cum l. ſeq. de leg.* 1. Deinde, ſi ſervi ordinarii legati ſunt cum vicariis: illis enim mortuis hi nihilominus debentur *h. text. verſ. idem eſt & l. 4 de pecul. legat.* Rationem addunt Dd. quia perſonę non accedant perſonis. Ex quo fere concludit Angel. hic ſecus fore ſi quis legaverit vaccam cum fructu, quod ego falſum eſſe puto; licet idem probet Joh. Fab. Tertium exemplum eſt, ſi grex legatus ſit, & aliquot capita deceſſerint; quæ n. ſuperſunt debentur, etiamſi vel unicum caput ſuperſit *h. text. verſ. ſi grex & l. ſi grege 22. de legat.* 1. in qua ipſa lege eſt ratio dubitandi, quod ita deſierit eſſe grex; atqui gregem legavit teſtator. Sed ratio decidendi eſt, à præſumpta voluntate teſtatoris, qui appellationem retulit ad facti teſtamenti tempus, & ad quem gregem integrum voluit pertinere, ad hunc quod ſuperfuit, & unum vel alterum caput pervenire etiam voluiſſe intelligitur; ut perinde ſit, ac ſi ſingula capita diſtinctim legaſſet; & eo pertinere videtur, quod Juſtinian. ſubjicit eſſe gregem unum quidem corpus, ſed ex diſtantibus capitibus; quo ipſo differt ab ædibus, quas mox addit eſſe unum corpus, ſed ex cohærentibus; quæ diſtinctio corporum etiam proponitur in *l. in rem 23. §. Item quæcunq; 5. verſ. at in his de rei vindic. l. rerum 30. in princ. de uſucap.* Itaq; ædibus legatis dirutis vivo teſtatore, cementa & lapides non debebuntur. Quod autem hic de grege dicitur, id nimirum locum habet in legato proprietatis, ſecus ſi uſusfructus gregis relictus fuerit *l. fin. quibus mod. uſufr. am.* rationem differentiæ dedimus ad *§. finitur 3. in fin. ſup. de uſufr.* Quartum exemplum eſt, ſi peculio legato aliquid deceſſerit: de quo quia pleniorem tractatum habet, dicemus ad §. ſeq. Hæc autem propoſitio: Quod ſupereſt deberi, limitatur, niſi illud quod deceſſit, ſit principale: quo ſublato nec debetur acceſſorium, quod ſupereſt, *lib. 2. de pecul. leg.* Id oſtenditur duobus exemplis hoc textu, primum eſt, ſi ſervus, qui fuit legatus cum peculio, manumiſſus mortuus, aut alienatus fuerit, tum enim nec peculium debetur *h. text. verſ. ſed ſi ſervus, & l. 1. de pecul. legat.* Eſt enim peculium purum acceſſorium, 2. ſi fundus legatus cum inſtrumento alienatus fuerit, (videlicet voluntarie citra neceſſitatem, juxta notata ſup. *ad §. ſi rem ſuam 12.*) hic enim nec inſtrumentum, ut pura fundi acceſſorium debetur, *h. text. verſ. idẽ eſt & l. 1. §. 1. de inſtruct. leg.* qua tamen in re ſibi contradicere videtur ipſe Paulus (cujus eſt *d. l. 1.*) *in l. ſi cui 5 eod. tit.* Nam cum Juſtinian. hic idem juris ſtatuat, ſi inſtructus fundus & fundus cum inſtrumento fuerit legatus, eademq; cõjungat Paulus in *d. l. 1* idem tamen in *dict. leg. 5.* ea ſeparat, & fundo inſtructo legato, licet fundus ſit alienatus, tamen inſtrumentum peti poſſe ait, Hotomann. id refert ad æmulationem Pauli cum Labeone. Sed enim præſtat cum *gloſſ. Bart. & aliis* diſtinguere, an legatus ſit fundus cum inſtrumento, an fundus & inſtrumentum, ut quidem ipſe Paulus diſtinguit in *dict. leg. 5.* atqui in *dict. leg. 1. & in h. §.* agitur de fundo legato cum inſtrumento. Aut erit dicendum, inſtrumentum homonyme ſumi; modo pro inſtrumento ruſtico, quod fundo alienato nullo modo poterit peti; modo pro rebus quæ ibi ſunt pro uſu patrisfamilias, & faciunt, ut fundus ſit inſtructus; quod genus inſtrumenti etiam fundo alienato debeatur. Hæc ſunt duo exempla quæ doceat acceſſoriũ legatum extingui, ſi ſublatum fuerit principale quod vere tale eſt, non ſaltem aliquo modo; quod cujuſdam quaſi ſublimitationis loco notandum eſt; propter ſuperiora exempla, quibus diximus deberi ex legato, quod ſupereſt. Nam & nati poſſint videri acceſſiones matris, & magis vicarii, ſervorum ordinariorum. Sed revera ita res ſe non habet; liberi enim ut editi ſunt primum, ſeparatam penitus habent exiſtentiam. Ita quoq; vicarii ſervi, qui quaſi ſunt ſubjecti ordinariis, ex ſe acceſſiones non ſunt ordinariorum, ſed revera ſunt conſervi, ut Horatius quoq; 2. Serm. 7.

Seu vicarius eſt, qui ſervo paret, uti mos
Veſter ait, ſeu conſervus.

Eſtque

Eſt q; ea qualitas vicariorũ ex ſola & eadem mutabili domini deſtinatione. Attamen procedit ſententia hujus §. ſi diſerte ſint legati vicarii cum ordinariis; nam quatenus conſiderantur vicarii, ut ſunt in peculio ordinariorum *l. 17. in fin. de pecul.* ſi ordinarius legatus ſit cum peculio, & alienatus fuerit, prorſus vicarii, qui in peculio ſunt, non debebuntur. Illud denique annotandum, illa quæ diximus acceſſoria, ut non debeantur, ſublato principali, non ſimpliciter eſſe acceſſoria, nec ita ut eciã principale neceſſario aſſequantur; ſiquidem ſervo ſimpliciter legato peculium non debetur *l. ſi legatur 24 de pecul. legat.*

Hæc de priori membro, ubi legato aliquid deceſſit. Si quid acceſſerit, † quod poſterius membrũ erat, hæc regula eſt, quod una cum ipſa re legata debeatur quod acceſſit, aut adjectum eſt. Ejus rei tria exempla proferuntur h. t. ſi gregi legato poſt teſtamentum adjiciantur plura capita, & ipſa debentur *h. t. & verſ. grege l. grege 21 de legat.* 1. Deinde ſi ædibus legatis aliquid fuerit poſt adjectum *h. t. verſ. ædibus.* 3 ſi peculio legati aliquid acceſſerit, de quo agemus in textu ſeq.

Supereſt ut de mutatione rei aliquid dicamus; quæ tamen aliquando in ſpeciem, vel caſum de-
3 ceſſionis, † aut acceſſionis incidit, veluti ſi areæ imponatur ædificium, aut deſtruatur ædificium, acceſſio &, deceſſio eſt, & tamen ſimul mutatio formæ; ſiquidem cum ædificium imponitur deſinit eſſe area. Quod ſane in exemplis ſuperioribus non eodem modo ſe habet. Et hæc tamen eſt ſimilitudo, quod ſicut, quod ſupereſt, & quod acceſſit ſimul debetur; ita & in hac mutationis ſpecie, ut nimirum domo legata deſtructa debeatur adhuc area, *l. ſi grege 22. de legat.* 1. (quod in uſufructu ſecus eſt *l repeti 5. §. 2. quibus mod. uſusfam. am.*) & areæ legatæ ædificium impoſitum ſimul cum ipſa area debeatur *l. ſervum 44. §. ſi area 4. de legat. 1. l ſi area 39 de leg.* 2. Cui tamen contradicit ſatis expreſſe *l ſi cohors 79. § penultim. de legat. 3. & l. ſi ita 65. de leg. 1.* ubi ait JCtus, ſi ædibus legatis & deſtructis ædificaverit teſtator novas, has non deberi, quæ tamen poterant videri ſubrogatæ in locum priorum: & multo minus ergo debebuntur, quæ cum area tantum legata eſſet, de novo impoſitæ fuerunt. Nihil habet Acc. quod reſpondet, niſi in his caſibus mutatam fuiſſe voluntatem. At enim hæc quætimus, An voluntatis mutatio ex hoc præſumatur, quod areæ ædificium impoſuit teſtator; quod ſane ſatis perſpicue affirmatur his duobus textibus, quibus legatum peti poſſe negatur; contra *d. l. 44. de leg. 1.* Ego priorem ſententiam quod legatum non ſit extinctum magis probaverim; non enim revera hæc eſt mutatio, quam nullam in ſe patitur area, ſed eſt acceſſio. Ex quo etiam eſt, ut ſi quis in alieno ſolo ponat ædificium, non habeatur pro ſpecificante, & quaſi qui effecerit ſpeciem novam, & formam novam introduxerit; ſed ædificium domino ſoli cedit *§. ex diverſo 31. ſupr. de rer. diviſ.* Itaque hæredem oportebit probare, mutatam eſſe voluntatem juxta *d. l. 44. § 4. de leg. 1.*

In altero caſu principali; quando poſt factum teſtamentum, res legata novam ſuſcipit formam; videatur eadem diſtinctione utendũ, cum quæritur an legatum extinguatur, an res debeatur, quam propoſuit Juſtin. in *§. cum ex aliena 25. ſup. de rer. div.* an nimirum ſpecies poſſit facile redire ad priorem materiam an poſſit: ut hoc caſu extinctum cenſeatur legatum, illo autem ſpecies debeatur adhuc, cum forma tam facile mutabilis non videatur dare verum eſſe: quæ etiam non obſcura eſt ſententia Pauli in *l. quæſitum 78. §. illud. 4. de legat. 3.* ubi ait, argenti appellatione etiam argentum factum contineri; ex hac ratione, quod quæ talis naturæ ſunt, ut in initia ſua ſæpius redigi poſſint, ea materiæ potentia victa, umquam ejus vires effugiant. Quæ ratio ſi eſt bona, omnino concludit, pocula, quæ facta ſunt ex maſſa argenti legata, adhuc deberi; quod in aliis ſecus erit, velut, ſi ex marmore ſtatua facta ſit; de quo in *dict. leg. 78.* reſpondet Paulus ex contraria ratione, marmore legato, non etiam ex eo factas ſtatuas ſed tantum rude marmor legatum videri quamvis pluſculũ in hac materia, videatur formæ tribuere Africanus (in iiſdem terminis quos Paulus ponit in *d l. 78.*) in *l. qui uſumfructum 36. in pr. de uſufr.* Et convenienter ſuæ illi ſententiæ Paulus in *l. lana 88. de leg. 3.* reſpõdet maſſa legata deberi ſcyphos ex ea factos: ſecus ſi ex tabulis legatis navis vel armarium, aut ex lana legata veſtis facta fuerint: quoniam in his potior eſt ratio formæ; neque hæc ita commode ad ſua principia & materiam priſtinam redigi poſſunt; imo vix poſſunt; licet de lana legata & veſte ex ea facta contrarium reſponſum ſit, in *l. ſervum 44. §. 2. de legat. 1.* ubi refertur & probatur Juliani ſententia. Divinatorium enim & commentitium eſt, quod Acc. reſpõdet, in *dict. leg. lana 88.* demum poſtquam dies legati ceſſerat, ex lana veſtimentum factum fuiſſe. Quidam forte in dubio maluerunt reſpondere pro conſervatione voluntatis defuncti, ut

cti, ut ea ſalva maneret, niſi voluntatis mutationem probaret hæres, ſed & quam ſupra notavimus in §. *cum ex aliena de rer. div.* ſententiarum varietas, eadem in hac aſſioi quæſtione JCtos agitaſſe videtur; neque facere potuerunt compilatores, ut non hujuſmodi diſſenſionum aliquam multa nobis veſtigia reliquerint.

TEXTUS.

16. *Si* peculium legatum fuerit, ſine dubio, quidquid peculio accedit vel decedit, vivo teſtatore, legatarii lucro eſt vel dãno. Quod ſi poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatẽ, ſervus aliquid adquiſiverit, Julianus ait, ſiquidem ipſi manumiſſo peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem adquiſitũ eſt, legatario cedere, quia hujuſmodi legati dies cedit ab adita hæreditate. Sed ſi extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, niſi ex rebus peculiaribus auctum peculium fuerit. Peculium autem niſi legatum fuerit, manumiſſo non debetur, quamvis ſi vivus manumiſerit, ſufficit, ſi non adimatur: & ita Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, peculio legato non videri id relictũ, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impẽderit. Iidem reſcripſerunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber eſſe juſſus eſt, & ex eo reliqua inferre.

COMMENTARIUS.

DIximus nos ſeparatim acturos de hoc §. qui alias pertinet ad materiam textus præc. de eo quod accedit & decedit legato: Utrumq; enim in legato peculii vel ideo facile accidit, quod peculium, eſt inſtar cujuſdam univerſitatis, & in eo inſunt res, nomina, jura active & paſſive *l. ſi ex duobus 32. in fin princip. & paſſim t. t. de pecul.* ideoque dicitur, creſcere, decreſcere, mori *l. peculium 40 in prin. de pecul l peculium 65. de legat. 2* Et de peculii legato, ubi quid peculio decedit vel accedit, aliquot caſus hic proponuntur, quorum omnium & ſingulorum decidendi ratio ſumenda eſt ex eo, quod ipſe Juſtinian. in uno caſu tradit, nimirum ex tempore quo cedit dies. Cedere enim diem, in jure noſtro ſignificat, incipere deberi *l. cedere 213. de V. S.* inde enim ſit, ut quod iſto tempore in peculio eſt, id debeatur legatario. Diverſimode autem pro diverſitate caſuum in hoc legato cedere diẽ hic textus oſtendit. Et nimirũ (quæritur enim de eo quod acceſſit peculio) acceſſit aliquid peculio, aut ex rebus peculiaribus, & omnino tamquam purum putũ acceſſoriũ, cuicunq; ſit legatum peculium, debetur, aut acceſſit aliunde; & hic, aut acceſſit ante mortem teſtatoris, & itidem debetur omnimodo aut poſt mortem teſtatoris; & hic iterum, aut fuit peculium ipſi ſervo manumiſſo legatum, aut alii. & hoc caſu non debetur, quod acceſſit, ſed illo caſu debetur, quidquid etiam ante aditam hæreditatem acceſſit. Ratio eſt, quam jam diximus, quoniam iſto caſu, ubi legatum eſt peculium ipſi ſervo manumiſſo, ſicut libertatis, ita & legati peculii dies cedit demum ab adita hæreditate, hoc textu, *& l. hæredis 7. § ult. cum leg. ſeq quand. dies leg. ced.* atquin ubi legatum eſt peculium alteri; dies ſicut & in aliis legatis cedit a morte teſtatoris *leg. à Titio 64 de furtis l. un. §. in fin. C. de caduc. toll.*

Et hoc generale eſt in omnibus legatis, quibus aliquid acceſſit; neque enim poteſt ad legatarium pertinere, niſi id quod in legato eſt, cum incipit dies cedere, id eſt, cum incipit res deberi, & in obligatione eſſe *dict. leg. 213. de V. S.* & tempus iſtud neceſſario inſpici debet, ubi quæritur quantum ſit in legato. Et hæc eſt ſumma hujus §. uſque ad *verſ. peculium:* quæ etiam proponitur in *leg. denique 8. §. ultim. de pecul. leg.* hoc addito, quod ex voluntate teſtatoris, ſi ea probetur, (quod generale eſt) etiam extraneo debeantur, quæ poſt mortem acceſſerunt. Et tamen illud ibi inſubtile videtur; quod in princ. ſcribit JCtus, ſi ipſi ſervo ſit legatum peculium, ſpectari tempus quo dies cedit; ſin alii, mortis tempus, neque enim hoc caſu mortis tempus, eſt illud quo dies cedit. Neque hoc aliter defendi, aut excuſari poteſt, quam quod tempore Juriſconſultorum ex Lege Julia Papia, dies legati non à die mortis, ſed à die apertarum tabularum cedebat, Itaque ſtante hac cõſtitutione L. Juliæ Papiæ quærenda fuit alia ratio, cur ubi peculium extraneo legatum erat, illud tantum eſſet & veniret & legato, quod fuit tempore mortis. Idq; veſtigium juris veteris notandum eſt.

Peculium autem.] Sequuntur hic tres caſus deciſi conſtitutione Impp. Severi & Antonini. Pri-

mus;

... peculium niſi nominatim legatum fuerit, manumiſſo ſervo per teſtamentum, non deberi *l. un. Codic. de pecul. ejus qui lib.* Sed ratio diverſitatis quæritur, cur aliud ſit, ſi ſervus inter vivos manumiſſus fuerit, cui hoc ipſo, quod non adimitur, peculium conceſſum intelligitur, *h. text. & d. l. un. & l. ſi Sticho 53. de pecul.* cum tamen voluntates ultimas latius interpretari ſoleamus. An forte quod hic etiam agitur de præjudicio hæredis, quē teſtator ultra id quod expreſſit, non intelligitur velle gravare. Joh. Faber hanc reddit rationem, quod libertas inter vivos propter mutua dari ſoleat, non ita in ultimis voluntatibus, in quibus ſolent homines alias eſſe liberaliores. Gloſſ. & plerique hanc rationem dederunt, quod manumiſſus debeat operas patrono, pro quib. credatur peculium relictum ipſi eſſe; Cui male objicit Faber, quod etiam teſtamento manumiſſus operas filio debeat; quod ego puto eſſe falſum, Orcinus enim libertus qui vocatur, directo manumiſſus, nulli tenetur præſtare operas, Neq; obſtat *l. ſi operarum 29. de oper. lib.* Ibi enim vivus libertatem dedit; ſed quæritur ibi de judicio operarum cœpto, in hæredem transferendo poſt mortem patroni v. tamen quæ noto ad *fin. §. 2. inf. de ſing. reb. per fideic.*

Peculio legato.] Alter hic caſus eſt. Quod ſi peculium relictum ſit ſervo, non propterea petere poſſe, quam in rationes domini impendit pecuniam. Rationem dubitandi puto hanc fuiſſe, quod hoc modo, dominus peculiaris debitor ſervi conſtituitur *l. quam 7. § ſed & 6. de pecul.* Sed eſt illud non verum debitū, & quod hactenus eſſe in peculio intelligatur, ut veniat in actionem de peculio; cū etiam ſervo nulla ex hac cauſa competere poſſit actio, & ut Theoph. ait, tantum quæ in promptu ſunt & in parato legaſſe dominus appellatione peculii ſervo cenſetur. Ex quo etiam fit, ut licet ſervo manumiſſo inter vivos non ſit ademptum, & ita permiſſum peculium, nihil tamen exigere à debitoribus peculiaribus ſervus poſſit *l. ſi Sticho 53 de pecul.*

Peculium videri legatum.] Tertius caſus, cum liber eſſe ſervus juſſus eſt rationibus redditis, & ex eo reliqua inferre videri peculium legatum; nimirum ex poſterioribus verbis, quibus reliqua & ſcilicet quæ debet, inferre juſſus eſt, *l. denique 8. §. Inſ... dum 5. de pecul. legat.* priora enim non inferunt legatum peculii; nec quidem, ſi vet... rationes exigi à ſervo *l. dominus 23. § ſervus 2. de pecul. legat.*

* * *

TEXTUS.

17\. Tam autem corporales res legari poſſūt, quam incorporales: & ideo quod defuncto debetur, poteſt alicui legari, ut hæres actiones ſuas præſtet legatario: niſi exegerit vivus teſtator pecuniam: nam hoc caſu legatum extinguitur: Sed & tale legatum valet: Damnas eſto heres meus domum illius reficere, vel, illum ære alieno liberare.

COMMENTARIUS.

Tam autem corporales.] Eſt quaſi concluſio ad tractatum de rebus, quod ſcil. omnes res etiam jura & res ſc. quævis incorporales legari poſſint *l. cetera 41. in pr. de leg. 1. & ult. ſeq. de ſerv. præd.* Eſt autem in his verbis trajectio: & dicendū potius erat, legari poſſe res tam incorporales, quam corporales, quoniam de his dubitatio minor eſt.

Et ideo quod defuncto] Diximus *ad §. ſi quis debitori 13. ſupr. h. t.* poſſe legari & quod quis debet, & quod ſibi debetur; & hoc rurſus cum debitori ipſi, quod dicitur legatum liberationis, de quo ibidem egimus: tum alii, quod eſt legatum nominis; de quo hic agendum eſt. Et illud initio inſtituendum eſt, valere hujuſmodi legatum: Centum quæ mihi Titius debet ex mutuo, lego Sempronio. Quæſtio eſt, quis ſit effectus hujus legati. Quid enim ſi Titius forte non ſit ſolvendo, quæritur an legatarius nihilominus centum ab hærede exigere poſſit. Quod hic ſatis negat, dum docet Juſtinianus, legato hoc cōtineri, ut actiones ſuas hæres legatario præſtet *l. ſi ſit legatum 75. §. quod ſi 2. in fin. & l. legatum 105. de legat. 1. junct. l. nominis 13. Codic. eod.* Sed quid ſi hæres non ceſſerit actiones, an nullo alio remedio legatario poterit eſſe conſultum? olim fuit nullum plane, nec enim aliquid legatarius contraxit cum debitore, nec ex legato creditoris actio contra debitorem legatario parari poteſt. Quæ in caſibus aliis ratio quoque eſt, ſi nomen fuerit venditum, aut donatum. Sed cū fieret aliquando, ut actionum ceſſio differretur, aut etiam non poſſet fieri, ut in ſpecie *Cod. de oblig. & act.* ſuccurrit Imp. Pius & conſtituit, ut etiam ... ceſſionem (quia facta nomine cedentis directa exercetur actio & ceſſionarius fit procurator in rem ſuam) ... actio emptori no-

canis & aliis ſimilibus, *l. ſi cum 16. in princ. de pact. l. nominis 18. Cod. h. t.* qua de re accurate egi in *Tract. de actionib. diſp. 4.*

Niſi exegerit vivus.] Si teſtator ſibi debitũ, quod legavit, ipſe exegerit à debitore legatum extinguitur *h. §. & leg. ſi ſic. 75. §. 2. de legat.* 1. *argum. l. non ſolum 7. § liberatio 4. de lib. leg.* perinde ut ſi quis quod legavit, alienaverit juxta § *ſi rem 15. inf. h. t.* Et tamen hic noſtro caſu major eſt ratio: nam legatum etiam alienæ rei debetur, atqui cum hic ſolum teneatur hæres ut actiones præſtet; exacto debito, & ſublatis ita actionibus, nihil deberi amplius legatario poteſt, qui agere ut ſibi cedantur actiones, utique non poteſt; quam rationem differentiæ ipſe reddit JCtus in *l. fideicommiſſa §. ergo etſi 13. de leg.* 3. ubi tamen addit, aliquando ſecus fore, & non extingui fideicommiſſum, ſi exactam pecuniam depoſito teſtator habuerit, ex quo voluntatem non mutatam colligatur. Itaque hoc caſu non ut actiones cedantur, quæ nullæ amplius ſunt, legatarius expetietur aut fideicommiſſarius, Sed recta legatum patet. Alterum autem in d. § 13. huc proprie non pertinet, ſi ſcil. debitor ipſe pecuniam obtulit, quam cum creditor accipere teneatur, non poteſt mutata intelligi voluntas: hoc autem §. noſtro ſuſſe pecuniam exactam proponitur; & poſuit ejus exactionis juſta fuiſſe cauſa, quod forte debitor incipiebat labi bonis, & hic itaque ſi præſertim pecuniam exactam in depoſito apud ſe teſtator habuit, dicemus eam deberi: videtur autem utrumque conjunctim requiri, ut & ultro oblata ſit, & in depoſito habita: etenim per ſolutionem factam extingui legatum nominis ſimpliciter reſponſum eſt *in l. ſi id 21. in pr. de lib. leg.* vix enim eſt, ut id reſtringi poſſit ad caſum, quo teſtator petiit. Plane in dubio, animo adimendi exactam pecuniam præſumimus: itaque onus probandi incumbet legatario, *l. pen. §. ult. de adim. leg.* Sed quid ſi teſtator inſtituta actione contra debitorem, ante quã ſententia ſequeretur & ſolutio, deceſſerit? an debebitur legatum? videtur quod non: tum quod ex inſtituta actione præſumitur mutatio voluntatis, tum quod actio in judicium deducta conſumitur; (quamvis nova j dicati naſcatur) & plane quod improbus debitor moram nexuit non debet prodeſſe legatario. Sed contra facit, quod res necdum deſiit plane eſſe integra, & ſupra ad §. 12. diximus, vendi tione non præſumi ſublatum legatum, niſi ſecuta ſit traditio, ſed tamẽ alia ratio eſt, quod traditio eſt voluntatis, at condemnatum facere debitorem non eſt penes creditorem. Neque obſtat *l. nepoti 6. de inſtr. leg.* quia ibi legatum ita fuit: *Quod meum eſt.* quãvis Bart. ibidem aliter ſentiat, & poſt eum Angel. hic per illum textum: qui tamen plane nihil facit cum apertum ſit, inde ſumi rationem dubitandi cur non videretur deberi, quia nondum exactum ſit, ut appareat, nec dubitare JCtum, qui contineatur legato ſi fuerit exactum, quia ut dixi, ita legavit teſtator, *Quod meum eſt.*

TEXTUS.

18. Si generaliter ſervus vel res alia legetur, electio legatarii eſt, niſi aliud teſtator dixerit. Optionis legatũ id eſt; ubi teſtator ex ſervis ſuis vel rebus aliis, optare legatarium juſſerat, in ſe olim habebat conditionẽ. & ideo niſi legatarius optaſſet, legatum ad heredem non tranſmittebat. Sed ex conſtitutione noſtra & hoc in meliorem ſtatum reformatum eſt: & data eſt licentia heredi legatarii, optare ſervum licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in noſtra conſtitutione additũ eſt, ſive legatarii extiterint plures, quibus optio relicta eſt, & diſſentiant in corpore eligendo: ſive unius legatarii plures heredes ſint, & circa optandum inter ſe diſſentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatũ, (quod pleriq; prudentium contra benevolentiã introducebant) fortunã eſſe optionis hujus judicẽ, & ſorte hoc eſſe dirimendum; ut ad quem ſors pervenerit, illius ſententia in optione præcellat.

COMMENTARIUS.

1 *De legato generis.*
2 *Cujus ſit aut fuerit electio.*
3 *Optionis legatum.*

HOc ad modum quoq; legandi pertinet: quod legatur ſpecialiter, aut generaliter. Intelligitur a. per genus hoc loco, ut & alibi † paſſim ſpecies infima, ut Logici loquuntur. Procul in dubio legatum fuerit nullum, ſi quis ſubſtantiam corpus aut etiam animal legaverit. Et tamen circa hoc ipſum genus legati diſtinguendum eſt, ubi an valeat, 1

Digitized by Google

leate quæritur: hoc enim ante omnia conſtitui oportet. Et nimirum ſi ſpecies habeat certam à natura determinationem, veluti, homo, equus, bos, non dubitatur, quin valeat legatum, licet nullum in individuum expreſſum fuerit, idque omnimodo, ſive talis ſpecies aut individua potius, fuerint in dominio teſtatoris, ſive nulla fuerint. De fundo & ædibus in genere legatis quæritur. Et quamvis Raph. referente Angel. hic putaverit, fundi quoque ſimpliciter relicti utile legatum eſſe, ſi modo fundos habuerit teſtator certis finibus diſtinctos, quod & poſt *Iac. & Pet.* probat *Ioh. Fab.* tamen ex poſt gl. habet communior opinio, legatum eſt inutile ſimpliciter: idque tum arg. ſtipulationis *l. ſtatis. de v. ob.* tum per textum indiſtincte loquentem *in l. cum poſt. 69. § gener. 4. de jur. dot.* ubi nominatim quoque hac ipſa in re, ſtipulatio & legatum conferuntur: Porro ædium legatum ita valet, ſi teſtator ædes habuerit *l. ſi domus 71. in pr. de legat.* 1. Et proinde comparatio ædium & fundi *in l. quod in 24. § ult. de legat.* 1. accipienda eſt ſecundum quid. Hactenus nimirum, ut & verba habent, quod fundi & ædes noſtra deſtinatione conſtituantur. Sed enim cum ædes ab ipſo jure gentium ſint habitationi hominum deſtinatæ, efficitur omnino, determinationem ædium, longe certiorem eſſe quam fundi. Neque vero deſtinatio hominis poteſt facere ædes, quæ non poſſint utiles eſſe ad habitandum & illæ revera non poſſint dici ædes. Quod ad res fungibiles attinet, conſtat illarum legatum inutile eſſe, niſi, quantitas, pondus, numerus aut menſura adjiciantur. De qua re vide plenius tractantes *Bart. & Dd. in d. l. 115. de ob. & d. l. 71. de legat.* 1.

Electio legatarii eſt.] Certum & exploratum eſt, tum † olim hac in re aliud in legato vindicationis, &
2 damnationis jus fuiſſe, & in illo electionem habuiſſe legatarium, in hoc, heredem: quoniam hic tantum actio perſonalis legatario competebat: & regulariter electionem debitoris eſſe conſtat, probatur hoc ex *l. plane 14 § ; en. de legat. 1 l. ſi à ſubſt. 45. § ſi l. ſi heres et eod. l. ſi is 19. l. ſi ita 43. §. ult. de legat.* 2. ſed cum hodie exæquarit legata, & differentiam formularum ſuſtulerit Juſtinianus, ambigi poſſit, an non ſimpliciter electio legatario ſit tribuenda: nequaquam dubitari hodie poteſt, quin licet formula damnationis in legando uſus ſit teſtator, vindicatio legatario competat: cui autem conceditur jus vindicandi, ei jus eligendi negari non poſſe videtur, pro quo etiam hic noſter textus facit, qui legatario electionem indefinite tribuit, niſi aliud expreſſerit teſtator. Rationi tamen hoc convenire non videtur, ut contra voluntatem teſtatoris electionem tribuamus legatario: parum enim intereſt, an expreſſe juſſerit heredem eligere teſtator, an ipſum damnaverit ut hominem præſtaret, vel quod in alternativo legato apertius eſt, ut hominem aut decem daret legatario: Eadem autem legati generalis & alternativi ratio eſt. Et hæc quoque eſt ſententia Dd. communiter recepta *in l. legato 37. de legat.* 1. *Ang. li* (qui multos refert) *Vrſeamb. & aliorum bis.* Et ſupra monuimus, ita accipiendam eſſe illam exæquationem, ut ne quid fiat contra ipſius teſtatoris voluntatem. Secundum quod legatarius ſi quid per damnationem in genere vel alternative relictum ſit, & verba executiva, ut interpretes loquuntur, directa ad heredem, dari non poterit vindicatio, ante factam declarationem ab herede, quid præſtare velit. Obiicitur *l. ſi domus 71. in pr. de legat.* 1. ubi ſane domus videtur per vindicationem legata, & tamen electio eſt heredis, ſecundum veriorem lectionem: Doctores notant ſpeciale eſſe, ubi legatur certum de incertis: dubio enim procul ſenſit teſtator de ædibus certis; ideo electionem damus heredi, ne & nimis gravetur, & quia melius creditur ſcire voluntatem defuncti; Inter ædes & ædem, nimis magna diſtantia eſt, cum iſta ex hominum deſtinatione & arbitrio pendeant, non autem tanta intercedit inter hominem & hominem: quo caſu non creditur teſtator ſenſiſſe de certo homine: & tamen ita conceditur hic electio legatario, ut optimum eligere non poſſit *l. legato 37. de legat.* 1.

Optionis † legatum.] Magnam affinitatem habet 3
hoc legatum cum legato alternativo, & generali, nec quidquam fere aliud intereſſe videtur, quam quod in legato optionis, expreſſe legatario electio datur fere, inquam, nam à legato generali, ſi quis legaverit, hominem quem volet legatarius optionis legatum diverſum fuiſſe probabile omnino eſt: cum & optio, nominatim inter actus legitimos referatur *l. actus 77. de reg. iur.* & Juſtin. hic ſcribit, optionis legatum olim fuiſſe conditionale quod juris non fuit in legato generali, licet facultas eligendi expreſſa fuerit.

Habebat olim in ſe conditionem.] Scilicet ſi ipſe legatarius optaſſet, & itaq. optandi jus erat mere perſonale: ita ut ante defunctus legatarius legatum ad heredes non tranſmitteret: & ſic veræ conditionis & ejus quæ veniret ex teſtamento, & voluntate

quadam tacita teſtatoris, haberet poteſtatem & effectum, cum alias conditiones quæ tacite inſunt, & nec ex teſtamento veniunt, non impediant tranſmiſſionem *l. conditiones 99. de cond. & dem.* & diximus ad §. *ea 7 ſup. h. t.* Nec obſtat *l. ſi ſic 75. § pen. de leg. 1.* vel quoniam intereſt, ut diximus, inter legatū ſimplex cum jure eligendi, & inter legatum hoc quod in ſpecie dicitur optionis legatum: vel quoniam ibi agitur de eligendi facultate per cōtractum quæſita, cui etiamſi conditio ineſſet, tamen in heredē tranſiret, ut conſtat hactenus inter contractus & legata eſſe differentiam § *ſub cond. 4 de v. ob § pen. de inutil. ſtipul.* ut proinde manifeſto erret Donel. *in l. ſi ſtipul. 76. de v. obl.* ubi putat electionis jus ex contractu adquiſitum omnino ita perſonale eſſe, ut non tranſeat in heredes, cum tamē ipſa *d. l. 76.* probet contrariū, quem locum inepte ipſe accipit, quaſi tranſeat obligatio citra eligendi jus contra mentem ICti, qui patrem & dominum (ubi nimirum ſervus aut filiusf. ſtipulati ſunt.) qui non habent eligendi jus, opponit heredi, & contra *d l. 75. de leg 1* ubi hæres ejus qui ita ſtipulatus erat & jus ſibi quæſitum legaverat, præſtat legatario obligationem cui ineſt jus eligendi, quod præſtare hæres non poſſet, niſi prius tranſmiſſum in ſe fuiſſet. Magis obſtat hujus loci aſſertioni, quod hoc legatum conditionem olim habuerit textus *in l. illud 19. de opt. legat.* ubi dicitur tranſmitti legatum: Aut intelligemus, ſimplex legatum tranſmitti, citra jus electionis: aut vero negationē à Triboniano detractam dicimus: aut cum locum de legato electionis ſimplici, non legato optionis in ſpecie dicto accipiemus. Sed adhuc magis obſtat & ſibi ipſi Juſtin. *in l ult. in pr. C. comm. de legat.* quo loco in terminis optionis legatæ, & legatarii defuncti antequam eligeret, dubitatū ait inter veteres fuiſſe, quid ſtatuendum eſſet, ſi non poſſet convenire inter plures heredes. Dubitatio enim fuiſſet ſtulta, ſi jus eligendi in heredes non tranſiiſſet. An forte inter ipſos ICtos olim hac de re non convenit? an Tribonianus per incogitantiam confudit caſum plurium legatariorum de jure eligendi concertantium: cum caſu plurium heredum unius legatarii. Quid aliud dici poſſit, mihi non occurrit, & à nemine hoc attingi miror. Amplius *in d. l. ult. C. comm. de leg.* tantum hoc ſancitur, ut controverſia p[illegible] ſorte diſſimatur, at ut liceat optare etiam he[illegible], verbo [illegible] ibi ſancitur, ſed controverſia [illegible] teru[illegible] referen[illegible]. Et tamen hic textus arguit, [illegible] ant [illegible] utrumq; fuiſſe oppoſitum, & ut [illegible] el[illegible] genu[illegible] fſiret in heredes & ut contro-

verſia forte decideretur, juxta hunc §. *verſ. & diligentiore.* Tractare autem, quando & quibus caſibus res ſorti permittatur, non eſt hujus loci.

TEXTUS.

19\. Legari autem illis ſolum poteſt, cum quibus teſtamenti factio eſt. Incertis vero perſonis, neque legata olim, neque fideicommiſſa relinqui conceſſum erat: nam ne miles quidē incertę perſonæ relinquere poterat, ut reſcripſit Divus Hadrianus. Incerta autem perſona videbatur, quam incerta opinione animo ſuo objiciebat teſtator: veluti ſi quis ita dicat: Quicunque filio meo filiam ſuam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato. Illud quoque quod iis relinquebatur, qui poſt teſtamentum ſcriptum, primi conſules deſignati eſſent, æque incertæ perſonæ legari videbatur, & deniq; aliæ multæ hujuſmodi ſpecies ſunt. Libertas quoque incertæ perſonæ non videbatur poſſe dari; quia placebat nominatim ſervos liberari. Sub certa vero demonſtratione, id eſt, ex certis perſonis incertæ perſonæ recte legabatur veluti: Ex cognatis meis, qui nunc ſunt, ſi quis filiam meam uxorem duxerit, heres meus ei illam rem dato. Incertis autem perſonis legata vel fideicommiſſa relicta & per errorem ſoluta, repeti non poſſe ſacris conſtitutionibus cautum erat.

COMMENTARIUS.

Sequitur jam aliud principale caput, de his quibus legari poteſt, quod tamen liquidum eſt, ex tit. & materia de heredibus inſtituendis, ſiquidem ut *in pr. hujus textus* habetur, illis tantum poteſt dari legatum, cum quibus teſtamenti factio eſt, id eſt, qui heredes inſtitui poſſunt, ſi enim accipias generaliter pro hic quicunque quocunque titulo capere poſſunt, petitio fuerit principii, aut fuerit teſtrictio in verbis, *teſtamenti factio.* ex quibus intelligamus, legata tantum poſſe relinqui teſtamento, non etiam codicillis ab inteſtato. Id adeo

ſecun

ſecundum hanc explicationem de legatis in ſpecie dictis fuerit accipiendum: quod præterea m ex titulis Caii & Ulp. & aliunde cõſtat, & præcipue *infr. de fideic hered. in pr.* olim quibus directo nihil relinqui poterat, per fideicommiſſum aliquid datum fuiſſe, & nominatim ſcribit Ulp. Latinis Junianis, quibus legari non poterat, per fideicommiſſum relinqui potuiſſe. Speciali etiam favore incapacibus alimenta legari poſſe admiſſum fuit *l. ut cui 11. de alim. legat.* Hodie autem ſublatis iſtis differentiis, & caducis & variis ex L. Julia Papia & aliis LL. ſpeciebus incapacium, inter legata & fideicommiſſa diſtinguendum non erit, & Juſt. de legatis & fideicommiſſis mox confuſim exponit.

Incertis perſonis.] Hinc olim videtur civitatibus legari non potuiſſe, quibus per fideicommiſſum relinqui poterat, de quo ſunt textus apud *Ulpian. titul. de legat. 2. §. civitatibus 26 l. ſi quod 117. l. civitatibus 122.* (id enim poſtea permiſſum, ut legare liceret.) *de legat. 1. l. cum Senatus 20 de reb. dub. l. omnibus 26. Ad Senat. Trebell Plin 5. E iſt. 7.* poſtea ad iſſum, ut & heredes inſtituerentur *l. hereditatis 12. C. de inſtit. hered.* & ex conſtitutione Juſtin. quæ nunc extat. etiam heredes incertas perſonas inſtitui poſſe creditur *arg. §. ſed nec 27. infra h. t.* Ratio autem hujus juris, ob quem incertæ perſonæ nihil poterat relinqui, (adeo ut nec miles, qui plurima privilegia habet, exciperetur *h §. in pr.* nec libertas (cujus tamẽ maximus favor) *h. §. verſ. libertas*, quia placebat, inquit Juſtin. ut libertas nominatim daretur, quod videtur fuiſſe, ex L. Fuſia Canin. *Ulp. § ult. tit. 1.* videtur hæc fuiſſe, quod certum debet eſſe conſilium teſtatoris, ut ſcribit *Ulp. §. 3. de hered. inſt.* & legatum ut donatio quædam in benemerentes confertur. Hæc incertitudo feciſſe videtur ut olim pauperibus relinqui non poſſet, quod mutatum poſtea *l. id quod 24. C. de Epiſc. & cler.* Objicit tamen Joh. Fab. *l. ſi quis 14. de rebus dub.* & per eam putat intelligi jus vetus, quod ante Digeſta & compilationem eorum obtinuit. Ridicule. quaſi per ſolam, autoritate Juſtiniani factam cõpoſitionem, jus novum fuerit effectum, cum etiam conſtet anteriorem fuiſſe primum Codicem Digeſtis. Et facilis eſt reſponſio ad *d. l. 14. de reb. dub.* quæ agit de ſignatoribus teſtamenti, qui certi fiunt, adhibitione ipſa per factam teſtatoris & tempore teſtamenti, tunc enim proprie dicitur fieri teſtamentum, non cum privatim ſcribitur à teſtatore, ſed cum ſuprema conteſtatio peragitur & teſtibus ſubſignandum teſtamentum exhibetur.

Non obſtat etiam *l. in tempus 62. §. 1. de hered. inſt.* quoniam ibi teſtator perſonam deſignavit: ſed incertitudo accedit ex eo, quod plures ſunt ejuſdem nominis amici teſtatoris; itaque admittitur probatio voluntatis defuncti: facit *l. falſa 35. §. 1. de cond. & dem.* quamvis dubio procul Triboniani ſint, poſtrema ejus §. verba. Magis videtur obſtare *l. quidam 5. de reb. dub* ibi *ſive quis alius*. An hoc ſit quia datur aliquid pro beneficio quod ſperat, an aliud hic in fideicommiſſis, prius verius eſt: nam cum nec libertates incertæ perſonæ dari poſſint, nec poterunt fideicommiſſa; & nihil in his ſpeciale eſſe docet *Ulp. tit 26. de fideicomm §. pœna. 11.*

Sub certa vero.] Non eſt omnino certa demonſtratio: nam & illa demonſtratio habet aliquam ex poſt facto certitudinem, de qua in præmiſſis agit. Sed intelligit demonſtrationem certam ordinis & qui in ſe certus eſt, veluti cognatorum, ut ſe mox explicat. Ita enim limitatur incertitudo & reſtringitur; & incertitudo non eſt ita vaga ſed limitata: idemque tradit *Ulp. tit. de legat 24. § Incerta 17.* & notandum quod demonſtrationi additur, *Qui nunc ſunt*, & proinde certi.

Incertis autem perſonis.] Subtilitatem quandam habet, quod incertæ perſonæ nihil relinqui poteſt. Cur enim non admittatur, ut ei qui filiam meam ducturus eſt uxorem, aliquid legari poſſit. Et hinc vide ut ex hujuſmodi voluntate teſtatoris heres naturali quadam obligatione obſtringi: quæ cauſa fuit, ob quam Impp. jus retinendi ex hoc legato dederint, hic enim eſt effectus naturalis obligationis, ut quamvis actionem non pariat, producat tamen exceptionem & ſoluti retentionem, *naturalis 10. de obl. & act. l. naturaliter 13. de condict. indeb.* Et inepiit hic Pacius in notis *poſt Mynſ.* dum hunc locum ad ea quæ piis cauſis ſunt relicta reſtringit.

TEXTUS.

20. Poſtumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Eſt autem alienus poſthumus, qui natus inter ſuos heredes non eſt futurus teſtatori. Ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat poſthumus avo. Sed nec hujuſmodi ſpecies eſt penitus ſine juſta emendatione relicta: cum in noſtro Codice conſtitutio poſita ſit, per quam & hinc parti medemur,

demur, non ſolum in hæreditatibus, ſed & in legatis & fideicommiſſis: quod evidenter ex ipſius conſtitutionis lectione clareſcit. Tutor autẽ incertus nec per conſtitutionem noſtram dari debet, quia certo debet judicio quis pro tutela ſuę poſteritati cavere. Poſthumus autem alienus heres inſtitui & ante poterat, & nunc poteſt, niſi in utero ſit ejus, quę uxor jure noſtro eſſe non poteſt.

COMMENTARIUS.

1 *Poſtumus alienus quis.*
2 *Et an ei quid relinqui poſſit.*
3 *Ad* l. penult. de legat.

Connexio oſtendit, hanc quoque rationem fuiſſe, cur poſthumus non potuerit olim inſtitui, quod pro incerta perſona habebatur: qua ratione etiam Theoph. hic utitur, Weſemb. hic addit rationem quod v. c. legare poſtumo alieno non careat turpi ſuſpicione: Verum ea ſuſpicio ceſſat utique in cognatis; & ita nec infantes poſſent inſtitui aut iis legari. Propoſuimus ſupra varias ſpecies poſthumorum ad §. poſtumorum *de exhered. lib.* ſed ex fere ſunt ſpecies poſtumi, qui dicitur ſuus.
1 Ceteroquin diſtinctio prima poſthumi † eſt in ſuum & alienum. Suus dicitur, qui ſi naſceretur tempore quo factum eſt teſtamentum, ſuus heres teſtatori eſſet: veluti qui in uxoris, vel propriæ, vel filii aut p. æ defuncti, aut poſt conceptionẽ emancipati, uxoris utero eſt. Itaque alienus eſt, qui naſcitur ex nuru filio adhuc ſuperſtite in poteſtate: & porro magis alienus, (ſunt enim hujus rei gradus) qui naſcitur ex uxore filii emancipati, conceptus ſcilicet poſt emancipationem: & porro ſi fœmina faciat teſtamentum, magis illi alienus poſtumus erit, qui naſciturus eſt ex filia vel uxoris filii; magis adhuc alienus, qui ex collaterali linea naſciturus eſt *l. pen. de lega.* 1. denique adhuc magis qui ex uxore omnino extranei. Video quidem Baronem & *Hottom. hic & ſupra de exhered. lib.* tantum pro poſthumo alieno habere eum qui ex nuru naſciturus eſt, quando filius adhuc ſuperſtes & in poteſtate eſt. Sed nullam video ejus rei rationem & ex definitione poſthumi ſui, apparet, omnes reliquos eſſe alienos; & ſiquidem ex filii emancipati uxore naſciturus, (eſt autem hic filius jure civili omnino extraneus) dicitur alienus poſthumus, quid ni & reliqui alieni dicantur: quia & in *d. l. pen. de legat.* 1. dicitur fratris poſthumus, à quo poſſim relinquere fideicommiſſum; qui autem fratri meo ſuus eſt, ille mihi recte dicitur alienus; quomodo & diſerte eo loco appellatur. Ait autem Juſt. poſthumo alieno † inutiliter antea legatum fuiſſe: 2
& in *pr. infr. de bon. poſſ.* jure civili eum adire hereditatem non potuiſſe. Cui ſententiæ objicitur, quod mox *hoc ipſo text. inf.* ſcriptum eſt, poſthumum alienum ante quoq; inſtitui potuiſſe: & in *d. l. pen. de leg.* 1. poſthumum alienum poſſe nobis fieri heredẽ egitimũ. Item in *l. quidã 6. de reb. dub. inf.* proponitur quis rogatus poſthumo ſuo vel alieno reſtituere hereditatem: & mox in *l. ſeq.* continua oratione poſtumi inſtituti & qui legatum acceperit, mentio fit. Ut ab hoc poſteriori loco incipiamus, ſunt illi textus diverſorum autorum, nec proinde quod de poſtumo alieno dicitur quoad reſtitutionẽ hereditatis, protinus in *l. ſeq.* repetendum eſt, quoniam illa principalis ejus loci eſt quæſtio, an & quando poſthumus partem faciat; aut *d. l. 6.* ad jus prætorium erit referenda: quomodo etiam frequentius accipitur textus hic noſter in f. qui poſthumum alienum inſtitui olim potuiſſe ait. Et mihi tamen iſta explicatio non videtur ſcrupulo carere. Etenim partic. *autem*, arguit, eſſe oppoſitionem ad illud quod ante de poſthumo dictum erat: atqui ante ibidem erat actum de poſthumo alieno. Video *Vigl. in §. ſtr. ſup. de hered. inſt.* *Duar. Hottom. Mynſ.* oppoſitionem in eo conſtituere, quod prius de legato, deinde de inſtitutione agatur. Et itaque jure prætorio inſtitui quidẽ poſthumum alienum, ſed nec hoc jure ei legari potuiſſe. At mihi primo parum convenire videtur, ut credamus illic, de utroque vel potius mixto, poſt tantum de prætorio jure Juſt. egiſſe, nullo nec verbulo ejus rei mentione facta: cũ *in f. in pr. de bon. poſſ.* hac ipſa in re tam accurate à jure civili jus prætorium diſtinguat: & cum præſertim utrobiq; Juſt. utatur partic. *ante* ante probabilius eſt de eadẽ ſpecie juris agi. Quin inſtitutio heredis juris civilis nomen eſt, nec ſolet temere de jure prætorio uſurpari. Et amplius toto hoc titulo, quæ proponuntur, ad jus civile pertinent; ut omnino in cõcinna ſit explicatio. Sed quod præcipuum eſt, ſi prætor in tota hereditate defendit poſtumum alienũ, quis credat, ei quoq; eodem jure non ſucceſſum fuiſſe in legato? Neq; ego hujus differentiæ rationem ullam afferri video, & commentum eſt arbitrarium, quod prætor nullam habuerit curam legatorũ. Quamvis, inquit

quia Hot. jure prætorio inſtitui poterat, tamen prætor legata non curavit: Sed *αὐτὸ τοῦτο* non ſatis eſt dicere, probare oportet. Qui poſtumum alienum admiſit ad integram hereditatem, quid ni etiam ad legata ei actionem daret? Addit tamen quaſi pro ratione Hot. ſi filius, inquit, inſtitutus eſſet heres, eidem ipſi legari videretur. Ridicule: quaſi non & de exheredato poſtumo quæri poſſit; & quaſi non poſſet habere coheredē, ut ſit locus legato præceptionis. Sed & quærimus de poſtumo alieno, qui nec exheredandus nec inſtituendus eſt. Accedit & amplius, quod eum vix quiſquam negaturus ſit poſthumo alieno per fideicommiſſum relinqui potuiſſe, quod & probat *d. l. 6. §. ult. de rebus dub.* Juſtinianus qui nominatim de legatis agit, & negat legari poſthumo alieno potuiſſe: procul dubio nominatim expreſſiſſet, quod prætorio jure inſtitui potuiſſet, ſiquidem in f. hujus textus ita ſenſiſſet. Denique contra eam diſtinctionem legati & hereditatis ſive inſtitutionis facit regula in *pr. hujus textus*, cum quibus teſtamenti factio eſt, ii legata recte accipiunt: & ridiculum ſit de diverſis juribus hoc accipere: Atqui jure prætorio teſtamenti eſt factio cum poſthumo alieno. Ergo & eo jure ipſi poterit legari. Quæ cum ita ſint, mihi fere placet, ut in f. hujus textus addita negatione legamus, *Poſthumus autem non alienus*, quod tendat *Alciat. 9 Parerg.* 1. Ita enim recta futura eſt oppoſitio *poſthumi alieni, & non alieni*: illa autem duo, *legari poſſe, & inſtitui poſſe*, mutuo ſe conſequuntur, imo convertuntur. Et quod Hortom. hanc emendationem docto homine indignam & ridiculam cenſeat, quod ſcilicet de poſthumis non alienis ridiculum ſit dubitare, qui etiam neceſſario ſint inſtituendi aut exheredandi; ipſe quam pravo judicio ſit, oſtendi: ſiquidem quod *Duar. d. cap. 38. diſput. l. 2.* & paſſim alii notant, olim poſthumus quicunque etiam qui in uxorio utero eſſet, inſtitui non poterat, tamquam incerta perſona: ſed id poſt ex humanitate, imo urgente ratione admiſſum eſt, ut inſtitui poſſet, qui præteritus natus teſtamentum eſſet rupturus; cum abſurdum & iniquum videretur non poſſe parentē efficere ne teſtamentum rumperetur. Hac conſideratione igitur aptiſſime & rectiſſime dicitur, permiſſum fuiſſe jam olim, ut poſthumus non alienus
3 inſtitui poſſet. Quod deniq; attinet ad † *l. pen. de lega.* 1. dicam aliud eſſe in legitimo herede, id eſt ab inteſtato: ut videlicet qui codicillorum (de quibus ibi tractari inſcriptio docet, & mentio fideicommiſſi) tempore quos quis ab inteſtato ſcripſit, in utero uxoris fratris eſt gravati fideicommiſſo poſſit, qui ſcribenti codicillos ab inteſtato ſucceſſurus eſt poſtea natus: nā & ut heres poſthumo alieno reſtituat hereditatem, recte rogatur *l. 6. §. ult. de reb. dub.* Et quod ibi Galli mentio ſit, non protinus efficit, ut hoc neceſſario ad inſtitutionem ſit referendum: potuit enim & alia induxiſſe Gallus; aut dicam quod circa inſtitutionem introduxit, porro ad alia eſſe productum, ſed quiſque hac in re ſuo judicio fruatur. Nullo modo defendi poteſt, quod Bart. §. priorē accipit de poſthumo ex uxore naſcituro: ſed alterum de poſthumo alieno loquentem, de poſtumo naſcituro ex filio adhuc vivente qui inſtitui potuit ex L. Velleia & inventionem Galli. Ita enim inſtituitur nepos in eventum præmortui filii, & ita quia ſuus naſciturus: tum ridiculū eſt, Juſt. in *pr. inſ. de bon. poſſ.* ubi negat poſtumum alienū inſtitui potuiſſe jure civili, accipere de antiquiſſimo jure & quod ante L. Velleian. & Gallum obtinebat; quod abſurdiſſime ſcribit Baro. Eſt enim iſtius tractationis nulla hodie utilitas, cum ex textu noſtro *verſ. ſed nec*, nō obſcure colligatur (conſtitutio enim cujus meminit non exſtat, quæ forte in priori codice fuit aut alias interiit, ut ex iis quæ notat hic Cui. colligitur) Juſtinianus jus vetus mutaſſe, & permiſiſſe, ut etiam incertæ perſonæ heredes inſtitui & legata accipere poſſent: & cum exceptio confirmat regulam, ex hoc quod excipit tutelam, quę nec hodie in incertam perſonam conferri poſſit, ſatis arguitur, in ceteris quorum *d. verſ.* meminit, aliud obtinere. Ratio exceptionis hæc ſolida eſt, quod in tutela nō agitur de lucro aliquo quod perveniat ad tutorem, ſed de adminiſtratione bonorum & defenſione pupilli in quibus requiritur induſtria perſonæ: & poſſit alias tutela incidere in hominem ignavum & inidoneum cum præjudicio & inſigni damno pupilli. Quærunt tamen, an incertæ perſonæ poſſit dari tutor teſtamento, ſed id inaniter quæri videtur, cum non niſi ſuis teſtamēto tutor dari poſſit. Et omnino quod attinet ad *d. l. pen. de legat.* 1. poteſt defendi aliā fuiſſe olim rationem inſtitutionis, quę non niſi in certam perſonam conferri poſſet: aliam legitimæ hereditatis, quæ etiā poſthumo alieno, ut hactenus pro nato haberetur, deferri potuerit, quod nec male confirmat Faber *dec. 27. de err. pragmat. cap. 4.*

Ex mancipato filio conceptus.] Quoniam ſi ex eo adhuc in poteſtate exiſtente conceptus eſſet, ſuus poſthumus & heres efficeretur avo, cum ſpectetur tempus conceptionis *§. pen. ſup. quibus mod. jus pot. ſolv.*

Digitized by Google

Non ſolum in hereditatibus] Poſſit hinc quis colligere contra quam diſputavimus, facilius eſſe ut incerta perſona heres inſtituatur, quam ut ei legatum dari poſſit. Sed hujuſmodi conſecutiones ex hujuſmodi Juſtiniani verbis abſurde nectentur: & Juſtiniani ſcopus eſt hic principaliter tractare de legatis: itaq; & in textu præc. circa incertas perſonas tantum legatorum facit mentionem, & eas tamen multo minus heredes inſtitui potuiſſe cōſtat: & vel hoc ipſum argumentum eſt, eandem rationem eſſe inſtitutionis & legati, & præmiſſa non ad ſolum legatum pertinent. Quin & amplius, cum legatis hoc textu Juſtinianus fideicommiſſa conjungit: longe autem facilius admittebatur, aliquid alicui per fideicommiſſum dare, quam omnium bonorum heredem per inſtitutionem facere. Ubi obſervandum, quantumvis, ut diximus, poſthumus alienus cum incerta perſona comparetur, non tamen omnino eodem jure hic fuiſſe: quippe cum nec fideicommiſſum incertæ perſonę dari poſſet, ut ad text. præc. diximus, poſthumo autē huic utiliter relinqueretur fideicōmiſſum *d. l. 6. §. ult. de reb. dub.* Et ſane qualiſcunq; poſthumus nō eſt talis perſona, quæ ita incerta & opinione plane vaga teſtatoris animo objiciatur: & utique hos quos numquam vidimus, heredes inſtituimus recte *§. ult. ſup. de her. dibit. inſtit.*

Niſi in utero ejus ſit] Non multum intereſſe videtur, ſive intelligas eam nullo modo poſſe eſſe uxorem civis Romani, veluti peregrinam aut virginem Veſtalem: ſive quæ teſtatoris uxor eſſe non poteſt, forte ob proximam conjunctionem ſanguinis. Hæc tamen exceptio probabilior & verior eſt, quā & confirmat Theoph. ſcribens poſſe me inſtituere poſthumum, niſi qui ſit vel futurus ſit in utero ejus, quam uxorem ducere non poſſum: & rationis eſt, ut hoc reſpectu ejus dictum intelligamus, qui agit de inſtituendo poſthumo: *facit l. ſi quis 9. §. 1. de lib. & poſth.* ubi negatur poſthumus inſtitui poſſe, ex ea naſciturus, quæ alii nupta eſt, quia ſit inſtitutio turpis: neque enim alias, ut poſthumus tamquam ſuus inſtituatur, neceſſe eſt, ut fœmina ex qua naſciturus inſtituitur, aut tum prægnans, aut etiam tum uxor ſit, ſed ſufficit eam fœminam poſt teſtamentum uxorem, & ex diſponente prægnantem fieri poſſe, ut apparet ex *l. 4. 5. & d. l. 9. in pr. de lib. & poſth.* Atque ex hoc ipſo confirmatur Alciati, quam magis probo, opinio, quod in *d. §. verſ. poſthumus autem*, agatur de poſthumo qui non eſt alienus, quippe cum agatur de eo, qui ex eo naſciturus eſt, quæ teſtatoris uxor eſſe poſſit, ex qua non niſi ſuus poſthumus naſci poteſt.

TEXTUS.

21. Si quidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii teſtator erraverit, cū de perſona cōſtat, legatum nihilominus valet: idemque in heredibus ſervatur, & recte. Nomina enim ſignificandorum hominum gratia ſunt reperta, qui ſi alio quolibet modo intelligantur, nihil intereſt. Huic proxima eſt illa juris regula, demonſtratione falſa legatum non perimi: veluti ſi quis ita legaverit, Stichum ſervum meum vernam, do lego, licet enim non verna, ſed emptus ſit, ſi tamē de ſervo conſtat, utile eſt legatum. Et convenienter ſi ita demonſtraverit, Stichum ſervum, quem emi à Sejo, ſitque ab alio emptus, ſi de ſervo conſtat, utile eſt legatum. Longe magis legato falſa cauſa adjecta non nocet: veluti ſi quis ita dixerit: Titio, quia me abſente negotia mea curavit, Stichū do lego, vel ita: Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus ſum, Stichū do lego. Licet enim neque negotia teſtatoris umquam geſſerit Titius, neq; patrocinio ejus liberatus ſit, legatum tamen valet. Sed ſi enunciata conditionaliter cauſa fuerit, aliud juris eſt, veluti hoc modo: Titio, ſi negotia mea curavit, fundum meum do lego.

COMMENTARIUS.

1 *Nomina quam vim habeant.*
2 *De falſa cauſa.*
3 *Falſa demonſtratio quando noceat.*

TRia hic proponuntur, quæ licet in iis error commiſſus ſit à teſtatore, tamen legatum non vitiant. Primum eſt, falſum nomē, quod † non obeſt, ſi modo conſtet de perſona, in hereditatib. pariter & legatis, *h. tex. & l. 4. C. de teſtam. l. ſi ita 8. §. 2. de bon. poſſ.*

poſſ.ſec.tabb. Ratio elegans eſt, quia nomina ſint re-
perta ut per ea demõſtrentur & ſignificentur homi-
nes: adeoq; ſi conſtet de homine & ipſa perſona no-
men inutile & ſupervacuum eſt, & conſequenter
nec attendi debet, ſi falſum ſit: maxime in perſonis,
quibus ex mero arbitrio hominum dantur nomi-
na, citra ullam ut plurimum convenientiam cũ na-
tura perſonæ: quod in pleriſque aliis rebus, quarũ
nomina ad ſignificandum naturam earum pertine e
putat, ſecus ſeſe habere, prolixe conatur oſtendere
Plato in dialogo, quem Cratylum inſcripſit: quæ nomi-
na rerum ſunt, ſi non à natura at certe ex jure gen-
tium ita impoſita, ut ſint immutabilia: ut docet
ICtus in *l. 4. de leg.* 1. & ex eo fundamento diverſum
ſtatuit in nominib. hominum mutabilibus & mor-
talibus: facit *l. Labeo 7. §. 2. de ſupell. legat.* ubi tamen,
ſi non ſit nimia diverſitas (*fac. l. liberorum 52. §. qua-
tum 4. de legat. 3.*) non parum tribui voluntati defun-
cti docet *l pen. de trit. vin leg* ſed & attendi cõmunẽ
uſum loquendi docet *l 3. in fi de ſupel leg.* (porro quod
in nominibus hominum, idem in nominibus fun-
dorum obtinere probat *d l. 4. in pr. de l g. 1.*) In iſta
quæſt. quam de nominibus appellativis vocant Dd.
nec ſatis veteribus ICtis convenisse apparet *ex d.
l. Labeo §. 2. de ſupel. leg.* & quod plus tribuerit Tu-
bero voluntati teſtatoris: contra Servius non ex-
iſtimarit credi debere ſenſiſſe teſtatorem, quod
non dixit. Et hoc nimirum, ubi nomen plane non
convenit rei; ceteroquin, ſi ut hic Ang. loquitur,
nomen ſe poteſt extendere ad mentem teſtantis a-
liquo colore, & vel uſu loquendi valebit legatum;
alias non valebit, per *d l. 25. de lega. 4. l. 3 de rebus dub.*
neque probo gl. quæ in *l. qua extr. 65. de V. O.* negat
nocere, ſi quis corpus præſens, v. c. equum, bovem
appellet.

Alterum quod nocere legato negat Juſtin. eſt
Falſa demonſtratio; quod exemplificat non in perſo-
na legatarii, ut in præc. ſed in re legata. Sed ſane quę
dixit in præc. de nomine agnomine &c. ea tantum
in perſona legatarii & heredis locum habere poſ-
ſunt: ſed quoad ſimplex nomen etiam v. c. in ſervo
legato, veluti ſi quis cum unicum ſervum haberet,
dixerit, Stichum ſervum meum do lego, licet ſervus
ille Davus dicatur, legatum valebit. ex ratione hu-
jus § Nec aliud erit, ſi plures ſervos habeat, modo
conſtet de quo ſenſerit. Falſæ autem demonſtra-
tioni itidem non tantum in re legata locus eſt, ſed
(quod hic itidem ſupplendum) in perſona quoque
legatarii, & idem jus, ut ubi de perſona conſtat, falſo
demonſtratum legatarium, aut in ea re erratum
eſſe non noceat *l. falſa 33. de condit, & dem*: & eſt hic
eadem ratio quæ in præc. quia demonſtratio nomi-
nis vice fungitur *arg. l. quoties 9. §. ſi quis 8. de hered.
inſtit. l. certum 6. de reb. cred. l. nominatim 34. de condit.
& demonſtrat.*

Tertium quod non nocet eſt falſa † cauſa adſcri- 2
pto legato *verſ. longe magis.* Ratio redditur in *l. cum
tale 72. § falſam 6. de cond. & dem.* quod ratio legandi
non cohæreat legato: & eſt ea cauſa tantum impul-
ſiva, quæ deficiens, non vitiat diſpoſitionem: Intel-
ligitur enim de cauſa præterita: procul dubio enim
aliud fuerit in cauſa finali, quæ adjicitur ut modus:
Lego centum ut hoc facias in quo ſecus eſſe conſtat.
Inſignis autem additur in *d l. 72. §. 6. limitatio, ut re-
pellatur legatarius exceptione doli*, ſi probet heres non
fuiſſe teſtatorem legaturum, ſi falſam cauſam ſci-
viſſet, & adeo intuitu hujus cauſæ, tamquam pro
compenſatione accepti beneficii legaſſe. V. c. ut
Hottom. ſi quis cum amico negotia peregre curan-
da commiſiſſet, & exiſtimãs probe curata fuiſſe, hac
adjecta cauſa centum legaſſet, poſtea autem heres
oſtendat, neglecta fuiſſe negotia, repellat legata-
rium exceptione doli, quæ obſtat omnibus, qui nõ
ex voluntate defuncti aliquid petunt *l. 4. §. ult. de a-
dim. leg. l. apud 4 §. præterea 10. de doli excep.* Et ait Pa-
pin. in *d. l. 72. §. 6.* plerumque hoc fieri ut legatarius
probata falſitate cauſæ, per exceptionem doli repel-
latur: toties videlicet, quoties teſtator erravit, &
putavit tale quid à legatario factum eſſe: utique e-
nim intelligitur dediſſe tamquam ob bene meritũ,
& remota cauſa ſi falſam eam ſciviſſet, non daturus
fuiſſe. Et proinde magis id ſummi juris eſſe videtur,
quod falſa cauſa non nocet, & ut ipſo jure compe-
tat actio, ſed quæ ut plurimum per exceptionem
doli excludatur.

Illud omnino circa demonſtrationem falſam
addendum eſt, quod per eam non vitietur legatum,
hoc cum mica ſalis accipiendum eſſe: & ita ſi ni-
hil præter falſitatem demonſtrationis adſit, & de-
monſtratio tantum nominis vice fungatur: ſæpe e-
nim aliud intervenit, quod facit ut nullum ſit lega-
tum, ubi tamen falſa demonſtratio eſt. Id optime
oſtenditur ex textu in *l. ſi ſic 75. §. 1. & 2. de leg. 1.* Pro-
ponitur ibi legari a teſtatore, quod ipſe debet, &
quod alius ipſi debet, cum tamen nec ipſe deberet,
nec ipſi deberetur. Utrumque ſi fiat ſine adjectione
corporis aut quantitatis, legatum nullum eſt: quod
tamen non facit falſitas demonſtrationis, ſed nimia
legati incertitudo. Sed & amplius licet quantitas ad-
jecta ſit, non tamen indiſtincte tale legatum utile

aſſe docet idem textus. Quod ſi enim teſtator dicat ſe legare quod Titio debet expreſſa quantitate, vale edicitur legatum, nec falſa demonſtratione perimi. Quod intelligo, ſi leget ipſi Titio, cui ſe debere dicit licet revera non debeat: hic enim nihil niſi fal a demonſtratio eſt, quæ non vitiat legatum. Quod ſi dicat ſe legare Sempronio q. Titio debet, jam ex alia cauſa vitium ineſt legato: quoniã quod detracta demonſtratione inutile eſſet, id adjecta falſa demonſtratio utile facere non poteſt. At nemo quod ipſa revera debet alii quã creditori utiliter legare poteſt: ſiquidem actio perſonalis, quæ creditori in debitorem competit, in alium transferri non poteſt: & actio pro legato ſubrogatur in locum actionis, quæ creditori competit in debitorẽ: Atq; hæc eſt primus principalis caſus in d. l. 75. de leg. 1. Alter eſt, ſi teſtator leget quod ſibi debetur. Et hic caſus eſt duplex: vel enim legat ipſi debitori, vel tertio. Utroq; caſu ſi nihil debeatur, licet certa quantitas legato fuerit adjecta, reſpondet ICtus legatũ eſſe inutile. Prior caſus in d. l. 75. §. 2. proponitur in pr. d. §. 2. ſi addiderit, *decem quæ mihi Titius debet*, ubi ſc. legat ipſi Titio. Alter in v. *proinde etſi*; ceteroquin eſſet idẽ caſus. Illius ratio & cur non valeat legatũ, ſi nihil debeatur, hæc eſt: quia legato liberationis continetur hoc, ut vel heres liberet debitorem, vel debitor contra heredem agentem, exceptione defendatur. Neutrum locum habet, ubi nihil debetur. Hujus vero iſta ratio eſt, quoniam legato nominis continetur ut heres actiones tertio contra debitorẽ præſtet; atqui nullas præſtare poteſt, ubi nihil debetur. Hæc libuit notare ad explicationem loci obſcuri, & ideo præcipue, ut removeatur objectio, quæ adverſus iſtud, quod de falſa cauſa non nocente legato in noſtro §. dicitur ex d. §. 2. moveri poteſt: Cũ enim ICtus in pr. §. 1. d. l. 75. dixiſſet, non vitiari legatum falſa demonſtratione, ubi decem quæ non debebat revera, legavit Titio tamquã creditori; mox in §. 2. propoſito caſu quo legatum inutile eſt, ubi quis legavit decem tamquam quæ ſibi deberentur, pro ratione ſubjicit, quoniam multum inter falſam demonſtrationem, & falſam conditionem ſive cauſam intereſt: ex quibus verbis effici videtur, quod falſa cauſa vitiet legatum. Sed nimirum cauſæ verbum non uno modo uſurpatur, & cum in d. §. 2. cũ conditione conjungatur, apparet aliter accipi quã in textu noſtro. Sed & nec vera conditio eſt, quæ confertur in tempus præteritum: & *Bart. in d. §. 2.* notat vitiari legatum, ſi cauſa faciat deficere ſubſtantiam legati; ſicut & tum facit nullum aut inefficax legatum, ubi alias teſtator non fuiſſet legaturus: tunc enim cauſa legato inhærere intelligitur, & notavimus ad §. *ſed ſi uxori ſup. h. t.* ſi demonſtratio referatur ad tale quid, quod non extat in rerum natura, & tum legatum eſſe inutile: quia ante omnia de corpore conſtare oportet; quæ etiam ratio eſt decidendi ad *l. ſi ſervus* 108. §. *quiquinque* 10. *de legat. 1.* Paulo prolixius hæc annotare viſum eſt, quoniam ad explicationem hujus textus omnino ſunt neceſſaria. Jam quædam breviter ad textus verba annotemus. Ait Juſtinianus:

Si quidem in nomine.] Prænomen erat proprium cujuſmodi nomen, ut *Caius*, *Paulus*, *Publius &c.* Nomen erat gentis; quæ abibat in varias ſtirpes & familias, quas inter ſe diſtinguebant cognomine. Agnomen denique ab accidenti ſuperveniebat: nec erat neceſſarium, aut omnibus commune: Exempli cauſa. In his *Publius Cornelius Scipio Africanus*, prænomen eſt *Publius*, *Cornelius* eſt nomen gentis. Gens Cornelia varias habuit familias, *Coſſorum*, *Scipionum*, *Lentulorum*; *Scipio* itaque eſt cognomen familiæ; à ſubacta provincia acceſſit agnomen *Africanus* & hoc agnomine rurſus rami familiarum diſtinguebantur; fuerunt enim Scipiones, *Africani*, *Naſica*, *Aſina &c.* ut pluribus docet *A. Auguſt. de fam. Pop. Rom.* Recte tamen Hott. monet cognomen aliquando uſurpari generalius, ut etiam agnomen comprehendat. Atque hæc quatuor etiam ponuntur in *l. 4. C. de teſtam.*

Stichum ſervum meum vernam.] Duo exempla proponuntur falſæ demonſtrationis. 1. dũ appellat ſervum vernam, domi natum ſci. qui tamen emptus ſit. 2. dum ait à Seio emptum qui tamen ab alio emptus eſt. Idem autem eſt in aliis: veluti ſi ſit falſi officii demõſtratio, veluti, *Stichum ſutorem aut cocum*, licet nec ſutor nec cocus ſit, modò de perſona conſtet *l. demonſtratio* 17. §. 1. *de condit. & demonſt. junct. l. pen. de reb. dub.* Ita in re legata: idem ut ante monuimus, ſi erratum ſit in perſona legatarii, modò de perſona conſtet *d. §. 1.*

Longe magis.] Cur ait, *longe magis*, & cur minus falſa cauſa nocet? Ratio, quia nomen & demonſtratio pertinet ad deſignandam rem aut perſonam: ſed cauſa à legato & à perſona eſt ſeparata *l. cum tale* 72. §. *falſam* 6 *de condit. & dem.* Ita quoque ICtus in *l demonſt.* 17. §. 2. *conditioni & demonſtrat. hoc vel magis eſt in falſa cauſa &c.*

Ceterum circa nominis errorem docet Juſtin. idem eſſe in herede & legatario, ut nec inſtitutionem vitiet; Idem de falſa demonſtratione affirmat ICtus

Digitized by Google

JCtus in *l. falſa 33. in pr. d. t.* niſi conſtaret, teſtatorē ſi falſam demonſtrationem ſciviſſet, non inſtituturum, ut ſi demonſtratio dirigatur ad deſignandum conſanguinitatem, quæ ſi non everit ſola ad eo dum, ut ſi inſtituerit ſub nomine patris, filii aut fratris *ll. 4. & 7. C. de hered. inſt.* An idem quoq; in falſa cauſa? Ratio facit, ut idem ſit, cum non poſſit dari ratio differentiæ: & hic militet ratio, ex qua non vitiatur legatum, quod ſcilicet cauſa non cohæreat legato: *d. l. 72. §. 6.* non magis autem cohæret inſtitutioni. Neque obſtat *l. ult. de hered. inſt.* Nam ut ibi Bart. notat & alii, eſt ratio is falſa cauſa, quam ſi falſam eſſe ſciviſſet, non inſtituiſſet: & igitur idem eſt quod in legato *d. l. 72. § 6.*

Sed ſi conditionaliter.] Ita enim ſatis oſtendit teſtator, nolle ſe aliter præſtari, quam ſi ita res ſe habeat quod ipſum docet & JCtus in *d. l. demonſt. 16. §. pen. de condit. & dem.*

TEXTUS.

An ſervo heredis recte legetur, quæritur: & conſtat pure inutiliter legari, nec quidquam proficere, ſi de heredis poteſtate vivo teſtatore exierit: quia quod inutile foret legatum, ſi ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſiſſet teſtator, hoc non debet ideo valere, quia diutius teſtator vixerit. Sub conditione vero recte ſervo legatur, ut requiramus, an quo tempore cedit legati dies, in poteſtate heredis nō ſit. Ex diverſo ſervo herede inſtituto, quin domino recte etiam ſine cōditione legetur, non dubitatur. Nam etſi poſt factum teſtamentum ſtatim deceſſerit teſtator, non tamen apud eum qui heres ſit, dies legati cedere intelligitur: cum hereditas à legato ſeparata ſit, & poſſit per eum ſervum alius heres effici, ſi priuſquam juſſu domini adeat, in alterius poteſtatem tranſlatus ſit; vel manumiſſus ipſe heres efficitur: quibus caſibus utile eſt legatum. Quod ſi in eadem cauſa permanſerit, & juſſu legatarii adierit, evaneſcit legatum.

COMMENTARIUS.

SUblato apud nos fere uſu ſervorum, hujus tractationis exigua eſt utilitas. Proponuntur duo caſus oppoſiti. Primus, ſi domino herede inſtituto legatum fuit ſervo ejus. Et hoc nimirum fit aut pure aut conditionaliter. Pure legatur inutiliter, propter regulam Catonianam, quæ omnia pure relicta refert ad tempus teſtamenti, & ex eo an valeant, æſtimat, & ex poſt facto confirmari non permittit: & quod nulliter legatum eſſet, ſi teſtator protinus facto teſtamento deceſſiſſet, id ex aliquo quod poſt accidit, convaleſcere non patitur *h. §. l. 1. in princ. de reg. Caton.* de qua etiam egimus ad *§. non ſolum 4. ſup. h. t.* Eſt enim eadem hic ratio quæ facit hoc nullum quæ & nullum facit legatum rei, quæ propria eſt legatarii. Itaque ſicut ubi res hæc vivo teſtatore alienata eſt, non convaleſcit legatum: ita nec alienatione ſervi vivo teſtatore facta, legatum vires ſumit: quoniam cum in ſervi perſona nihil conſiſtere poſſit, ſed per ſervum adquiratur domino, perinde eſt ac ſi ipſe ſervus domino ſuo legatus fuiſſet. Quod ſi vero ſtatim deceſſerit teſtator, legatum recta deferrur per ſervum domino, qui cum heres inſtitutus ſit nec heredi ipſi legari poſſit à ſe, *leg. & quidem 18. lex legatum 116. §. 1. de legat.* 1. fieri non poteſt ut legatum valeat, cum ratio juris eundem & legatarium & heredem eſſe non ferat, nec ipſo tempore mortis teſtatoris fingi poſſit, quod heres ſcriptus repudiarit hereditatem. Conditionaliter autem ſi legetur ſervo, utique legatum valet, quoniam ad legata conditionalia non pertinet regula Catoniana, nec ad ea, quorum dies tempore mortis non cedit *leg. 3. & 4. de reg. Caton.* cum propter incertum eventum conditionis fieri poſſit, ut ea legata omnino non debeantur. Plane ſi conditionis exiſtentis tempore ſervus adhuc ſit in poteſtate heredis, procul dubio legatum annullatur. Idque eſt quod ait Juſtinianus in *verſ. ſub conditione*, ſpectari, an quo tempore dies legati cedit, ſervus adhuc ſit in poteſtate. In conditionalibus autem obligationibus ante exiſtentem conditionem, cum nihil debeatur, nec ante etiam ceſſit dies.

Itaque hic tempus quo cedit dies, eſt ipſum tempus quo exiſtit conditio, ubi tamen ſcrupulum movet, quod ſi, an legatum hic valeat, ſpectamus tempus quo cedit dies legati, videtur etiam valere legatum purum: quoniam legati dies cedit à morte teſtatoris, antequam poterit ſervus alienari vel

manumitti à domino herede ſcripto. Reſpondeo quo ad tranſmiſſionis jus & alia quædã ſpectari tẽpus mortis teſtatoris: quin & ſpectari quo ad æſtimandam validitatem legati: ſed ita, ut quo ad hoc, poteſtate & autoritate regulæ Catonianæ tempus utrumq; conjungatur, & teſtator ipſo puncto facti teſtamẽti deceſſiſſe fingatur: quod docet *l. Cat. 3. de reg. Cat.* ubi JCtus ait, Catonianam regulam ad ea tantum pertinere, quorum dies cedit tempore mortis. Atque hæc de primo caſu. Alter proponitur in *verſ. ſive §. ex diverſo*, ubi ſervo herede inſtituto, legatum eſt domino: quod etiam pure utiliter fieri ſcribit Juſtinian. quippe quod etiamſi ſtatim deceſſiſſet teſtator, tamen dies legati non ceſſiſſet apud heredem. Nimirum hereditas non adita non tranſmittitur: nec adeo hereditatis relictæ dies poteſt dici cedere à morte teſtatoris: nec dominus recta per ſervum inſtitutum fit heres, ſed ita demum, ſi juſſu ejus adierit: & ſupra monuimus, quod dicitur, tempus aditæ hæreditatis conjungi cum tempore mortis, ſecundum quid, non ſimpliciter, nec quo ad omnia eſſe verum. Itaque ſi ſervus interim alienetur aut manumittatur, & ita vel novus dominus, vel ipſe hæres fiat, manet integra petitio legati, domino. Itemque reſponſum eſt in filio, quod eo hærede inſtituto, pure quoque patri legari poſſet *l. à filio 25. de legat. 1. & l. quæſitum 91. in pr. D. eod. fac. l. Iulianus. 86. verſ. cum vero de cond. & dem.* Itemque quod ſervi quoq; perſona, propter ſpem libertatis, inſpiciẽda eſt, ut diſputatur *in l. debitor 82. §. 2 de legat. 2.* Et hoc procedit, ſi eo tempore quo aditur hæreditas, diverſæ ſunt perſonæ hæredis & legatarii, ſervo vid. aut alienato aut manumiſſo: cæteroquin ſi maneat ſervus in poteſtate ejuſdem, & juſſu ejus adeat hæreditatem, jam ex rationibus quas diximus ad §. præced. cum idem hæres & legatarius eſſe non poſſit, legatum evaneſcit, ut in f. hujus text. ſcribit Juſtinianus.

Et hæ rationes utriuſque caſus ſunt in textu. Dd. alias conquiruntur, ut *Angel.* hic poſt alios, quod priori caſu legatum pendeat à voluntate domini, ſive velit adire hæreditatem ſive repudiare: ſed non poſteriori, cum ſervus poſſit mori aut non adire: & inſuper manumiſſio vel alienatio non eſt directa ad adquiſitionem hæreditatis per ſe aut omiſſionem.

TEXTUS.

Ante hæredis inſtitutionem inutiliter ante legabatur: ſcilicet quia teſtamenta vim ex inſtitutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius teſtamenti, hæredis inſtitutio. Pari ratione nec libertas ante inſtitutionem hæredis dari poterat. Sed quia incivile eſſe putavimus, ſcripturæ ordinem ſequi quidem, (quod & ipſi antiquitati vituperandum fuerat viſum) ſperni autem teſtatoris voluntatem: per noſtram conſtitutionem & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante hæredis inſtitutionem, & inter medias hæredis inſtitutiones relinquere legatum, & multo magis libertatem, cujus uſus favorabilior eſt.

COMMENTARIUS.

SUb fin. hujus tit. triplex juris veteris mutatio proponitur. prima h. §. ut liceat & ante & inter medias hęredũ inſtitutiones, legata dare: *l. ambiguitates 24. C de teſt.* quæ tamen (cum tantũ hoc obiter attingat) non videtur eſſe conſtitutio cujus hic meminit. Olim inſtitutionem tamquam caput & fundamentum teſtamenti præcedere neceſſum erat, *Vlp. tit. 24 de legat. §. ante 14. Paul. 3. ſent. 6. de legat. §. 1.* & cum omnia ab hærede relinquerentur, prius hæres ipſe ſcribendus erat; ita ut ante ſcripta tamquam extra teſtamentum ſcripta haberentur, ut ait Theoph. hic. Hoc merito diſplicuit Juſtiniano, potior eſſet ordo ſcripturæ voluntate teſtatoris: Nec magni momenti ratio veterum eſt, ex eo quod inſtitutio eſſet fundamentum, tum quia ita nec fideicommiſſa potuiſſent valere, contra quam olim obtinuiſſe ſcribit *Vlp. tit. 25 de fideicommiſſ. §. 6.* tum quod omnia teſtamento ſcripta conſiderantur tamquam unum totum: & utcunq; ſint legata ſcripta poſt inſtitutionem, hæc nihilominus fundamentum & caput teſtamenti manet, cum etiam ſit unus continuus teſtandi actus. Addit Juſtinian. aliam rationem ex ipſo jure veteri, quod ipſum in pleriſq; potiorem voluntatis quam ordinis ſcripturæ rationem ducebat: cujus rei ſunt exempla *in l. cum pater 77. §. fidei 12. de legat. 2. l. nec enim C. de ſolution. l. ſi mihi 12. in fin de leg. 1. l. ſi idem 14. in pr. de legat. 1.* tanto iniquius erat, etiam libertatis dationem ob hoc vitiari, ut hic refert Juſtin.

Juſtin. & ſcribit *Vlp tit.* 1. *§. poſt mortem* 15. ubi tamen addit, exceptum fuiſſe teſtamentum militis. Ait Juſtinianus.

Vt liceat.] Ergo permittitur hoc libertati teſtantis. Et adeo licet mirari an ridere ſapientiam an fatuitatem Notariorum, qui hoc perpetuo obſervant tamquam neceſſarium, ut præcedant legata, ultimo loco ſequatur heredis inſtitutio: adeo ut quidam, referente Mynſing. hic, publicis de arte Notariatus ſcriptis hoc obſervandum moneant: cum tamen ipſi Notarii in inſtrumentis, inſtitutioni hæredis hoc elogium præmittere ſoleant, Weil die Benennung vnd Einſatzung eines Erben/ deß Teſtaments weſentlich Stück vnd Fundament iſt/ ꝛc. quæ ratio faciebat, ut inſtitutio eſſet præmittenda. Sed inepti homines non intelligunt rationem Juris.

Et inter medias.] Hoc etiam olim licuiſſe ſcribit *Paulus de legat.* 3 *ſent.* 6. §. 1. Sed Juſtin. hoc addidit, ut etiam liceret ante inſtitutionem hæredis: quod olim non licuiſſe ibidem Paulus tradit.

TEXTUS.

Poſt mortem quoque hæredis aut legatarii ſimili modo inutiliter legabatur: veluti ſi quis ita dicat: *Cum hæres meus mortuus fuerit, do lego*: Item: *Pridie quam hæres aut legatarius morietur.* Sed ſimili modo hoc correximus, firmitatem hujuſmodi legatis, ad fideicommiſſorum ſimilitudinem præſtantes, ne in hoc caſu deterior cauſa legatorum, quam fideicommiſſorum inveniatur.

COMMENTARIUS.

Alterum hoc eſt quod mutatur, ut etiam poſt mortem hæredis vel legatarii recte relinqueretur: quod per fideicommiſſum olim quoque fieri potuiſſe teſtatur Juſt. hic, & ſcribit *Vlp. de fideicommiſſ tit.* 25. §. 6 *fac. l filiusf.* 114. §. *apud* 3. *de legat* 1. *l ſi fuerit* 5. *de legat.* 3.

Adeo iſta mutatio conſequitur ex exæquatione legatorum & fideicommiſſorum, de qua, *in* §. *ſed non uſque ſup. h. t.* Olim non potuiſſe, docet *Vlp de legat. tit* 24. §. *poſt mortem* 15. ne ab hæredis hærede legari videretur: quomodo fideicommitti poterat *d l.* 5. *de legat.* 3. Ratio communis ad alias quoque obligationes, (neq; enim poterat obligatio conferri poſt mortem debitoris aut creditoris, §. *poſt mortem* 12 *infra de inut. ſtip.*) hæc erat; quod nulla obligatione tenebatur hæres, niſi qua repræſentabat defunctum: nec poterat eum repræſentare, niſi obligatio prius in perſona defuncti initium cepiſſet, & in ipſum ita tranſmiſſa fuiſſet: atqui ubi poſt mortem collata obligatio erat, non poterat incepiſſe in perſona defuncti. Et ita habebat regula juris veteris ex eodem fundamento: Quod actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere non poſſent, quam ſuſtulit Juſtinianus *l. un. C. ut act. ab hæred.* &c. Et quod fideicommiſſum valebat, non ob id obligatio ab hærede in hæredem tranſibat, quæ non ceperat, ſed quod benigne receptum erat, ut etiam hæredis hæres per fideicommiſſum rogari poſſit. *d. l.* 5. *de legat.* 3. quod in legatis admiſſum non fuit.

Et tamen cum & olim obligatio poſſet conferri in mortem debitoris vel creditoris, *cum moriar dabo*, vel, *cum morieris, dabis.* §. *Ita autem* 14 *infra de inutilib ſtipul.* & ita quoq; legari poſſet; *Hæres cum morietur, dato. Vlp tit. de legat.* §. 15. videtur illud in mera quadam ſubtilitate juris ſubſtitiſſe, quod poſt mortem non incipere poſſet obligatio: quod adeo non immerito mutavit in univerſum Juſtin. eſt enim omnino ſcrupuloſæ ſubtilitatis, quod punctum mortis vitæ adhuc dicitur deputari: adeoque adhuc fundari & radicari in morientis perſona obligatio: de quo agitur pluribus *in fi. d.* §. *poſt mortem de inutil ſtip.*

Item, pridie quam morietur.] Rationem reddit Theoph. cur olim hoc legatum valeat: ſicut nec olim quævis alia obligatio *d.* §. *poſt mortem*: quoniã incidit in eam ſpeciem & caſum, ubi quid legatum eſt poſt mortẽ: quia iſtud pridie non niſi poſt mortem determinari poteſt. Et videtur tamen hæc & nuda ſubtilitas juris fuiſſe, propter illud verbum *pridie*, quoniam *pridie mortis* habet relationem ad mortem quę relatio demum poſt mortem certa fit: ceteroquin ſi ipſam rei veritatem & quid in natura verum eſt, conſideremus, poſſit dici obligatio, uno die ante mortem cepiſſe.

TEXTUS.

Pœnæ quoq; nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi hæredis cauſa relinquitur, quo magis aliquid faciat: veluti ſi

quis

quis ita ſcripſerit: *hæres meus, ſi filiam ſuam in matrimonium Titio collocaverit*: vel ex diverſo: *ſi non collocaverit*, *dato decem aureos Seio*: aut ſi ita ſcripſerit: *hæres meus ſi ſervum Stichum alienaverit*: vel ex diverſo: *Si non alienaverit*, *Titio decem aureos dato*. Et in tantum hæc regula obſervabatur: ut conſtitutionibus quam plurimis principalibus ſignificaretur, nec principem agnoſcere, quod ei pœnæ nomine ſit legatum. Nec ex militis quidem teſtamento talia legata valebant, quamvis in ordinandis teſtamentis aliæ militum voluntates valde obſervabantur. Quin etiam nec libertates pœnæ nomine poſſe dari placebat. Eo amplius nec hæredem pœnæ nomine adjici poſſe, Sabinus exiſtimabat: veluti ſi quis ita dicat. *Titius hæres eſto: & ſi Titius ſuam filiam in matrimonium Seio collocaverit, Seius quoque hæres eſto*. Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an adjectione cohæredis. Sed hujuſmodi ſcrupuloſitas nobis non placuit: & generaliter, ea quæ relinquatur, licet fuerint pœnæ nomine relicta, vel adempta, vel translata in alium, nihil diſtare conſtituimus à legatis ceteris; vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impoſſibilia ſunt, vel legibus interdicta, aut alias probroſa: hujuſmodi enim teſtamentorum diſpoſitiones valere ſecta meorum temporum non patitur.

COMMENTARIUS.

Tertia hæc eſt novi juris conſtitutio, ut etiam pœnæ cauſa legata dare, adimere liceat, vel etiam transferre: quod olim fuiſſe illicitum ante Juſtinianum, docet *Vlp. tit. 24. §. pœna 16*. Et ita aperte h. §. Juſtinian. ut nulla ſuſtineri ratione poſſit, quod hic plerique Interpp. putant, etiam jure Dig. legata pœnæ cauſa valida fuiſſe, & antiquius jus hic à Juſtiniano intelligi, quamvis ut ita exiſtimarent, aliqui textus juris noſtri ipſis præbuerint cauſam: veluti *l. 1 in fin. de privileg.* ibi, *hæredis in devotione coercenda*, & præcipue *l. 1. de his quæ pœn. nomin.* Nam cum Imp. & *in l. un. C. eod.* & *in hoc §. in fin.* excipiat impoſſibilia & turpia. idem *in d. l. Dig.* expreſſum eſt, non valere. Si in pœnam illiciti vel probroſi datum eſt, ut alias honeſte data valere videantur: cum & hæc ſuadeāt verba in f. adjecta, *talem pœnam*. Sed animadvertit cum aliis *Cujacius ad d. l. 1. tract. ad Afric. 5.* illa verba ex conſtitutione Juſtiniani à compilatoribus adjecta fuiſſe. Nec dubium eſt, quin verba quoque finalia *d. l. 1. de pœnis legata*, ſint à Triboniano; nullus enim JCtus ita unquam locutus eſt.

Et tamen *in d. l. 1.* nō agitur de legato pœnæ cauſa, & errat perſpicue Faber hic, dum putat, *in l. cum ſine, Quando dies legat. ced. l. 1. § ſi ita ad l. Falcid.* tractari de legato pœnæ cauſa: & tale eſſe legatū *Hæres pœnam dato*. Sicut enim contrahentes, poſſunt ſubjicere pœnalem ſtipulationem: ita & poteſt teſtator ſub comminatione gravioris præſtationis, jubere hæredem aliquid dare. Sed alio plane ſenſu hoc §. noſtro dicitur aliquid legari pœnæ cauſa, ut exempla iſtius §. ſati perſpicue oſtendunt.

Cur autem hujuſmodi legata olim non valuerint, hæ rationes reddi ſolent. 1. quia per iſta conſtringebatur facultas & libertas faciendi, quod quiſque jure ſuo facere alias poteſt & poſſe debere. 2. quia hic erat abuſus legatorum, quæ non coercendi & terrendi hæredis, ſed beneficentiæ cauſa relinqui ſolent & debent. 3. quia hoc modo legatum confertur in arbitrium hæredis, quod improbant jura: quæ poſteriores rationes ceſſant apud Theoph. hic conjunctim circa medium §. & ſub pr. primam quoque innuit. dum ait teſtatores ita legando modum præſcripſiſſe hæredibus κ[illegible] αὐτοὺς πολιτεύεσθαι.

Juſtiniano autem placuit hic quoque voluntatem defuncti ſervandam eſſe & legatum valere: excepto, ut in f. §. eſt, ſi quid impoſſibile, legibus interdictum aut alias probroſum pœnæ cauſa adjectum fuerit: cujuſmodi diſpoſitiones valere prohibet, hic & *in d. l. un. l. de his quæ pœn nom.* Sed objicitur, quod conditio impoſſibilis, vel turpis adjecta hæredis inſtitutioni aut legato, non facit, ut legatum ſit nullum, ſed ipſa impoſſibilis vel turpis adjectio detrahitur, & legatū valet §. *impoſſibilis 10. ſup. de hæred inſt.* Non una ad hanc objectionem eſt reſponſio. Et prima, hoc velle Juſtinian. & hoc loco, quod ipſum hoc quod adjecit teſtator & ſcil. probroſum,

ſbroſum, non debeat valere; ut tamen legatū præſtetur: argum. ejus quod adjicit; ſectam temporum ſuorum non pati, ut quid tale obſervetur, ſed vitioſa eſt hæc reſponſio. 1. quoniam tantum pertinet ad caſum, quo aliquid eſt adjectum turpe vel LL. interdictum: non ad eum quo adjectum eſt quid impoſſibile: in quo nihil committi poteſt, contra ſectam temporum. Et ſolent quidem turpia quoque impoſſibilia jure dici à Dd. ſed non puto ita in jure dici, & Juſtinian. utroque textu probroſa & impoſſibilia diſtinguit. 2. quia non futura ita eſſet exceptio iſta de regula, quia Juſtinian. in genere ſancit, ut hæc quæ pœnæ cauſa relicta ſunt, jure ſint valida. 3. quia ſi verbi cauſa legaſſe hoc modo teſtatorem fingamus: *Hæres meus niſi uxorem amitam ſuam duxerit, centum Seio dato*, non ſit rationis, ut qui huic voluntati non paret, centum dare teneatur.

Altera reſponſio eſt, quod hic ob duplex vitium, & quod legatum pœnæ cauſa datum eſt, & quod aliquid turpe adjectum eſt, legatum irritum cenſeatur. Verum *pœnæ cauſa legare*, poſt jus novum inter vitia amplius non eſt: & cum etiam veteri jure, turpia vel impoſſibilia detrahantur; non poſſent ita eſſe ſatis ad vitiandum legatum; niſi concurreret quid aliud. Itaque nec illa prior, quæ etiam apud Accurſ. extat, neque poſterior reſponſio, quā Weſenb. hic probat, nodum diſſolvit. Tertiam reſponſionem addit Accurſ. quod interſit, an aliquid impoſſibile adjiciatur ipſi honorato; velut legatario, & tunc detrahi: an adjiciatur gravato, velut hæredi, & non detrahi, ſed ipſum relictum vitiari. Idque ipſum eſt quod Viglius; ſed nomine Accurſii diſſimulato, *in §. impoſſibilis ſup. de hær. inſt. num. 3.* ſcribit; alium habere ſenſum quo utrobique ſcribitur à Juſtiniano: & aliud ſcil eſſe; ſimpliciter legare centum, ſi digito cœlum tetigeris, aliud vero, legare centum in pœnam hæredis, ſi nimirum ipſe cœlum non tetigerit. Cum enim impoſſibilis hæredi ea conditio ſit, pœnam non meretur, & ſit igitur hic legatum inutile, non quia eſt adjecta impoſſibilis aliqua conditio, ſed quoniam teſtator punire voluit eum, qui non fecit, id quod facere non potuit. Et hoc ipſum eleganter explicat Johan. Faber hic, quod pœna non poſſit committi, niſi ubi eſt culpa aut mora, nulla autem poſſit atqui culpa vel mora hæredis qui non fecit, quod vel natura vel jure impoſſibile eſt aut habetur Itaq; recte etiam addit, inſubtiliter diſtingui an impoſſibile ſit adjectum perſonæ honorati an gravati, quoniam pœna ſui perſona non niſi in perſona gravati apponi poſſit.

AD TITULUM XXI. LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE ADEMPTIONE LEGATORUM & translatione.

TEXTUS.

Ademptio legatorum, ſive eodem teſtamento adimantur, ſive codicillis, firma eſt: ſive ademptio fiat contrariis verbis: veluti ſi quis ita legaverit: *Do lego*: ita adimatur: *Non do, non lego*: ſive non contrariis, ſed aliis quibuſcunq; verbis. Transferri quoque legatum ab alio ad alium poteſt: veluti ſi quis ita dixerit: *Hominē Stichum quem Titio legavi, Seio do lego*: ſive in eodem teſtamento, ſive codicillis hoc fecerit: quo caſu ſimul & Titio adimi videtur, & Seio dari.

COMMENTARIUS.

Duæ ſunt partes hujus tit. De ademptione legatorum ſimplici: & de translatione, cum ita adimitur legatum, ut in alium transferatur. Ademptio fit & inducitur vel ipſo jure, vel ope exceptionis. Ipſo jure tum verbis tum factis, verbis juxta pt. hujus tit. ſive ſint directo contraria, ſive qualiacunque, apta ad declarandam voluntatem teſtatoris, ita ut pœnituiſſe eum prioris voluntatis colligatur, ut docet *l. Divi. 15. de adim leg.* Eſtque hæc facultas libertima, quoniam & legatum dare ejuſdem eſt arbitrii. Factis ademptum cenſetur legatū, veluti ſi induceat legatum *l. mihi l. 16 h. t.* ſi rem ultro & libere ſine aliqua neceſſitate alienet, de quo *in § ſi rem 12. ſup. tit 1.* ſi cum nomen legaſſet, ipſe pecuniam exigat, de quo *in § tam autem 21. ſup. h. t.* Per exceptionem dico adimi legatum, cum aliquid intervenit, ex quo colligitur mutata voluntas defuncti, veluti inimicitiæ inter teſtatorem & legatarium: hic enim licet nec verbis ademerit teſtator legatum, nec rem alienaverit, petenti legatario obſtat exceptio doli, *l. 4. § ult. de adim. leg. l. 4. § pre-*

terea 10. de doli mali exc. l. milites 36. § veteranus 3. de milit. teſtam. Et ſane probabilis fit opinio Dd. quam refert *Angel. hic*, quod ope exceptionis etiam repelli poſſit legatarius, ſi teſtamento imperfecto ſit facta ademptio. Sicut autem libera voluntate adimit legatum teſtator, ita eadem libertate in alium transferat, ut in §. 1. & ſecunda parte hujus tit. docetur. Ait Juſtin.

Sive eodem teſtamento.] Teſtamentum hic rectè opponitur codicillis, non alii condito teſtamẽto: ſicut & *in l. ſi quis 16 de vulg. ſubſt.* quoniam jam nemo decedere poſſit cum teſtamentis duobus, ultro apparet, quod alio facto teſtamento, citra ullam aliam ademptionem legata ex priori teſtamento, utpote irrito facto, non debeantur. Ergo quod in una parte teſtamẽti reliquit, in alia adimere poteſt, imo mox ſubjectis verbis revocat, v. g. veluti *Stichum Sempronio lego, imo non lego.* Et quod traditur, in legatis noviſſimam ſcripturam ſpectari *l. quod 87. cum ſeqq de cond & dem.* etiam ad hanc materiam pertinet, *l. Divi 13. h. t. l. ſi quis 16 de vulg. ſubſt.* ambulatoria enim eſt hominis voluntas *l. 4 h. t.*

Et fruſtra objicitur: quod ubi eſt repugnantia verborum, neutrum valeat. Recte enim reſpondet Faber, id procedere, ubi eſt perplexitas & incompatibilitas: Secus ubi ex verbis contrariis intelligitur revocatio prioris voluntatis.

Sive in codicillis.] Teſtamento confirmatis facit *d. l. 16.* cum enim olim codicillis legata dari non poſſent ab inteſtato, nec quæſtio eſſe poteſt de legatis per hujuſmodi codicillos adimendis. Quod hodie poſt exæquationem legatorum & fideicommiſſorum ſecus erit. Sed & olim hic differentia erat legatorum & hæreditatis, quæ codicillis adimi non poterat, *§. pen. infr. de codicill.*

Si quis ita dixerit.] Verba enim ſatis oſtendunt priori teſtatorem legatum ademptum voluiſſe, quoniam ut Dd. loquuntur, dat legatum ſecundo ſub commemoratione primi, non autem Titium & Seium in eandem rem conjungere in quam rem aliæ ſunt proditæ verborum formulæ, juxta *§. ſi eadem ſup. tit.* 2. ex quibus colligitur conjunctio: niſi evidentiſſime appareat teſtatorem adimere voluiſſe: quo pertinet *l. ſi pluribus 53. de legat.* 1. non autem ad hoc loco propoſitam transferendi formulam. Et pertinet huc quod tractatur *in l. non adeo 89. de cond & dem.* ubi ſi teſtator eandem rem pure & incontinenti ſub conditione leget: diſtinguitur an id factum ſit ſub commemoratione primi, an non; ut illo caſu cenſeatur mutata voluntas, & poſterius tantum legatum valere: hoc autem utcumq; ſubſiſtat, & electio ſit legatarii, utrum perſequi velit. Ubi tamen objicitur *l. Julianus 15. in pr. de hæred. inſtit.* ubi ex his verbis: *Ex qua parte Seium inſtitui ex eadem parte Sempronius hæres eſto*, colligitur conjunctio & non ademptio. Fab. hic reſpondet, id procedere in commemoratione in continenti facta, ut non præſumatur tum ademptio, ſed in commemoratione ex intervallo facta, ſecus eſſe: veluti, ſi cum quis inſtituiſſet Seium in prima parte teſtamenti, in ſecunda parte ita ſcribat, ut eſt *in d. l. 17.* Quod tamen divinatorium videtur. Et rectius, ut vel diſtinguamus, inter legata & inſtitutiones, quarum ademptionem non ita facile præſumimus, vel rationem differentiæ petamus, ex verbo *d. l. 17.* EADEM, quod inducit conjunctionem.

AD TITULUM XXII.

LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE LEGE FALCIDIA.

TEXTUS.

Supereſt, ut de Lege Falcidia diſpiciamus, qua modus noviſſime legatis eſt impoſitus. Cum enim olim lege XII. tabularum libera erat poteſtas legandi, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea L. ita cautum eſſet: *ut quiſque legaſſet ſuæ rei, ita jus eſto*: viſum eſt licentiam hanc legandi coarctare: idque ipſorum teſtatorum gratia proviſum eſt, ob id quod plerumq; inteſtati moriebantur ſcriptis hæredibus recuſantibus, pro nullo aut minimo lucro hæreditatem adire. Et cum tam Furia Lex ſuper hoc, quam Lex Voconia latæ ſunt, quarum ad conſummationem rei nulla videbatur ſufficiens: noviſſime lata eſt L. Falc. qua cavetur, ut ne plus legare liceat quam dodrantem bonorum: id eſt, ut ſive unus hæres inſti-

inſtitutus ſit, ſive plures, apud eum eoſve pars quarta remaneat.

COMMENTARIUS.

1 *De Lege Furia.*
2 *De Lege Voconia.*
3 *Lex Falcidia.*
4 *An ea in teſtatorum gratiam inducta.*
5 *An in legatis tantum habeat locum.*

NOtandus eſt progreſſus juris. Initio L. XII. tabb. liberrimam dedit facultatem legandi: quo tamen verbo ea L. dubio procul etiam inſtitutionem comprehendit. Inde autem cum hæredes, nimis multis relictis legatis, exiguum, aut nullum habituri lucrum, repudiarent hæreditates, ut hoc loco ſcribit Juſt. conſervandarum ultimarum voluntatum cauſa: neceſſarium viſum fuit, ut ea legandi libertas coarctaretur, *h. textu.* Hoc egerunt Leges Furia & Voconia: ſed quæ ut ait Juſtin. inſufficientes fuerunt ad rei conſummationem. An forte ea L. † Furia cujus meminit Cicero pro Corn.
1 Balb. non multo poſt pr. Tulit apud majores noſtros, inquit Legem C. Furius de teſtamentis. Quod enim ea cautum ſit, non exprimit: nec aliunde quam ex *Ulpiano tit. 1. & Theophilo* hoc diſcere licet: qui teſtantur cautum fuiſſe ea Lege, ut ne cui ultra mille aureos legare liceret, & qui plus legati nomine accepiſſet, quadruplum redderet, ſed nimirum numero legatariorum eludebatur hæc lex, ſi quinque millia aureorum habens, quinque legatariis, ſingulis mille aureos, aut decem legatariis, ſingulis 500. legaſſet. Tum hæc etiam fuit iniquitas, quod non licebat alicui optime de ſe merito ultra 1000. aureos legare.

2 Lata inde fuit Lex Voconia † cujus paulo ante citato loco meminit Cicero, latam fuiſſe de mulierum hæreditatibus: de quo capite v. quæ bene ſcripſit *Ant. Aug. de LL. popul. Romani.*

Alterum autem caput ejuſdem Legis (errat enim Mynſing. qui prout fuiſſe diverſas LL.) fuiſſe probile eſt, quod ad coercendam liberam facultatem legandi pertinuit: cujus rei teſtis eſt *Cicer. lib. 1. in Verr.* qui eſt *de prætura urbana*: ubi cum mentionem feciſſet primi capitis, quod vetabat mulierem hæredem relinquere: mox ſubjicit, quod ad alterum caput pertinet: *Quod ſi plus legarit, quam ad hæredem hæredeſve perveniat, &c.* Hoc enim eo capite cavebatur, quod Theoph. ſcribit, ne plus haberet legatarius quam hæres. Quam itidem Legem potuiſſe eludi refert: ſi quis centum in bonis habens 99. legatariis ſingulis unũ reliquiſſet. Tandem itaque ſupervenit Lex † Fal- 3
cidia, quæ diſpoſuit, ne plus dodrante bonorum liceret legatis diſtribuere, ut minimum quarta pars apud hæredem maneret. Lata fuit ſub Auguſto anno V. C. 7.2. rogante populum Tribuno plebis (tum enim adhuc ſuffragia populus habebat) & ſunt de ea hæc Dionis verba, lib. 48. hiſtor. καὶ ὁ νόμος ὁ Φαλκίδιος ἐνομοθετήθη (πλεῖστον καὶ νῦν ἰσχύει ἐν ταῖς τῶν κλήρων διαδοχαῖς, ὥστε τινὰ τὸ τέταρτον τῆς κληρονομίας τοῖς οἰκείοις, ἄν γε πλείω λάβωσιν, τὸ λοιπὸν ἀφεῖναι, ἔχειν) ἐπὶ τοῦ Πουπλίου Φαλκιδίου δημαρχοῦντος ἐτέθη. Ait Juſtin.

Leges iſtas, Furiam, Voconiam & inprimis Falcidiam ipſorum teſtatorum gratia eſſe introductas. Sed † non pauca huic aſſertioni adverſantur. 4
Et, quod in militis teſtamento, quod vel præcipue favorabile eſt, L. Falcidia non habet locum *l. in teſtamentis 7. C. h. t. l. in teſtamento 12. Cod. de milit. teſt. l. ſi certarum 17. § ult. D. eod.* Deinde quia L. Falcidia locum habuit olim invito teſtatore, qui eam nec prohibere potuit *l. quod bonis 15. § 1. & ult. h. t.* (ubi plane vitioſe Gothofred. adſcripſit ad verbum *auferri* variantem lectionem, *augeri*: quomodo in nullo exemplari legitur: & plus quam falſum eſt, Falcidiam à teſtatore augeri non poſſe) & adeo inducitur etiam contra voluntatem teſtatoris *l. Titia 86. in fin. h. t.* quo pertinet, quod hoc text. dicitur, per iſtas Leges, legandi & ita liberam diſponẽdi facultatem, quæ ante omnibus data erat, coarctatam fuiſſe. Accedit quod utique negari non poteſt, hæredem qui ſolidum præſtat, ſatisfacere voluntati defuncti: qui etiam commendatur hoc nomine ſi hoc faciat, omiſſo L. Falcidiæ beneficio *l. 1. & ult. C. h. t. l. ſi Sponſus 5. § ſi quis 15. de donat. int. vir. & uxor.*

Quibus conſequens videtur, Legem Falcidiam non teſtatoris, ſed hæredis gratia eſſe introductam & ejus gratia latam: quod & nominatim ita ſcriptum eſt *in l. poteſt. 71. h. t.* Reſpondendum eſt, quod L. Falcidia non ſpectaverit hunc vel illum teſtatorem, ſed in univerſum & quaſi in abſtracto omnes, qui ſane intelligantur potius malle, ut pars detrahatur de legatis, quã ut tota voluntas eorum pereat: quod alias futurũ hoc loco ait Juſtin. hæredibus repudiantibus hæreditatem: cum & hæc cõjectura ſumi poſſit, ideo teſtatorem plura legaſſe, quod amplius fortaſſe de bonis ſuis ſperat *arg. § 3. ſup. quib. manum. non lic.* id alias non facturus. Ne-

que vero alias publice quidquam intereſt, an aliquis decedat teſtatus aut inteſtatus : neque videri poteſt aliud fuiſſe, quod moveret Legislatores illos, quã ut validæ eſſent ultimæ morientiũ voluntates, cum favor earum jure noſtro utique ſit non exiguus. Neque adeo ullo modo pugnant, heredis gratia, & ſimul favore teſtantis introductam L. Falcidiam. Quod enim militis teſtamentum attinet, quandoquidem militis ſola voluntas attenditur, & hoc ipſum militum favori datum eſt : , idcirco non potuit Lex Falcidia ad diſpoſitiones illorum porrigi : & miles ſibi imputet, qui favori ſibi conceſſo abutitur, & ita facit, ut teſtamentum ipſius deſtituatur. Neq; vero admitti poteſt, quod Portius hic tentat, quia ceſſare voluerunt jura Falcidiam in teſtamento militis, hoc ipſo ſimul conſtituiſſe aut voluiſſe, ut hæres inſtitutus à milite cogeretur autoritate magiſtratus adire hæreditatẽ : quod nuſquam dictum nec ſcriptum eſt, male adeo probatum à Mynſ. qui adhuc magis errat, dum poſt Coraſium exiſtimat, etiamſi hæres repudiet hæreditatem militis, tamen proximos ab inteſtato ad præſtationem legatorum obſtringi : quod principiis juris repugnat : & illi eadem ratione eſſent repudiaturi hæreditatem. Plane ubi legatis exhauſta hæreditate, eam adiit hæres, ceſſante licet Falcidia, ultra vires bonorum non tenetur legatariis : de quibus procul dubio accipienda eſt *l. in teſtamento 12. in fin. C. de teſt. milit.* minime vero de hæreditariis creditoribus. Ait Juſtin.

Ne plus legare liceat;] Lex † Falcid. equidem
5 locuta eſt de legatis : Sed ad alia per quæ Legi Falcidiæ poſſit fraus fieri, ex identitate rationis producta. Et initio habet locum etiam in fideicommiſſis particularibus, ut & de iis quartam detrahat gravatus hæres. Et video omnibus pene hic & aliis locis placere, Pegaſiano id Senatusconſult. factum, ut in fideicommiſſis locum haberet Falcidia per *§ ſed quia 5. verſ. ex ſingulis. infra de fideicommiſſ. hæred.*

Quæ ſententia ex hoc mihi abſurda videtur: quod cum jam ſub Auguſto præſtandi neceſſitatẽ haberent fideicommiſſa. *§ 1. infra d. tit. & in pr. infra de codicill.* & Senatusconſultum Pegaſianum factum fuerit ſub Veſpaſiano, & minimum centum annis poſt L. Falcidiam (hæc enim ut ex Dione, lib. 48. colligitur, lata fuit Anno Urb. cond. D.CC, XLV. vel ut vult Ant. Aug. D.CC.XII. Trebellianum autem Senatusconſultum quod Pegaſiano prius fuit, Anno V.C. D.CCC. XV. ut idem A. Aug. autor eſt) ita nullo negotio bonis exhauſtis per fideicommiſſa particularia fraus legi facta fuiſſet; & ita in vitium priorum LL. Falcidia quoque Lex incidiſſet, nimirum, imperfectionis: neque ulla ratio dari poterit, quæ potiorem faciat conditionem fideicommiſſorum. Et ut maxime tantum legatorum fecerit mentionem Falcidius, (de quo tamen dubitari poſſit, ſed imo ille vetuit, ne minus quarta parte bonorum hæres haberet, quæ æque per fideicommiſſa ac per legata minui poteſt) tamen vulgatum illud notum eſt, ubi eadem eſt ratio, ibi idem jus eſſe debere : quod argumentum procedit, etiam ſi antequam fideicommiſſa autoritate Auguſti confirmata, ſancitam ponas Legem Falcidiam. Et hinc ſimpliciter in hac materia legata & fideicommiſſa conjunguntur *l. 2. & 3. C. h. t.* & paſſim. Quæ a. ſit ſententia *d. § 5. de fideicom. hæred.* ibi dicemus, ſed poſſit hic quis occurrere, etiã per donationes mortis cauſa fraudem potuiſſe fieri legi Falcidiæ, quæ tamen ad eas demum conſtitutione & reſcripto Severi & Antonini producta fuerit, *l. ſi mortis 5. C. h. t.* Reſpondeo; de nationis mortis cauſa ante iſtos Impp. hactenus eandem fuiſſe conſtitutionem, quæ donationis inter vivos : & quæ ex bonis teſtatoris ipſo vivo exibant, eorum in computatione Falcidiæ non habitam fuiſſe rationem. Et ſolebat, quod mortis cauſa donabantur, ut plurimum ab ipſo donatore transferri : ſed quoniam tamẽ revera & perfecte demum morte confirmabatur, cũ ante licita eſſet revocatio, placuit Severo & Antonino, iſtud quoque quod ita donatum eſſet computari in bonis hactenus, ut quarta detrahi ex eo poſſet : quæ ratio non fuit in fideicommiſſis, quę omnimodo demum poſt mortẽ ab ipſo hærede præſtantur. Et exemplo donationum mortis cauſa, porro admiſſa fuit Falcidia in donatione conjugum, quæ morte confirmatur, *l. in dom 12. C. h. t.* Sed & ab inteſtato, poſtquam ut diximus etiam in fideicommiſſis locum habet. *l. 18. D. h. t.*

Ita autem olim obtinuit, ut invito quoq; teſtatore hæres deducere poſſet quartam. Sed diſplicuit hoc *Inſt. N. 1.* ubi inhibet Falcidiam, ſi teſtator eam nominatim prohibuerit.

TEXTUS.

2. Et cum quæſitum eſſet, duobus hæredibus inſtitutis, veluti Titio & Sejo, ſi Titii pars aut tota exhauſta ſit legatis, quæ nominatim ab eo data ſunt, aut ſupra modum

dum onerata: à Sejo vero aut nulla relicta ſint legata, aut quæ partem ejus duntaxat in partem minuant dimidiam: an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet, nihil Titio ex legatis, quæ ab eo relicta ſunt, liceat retinere, ut quartam partem ſuæ partis ſalvam habeat: placuit poſſe retinere: etenim ratio legis Falcidiæ in hæredibus ſingulis ponenda eſt.

COMMENTARIUS.

AUt teſtator ſimpliciter relinquit legata, vel ſimpliciter ab hæredibus: aut ab hæredib. vel uno vel pluribus nominatim relinquit legata: veluti cum duobus hæredibus ſcriptis Titio & Gajo, à Gajo nominatim centum reliquit: hæc enim ſolus cogitur præſtare Cajus: cum in priore caſu omnes hæredes legata pro portionibus hæreditariis exſolvere cogantur. ubi itaque hæredes nominatim gravati non ſunt, una tantum Falcidia ponitur in univerſa hæreditate: cæteroquin, ut hic *in fin. §. dicet Iuſtin:* in ſingulis hæredibus ponitur Falcidia, ut quiſque partem habeat quartam ſuæ partis *l. in ſingulis 77. h. t.* Ratio dubitandi contra hanc ſententiam occurrit non una. Et prima quod Falcidius Legiſlator reliquit liberam facultatem legandi uſque ad dodrantem. Atqui in hoc admiſſo, ut in ſingulis ponatur L. Falcidia, fit ut amplius quadrante maneat penes hæredes, & v. c. Teſtator Titium in dodrante, Mævium in quadrante inſtituit, ab hoc nulla legata dedit, illum legatis gravavit: licet Mævius totum quadrantem & ita quartā partem hæreditatis habeat, tamen Titius amplius duabus unciis deducit: & ita minime uſq; ad dodrantē conſequuntur legatarii. Deinde *in pr. & in f. textu praeced.* ſcribit Iuſtinianus ſufficere quartam, ſive unus, ſive plures ſint inſtituti hæredes. Denique deficit ratio L. Falcidiæ, ne teſtamenta corruant: quoniam cohæredis gravati repudiantis pars, accreſcit alteri cohæredi. Sed nimirū, quod attinet ad Iuſtin. *in textu praeced.* ille omnino limitandus eſt ex h. §. cujus gratia etiam eum ſubjecit Iuſtin. utrum illud procedat, quando hæredes nominatim & ſcilic. ſub appellatione propriorum nominum non ſunt gravati legatis. Atque ita quoque ipſe Legiſlator ſenſiſſe credendus eſt: certe ita ipſius mentem accepernat ICti: & ut diximus, hæredibus quoq; proſpectum voluit Falcidius: cujus beneficium inutile redderetur gravato, ſi ſufficeret, alterum quartam integram habere, quippe cui nihil detrahere poteſt cohæres. Itaq; nec attenditur, quod ejus pars accreſceret cohæredi, quia & cohæres poſſet ex aliis cauſis repudiare: & quiſquis hæredum adire paratus eſt, & aditione confirmare teſtamentum, huic beneficium L. Falcidiæ denegandum non eſt. Quid autem juris ſit, ubi in his terminis alter cohæredum repudiat, aut alias deficit, & vel onerata portio non oneratis, vel contra hæc illi accedit, latior & intricatior diſputatio eſt, quam ut hic explicari poſſit: rectius feciſſet Myns. ſi tacuiſſet; quam nimis parum, imo reipſa, nihil dixiſſet.

TEXTUS.

3. Quantitas autem patrimonii, ad quam Falcidiæ legis ratio redigitur, ſpectatur mortis tempore. Itaque verbi gratia, ſi is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodeſt, ſi ante aditam hæreditatem, per ſervos hæreditarios, aut ex ancillarum hæreditariarum partu, aut fœtu pecorum, tantum acceſſerit hæreditati, ut erogatis legatorum nomine centum aureis, partem quartam hæres ſit hæreditatis habiturus, ſed neceſſe eſt, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverſo ſi legaverit ſeptuaginta quinque, & ante hæreditatem aditam in tantū decreverint bona (incēdiis forte aut naufragiis, aut morte ſervorum) ut non amplius quam LXXV. aureorum ſubſtantia relinquatur, ſolida legata debentur. Nec ea res damnoſa eſt hæredi: cui liberū eſt non adire hæreditatem: quæ res efficit, ut legatariis neceſſe ſit, ne nihil deſtituto teſtamento conſequatur, in portione cum hærede paciſci.

COMMENTARIUS.

EX hæreditariis bonis quartam debet habere hæres, quæ proprie intelliguntur eo tempore quo teſtator mortuus eſt: itaque & in ineunda ratione

Digitized by Google

L. Falcidiæ ſpectatur quantitas bonorum, quæ iſto tempore fuit, *h. text.* & *l. in quantitate. 73. h. t.* cui & hęc accedit ratio, quod legata mortis tēpore cedūt, & tum incipiunt deberi: ut merito eorum quoq; ratio, an integra debeantur nec ne ex hoc ipſo tēpore ſit ſumenda: ſiquidem per L. Falcidiam legata ipſo jure minuuntur. Ergo ſi quid decedat poſt mortem, legatariis non nocet: ſi quid accedat, ad augendam hereditatem iis non prodeſt: quod exemplis perſpicue ſatis illuſtrat Juſtin. Excipiendum tamen eſt, ſi quid acceſſit, quod cauſam ex facto & obligatione a defuncto contracta habuit: Quid enim ſi debitor, qui ſolvendo non erat, aut etiā plane bonis ceſſerat, poſt mortem creditoris factus ſit idoneus? Quid ſi dies aut conditio obligationis à defuncto contractæ venerit & extiterit? Nomen utique in ponēda ratione L. Falcidiæ ratio habetur, & per iſta augetur hæreditas in cōmodū legatariarum: ex ratione perſpicua & *text. in l. cum quo 56. §. 1. h. t.* Ex quo pugnantes in ſpeciem text⁹ ut hoc obiter addā, circa hanc rem in terminis peculii, componi probabiliter poſſunt. Si v. c. pater, cum quo ex contractu filii poterat de peculio agi, hæres extiterit creditori, qui cum filio contraxerat, cum de ineunda ratione Falcidiæ quæritur illud in peculii computationem venire quod in eo fuit mortis tempore reſponſum eſt *in l. eo tempore 50. §. 1. de pecul.* & *in d. l. cum quo 56. §. 1. h. t.* Contra autem reſponſum eſt *in l. ſi creditor. 83. h. t.* nimirum in quadrantem imputandam eam peculii quantitatem, quæ aditæ hereditatis tempore fuit. Diſtinguendum nimirum eſt, an peculium ſit auctum poſt mortem, an diminutum. Illo caſu ſpectatur tempus aditæ hæreditatis, ad quem referenda eſt *d. l. 83.* quoniam peculium eſt nomen juris & univerſitas quædam: itaque ejus; quod accedit, habetur eadem ratio, ac ſi poſt mortem debitor ſolvendo factus eſſet, aut tum cōditio obligationis extitiſſet: quem caſum cū peculii aucti caſu comparat diſerte Marcellus *in d. l. 56. h. t.* Hoc autem caſu ſpectatur tempus mortis, ut id noceat hæredi nō legatariis: Et ita Marcellus *in d. l. 56. cum in pr.* dixiſſet mortis tempus ſpectari, mox tamen *in §. 1. ejuſdē l.* aucto peculio, tempus aditæ hereditatis ſpectari ait: ut neceſſum ſit prius illud in prin. l. ad eum caſum referre, quo peculium diminutum eſt. Ex quo Cujac. *ad lib. 6. quæſt. Papin. in d. l. 50. §. 1. de peculio* generalem regulam extruit. Quo ad computationem Falcidiæ [illegible] ſſe ex eventu minorem hæreditatem fieri, [illegible] tempore mortis, ſed poſſe ex eventu [illegible] & uberiorem. Et quod jactari vulgo ſolet, eandem eſſe debere rationem dānorum & commodorum, etiam locum hic habet, in iis, quæ noviter emergunt & accedunt poſt mortē, juxta *d. l. 73. h. tit junct. l. 30. in prin. eod.* non in iis, quæ cauſam ex facto teſtatoris habuerunt, &, ſi ſubtilius loqui volumus non demum accedunt poſt mortem, ſed ſunt ad tempus mortis omnino referenda, quo ratione principii & fundamenti jam in bonis fuerunt: quomodo & ſervi, qui poſt mortem teſtatoris ab hoſtibus reverſi ſunt in computationem Falcidiæ veniunt & augent hæreditatem *l. ſervi. 43. h. tit.* Neque exiſtimādum eſt quidquam hic eſſe correctum, (ut male Bart. relatus hic ab Angelo putat) per *l. ultim. §. & ſi præfatam. 4. C. de jur. delib.* quoniam eo ſaltem iſte §. pertinet, ut hæres non ſentiat damnum de bonis propriis, non autem, ut hoc caſu, ſi quid ex reb. hæreditariis deceſſerit, & citra pactionem cum legatariis adita ſit hæreditas, integram Falcidiam conſequi hæres poſſit.

Cuilibetrum eſt non adire.] Hæres, qui eſt rogatus de reſtituenda hæreditate, cogitur petente fideicommiſſario univerſali hæreditatem adire & reſtituere ex SCto Pegaſiano, de quo *tit. ſup.* ſed non cogitur adire ut conſerventur legata aut etiam fideicommiſſa particularia *h. text.* & *l. nam quod 14. §. non omnis. 5. ad SCtum Trebell.* Ratio diverſitatis eſt, tum quod favorabilius eſt, ut conſervetur voluntas teſtatoris, quæ concernit univerſitatem bonorum, tum quod Pegaſiano, ſimul hoc conſtitutum eſt, ut ex Trebelliano fiat reſtitutio, & omnes actiones & omnia jura tranſeant in fideicōmiſſarium, ut nullum incommodum ſentiat hæres: atqui actiones hæreditariæ non poſſunt transferri in legatarios & fideicommiſſarios particulares, ideoq; nec receptum fuit, ut alieni commodi cauſa hæres oneribus & laboribus ſe implicare cogeretur: qua ratione utitur ICtus *in d. l. 14. § 5. ad Trebell.* Itaque hoc ſolum ſupereſt legatariis, ut cum hærede in portionem paciſcantur: quod illos facile facturos *in fin. hujus §.* ait Juſtin. ut partem conſequantur, qui alias repudiante hærede nihil eſſent habituri. Poſſet aliquis dicere, ita nihil opus fuiſſe Falcidia Lege: quoniam ſemper etiam, ſi illa Lex lata non fuiſſet, legatarii paciſcerentur. Sed nimirum hæres facilius aditurus eſt, ſi jure ſuo, quam ſi ex beneficio legatariorum aliquid habeat: & hoc voluit Legiſlator, ut jure ſuo hæres quartam haberet: cum nec alias ſcopū ſuum & intentionem conſervandi ultimas voluntates obtinere potuiſſet.

TEXTUS

TEXTUS.

Cum autem ratio L. Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, itē, impēſa funeris, & pretia ſervorum manumiſſorum: tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres vero partes diſtribuantur legatariis, pro rata ſcil. portione ejus, quod cuiq; eorum fuerit legatum. Itaq; ſi fingamus quadringētos aureos legatos eſſe, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum eſſe, legatariis ſingulis quarta pars detrahi debet. Quod ſi trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod ſi legaverit quingentos, initio quinta, deinde quarta detrahi debet: detrahendum enim ante eſt, quod extra quantitatem bonorū eſt: deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.

COMMENTARIUS.

HÆres debet quartam habere ex bonis defuncti: bona autem intelliguntur deducto ære alieno *l. bonorum 49. de verb. ſign.* Itaq; ut maxime creditoribus hæreditariis obſtrictus maneat hæres, deducto tamen & computato ære alieno Falcidiæ ratio ineatur, ut ſeorſim computato eo & deducto, quantum hæres creditoribus, quandocunque conventus, ſolvere habet neceſſe, tanto minor cenſeatur eſſe hæreditas, & ex eo, quod ſupereſt habeat quartam hæres. Id ita hic deciditur, & *in l. im pon. 6 C. h. t.* ubi additur & illud deduci, quod hæredi tempore mortis debitum fuerit: quamvis per aditionem ſint confuſę actiones, ſed non debet, ubi hæreditas non eſt ſolvendo legatis, hæres ita amittere commodum legis Falcidię, quod facile accideret, ſi deductio debiti non permitteretur: nimirum adverſus legatarios, non adverſus creditores hæreditarios, quibus niſi beneficio inventarii ex jure noviſſimo & beneficio Juſtiniani uſus ſit, omnino in ſolidum tenetur, ut diximus *ſup. de hæred. qual. & diff. ad §. extraneis.* Hæc de debitis hæreditariis ante mortem ab ipſo teſtatore contractis. Aliud genus debiti eſt contracti poſt mortem teſtatoris, impenſa funeris quæ maxime privilegiata omnino detrahēda eſt antequam Falcidia ponatur *l. pen. de religioſ. l. ult. § in compu. 9. C. de jur. lib.* ubi etiam aliarum impenſarū quas hæres fecit, deductio permittitur. Tertium, quod deducendum Juſtinianus ait, ſunt pretia ſervorum manumiſſorum: ut tanto minor cenſeatur hæreditas, & hoc eſt, quod reſpondet ICtus *in l. Papinianus. §. quarta 9. de inoffic. teſt.* quod de libertatibus non poſſit detrahi ulla Falcidia, ſed contra, quod per libertates Falcidia ſive quarta minuatur: quia dum hæreditas fit minor, quartam quoque ob id effici minorem conſequitur: quo argumento defenditur, quod de legato ad piā cauſam Falcidia non detrahatur: quod & communiſſime creditur nominatim ita ſancitum *N. 131. c. 12. auth. ſimiliter. C. h. t.* quamvis Neoterici quidam id reſtringunt ad caſum commiſſæ moræ. Eodem defenditur argumento, quod etiam communiter probatum eſt ab Interpp. per legatum ad piam cauſam non aggravari alia legata, ut hinc fiant minora ſed quod per legatum hujuſmodi fiat minor hæreditas & quarta Falcidia, licet hoc ipſo partem dāni legatarii quoque ſentiant. Id tamen Angelus hic limitat, niſi uni duplex legatum datum ſit, alterum pium, alterum, ut loquuntur, defalcabile: ex hoc enim & ſimul pro illo Falcidiam detrahi Dd. opinantur. Et igitur deductis, quæ enumeravimus ratio L. Falcidiæ initur juxta hunc § *verſ. tunc deinde uſque ad fin.* Aut tunc quod præter legata ſupereſt, facit quartam: & deductionem nullam patiuntur legatarii, aut non ſufficit in quartam: & ex ſingulis legatis proportionaliter & pro rata detrahitur, quantum ad quartam ſufficit, pro quo illuſtrando tres caſus in h. §. diſtinguuntur 1. ſi legata exæquant vires hæreditatis, veluti ſi qui habebat quadringenta in bonis, CCCC. legaverit: & detrahitur quarta ex legatis ſingulis. ubi tamen putant Dd. ſi legata plura uni data ſint, poſſe hæredem in una re retinere Falcidiam, ſi commoda forte non ſit diviſio. Quin & amplius putarim, ſi legata pluribus facta diviſionem commodam non patiantur autoritate magiſtratus poſſe in una re Falcidiam retineri, ita ut alii legatarii, qui detractionem non patiuntur, alteri in pecuniam condemnentur. Secundus caſus eſt, ſi legata ſint quidem infra hæreditatis vires, ſed tamen excedant dodrantem: & hic, quam proportionem pars, quæ excedit dodrantem, habet ad totam hæreditatem: eadem proportione ex legatis fit detractio: veluti, ſi poſita eadem ſpecie, qui CCCC. habebat in bonis CCCL. legaverit iſta quinquaginta quæ excedunt

cedunt dodrantem, (centum enim eum habere omnino hæres debeat, trecenta tantum legare jure potuit teſtator) faciunt octavam partem hereditatis. Ergo octava pars eſt ſingulis legatariis detrahenda: quæ facit quinquaginta, quæ ſimul cũ reliquis quinquaginta, quæ præter legata ſuper fuerunt, faciunt quartam hæreditatis totius. Et hoc ita *in h. §. verſ. quod ſi trecentos*. Tertius denique caſus eſt, ſi legata vires patrimonii excedant: & hic initiũ quod excedit deducendum, tunc ſingulis portio, ut in primo caſu detrahenda eſt *h §. verſ. quod ſi quingentos*. Atque hæc membra exhauriunt totum: quod aut legata ſunt ſupra vires hereditatis, aut infra eas, aut hereditatem exæquant: neque quartum dari poteſt.

AD TITULUM XXIII. LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE FIDEICOMMISSARIIS *hereditatibus*.

TEXTUS.

Nunc transeamus ad fideicõmiſſa: ſed prius eſt, ut de fideicommiſſariis hæreditatibus videamus. Sciendum itaque eſt, omnia fideicommiſſa primis temporibus infirma fuiſſe: quia nemo invitus cogebatur præſtare id, de quo erat rogatus. Quib. enim non poterant hæreditatem vel legata relinquere, ſi relinquebant, fideicommittebant eorum qui capere ex teſtamento poterant. Et ideo fideicommiſſa appellata ſunt, quia vinculo nullo juris, ſed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebãtur, poſtea Divus Auguſtus primus, ſimul iterumq; gratia motus perſonarum, vel quia per ſalutem ipſius rogatus quis diceretur, aut ob inſignem quorundam perfidiam, juſſit ſuam autoritatem conſulibus interponere, quod quia videbatur juſtum & populare erat, paulatim cõverſum eſt in aſſiduam juriſdictionem: tantuſq; eorum favor factus eſt, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui de fideicommiſſis jus diceret, quem fideicommiſſarium appellabant.

COMMENTARIUS.

Fideicommiſſum eſt vel particulare, ſive ſingulare, de quo *tit. ſeq.* vel univerſale, de quo prius diſpiciendum *in pr. tit. ait. Iuſtin.* nimirum quia expectandum videbatur, ut poſt tractatum *de Legatis* ſtatim ageret de fideicommiſſis particularibus, per ea quæ dixit *in §. ſ d. non 3. ſup. de Legat.* ſe diſtinctim acturum de legatis & fideicommiſſis, & nimirũ particularibus, quæ etiam tantum ſunt exæquata cum legatis. Sed ſicut materiam teſtamentorum, ex quibus adquiritur univerſitas, præpoſuit tractationi legatorum, ita & recte præmittit de fideicommiſſatis univerſalibus, qui ſunt inſtar hæreditatum. In Digeſtis quidem fideicommiſſorum particularium tractatio præcedit, eam de univerſalibus: ſed hoc fit propter exæquationem fideicommiſſorum cum legatis. Ita in *l. 1. in pr. de rei vind.* ait ICtus, poſt actiones de univerſitate, ſubjici vindicationem rerum ſingularum.

Sciendum itaque eſt.] Ait Juſtin. olim omnia fideicommiſſa infirma, nec neceſſitate præſtanda, quæ rogati erant hæredes obſtrictos fuiſſe. Ni[illegible] e[illegible] ſorur enim tantum rogatu & precibus, quæ nullam obligationem inducunt. Sed & bona ratio ſumitur ex eo quod ſubjicit Juſtin. teſtatores ſi quibus hæreditatem aut legato dare non poterant, hæredum fidem imploraſſe, ut illis præſtarent & reſtituerent. Etenim hi qui ex teſtamento per LL. capere non poterant, ii nec civilem actionem habere poterant, qua experirentur contra hæredem. Et an igitur olim ita fiebat, ut hærede ſervante fidem, incapaces cum effectu bona conſequerentur? Utique quod una via prohibitum eſt, alia admitti non debet, & ita fieret fraus Legibus, quæ aliquos incapaces eſſe volebant, ſi hoc modo & per fideicommiſſum ad eos bona pervenirent. Diſtingui debent hic ante omnia duo genera incapacium, ut non ſemel in ſuperioribus di[illegible]mus. Aliud genus nimirum fuit eorum qui cives Romani non erant, & ſcil. peregrini, deportati: aliud autem eorum, qui licet cives Romani eſſent, tamen ex propriis & civilib. rationibus, aut omnino non, aut non ſolidum, aut nõ ex omnium teſtamentis capere poterant. In illorum

ſum perſona videtur aliquanto difficilius admiſſum fideicommiſſum: & tamen de hoc faciendo rogatos quoque fuiſſe hæredes, dubium non habet, & extat exemplum quod refert *Cicer. lib. 1. in Verrem qui dicitur de prætura urbana.* P. Trebonium voluiſſe ut hæredes inſtituti jurarent, ſe curaturos, ut non minus dimidio ex illo quod ex teſtamento percepturi eſſent ad fratrem A. Trebonium, qui proſcriptus erat perveniret, ſed non minus id certum etiam, hæredes obligatos non fuiſſe ad parendũ huic voluntati, cum præſertim, ut ibid. refertur contra L. Corneliam hoc fideicommiſſum eſſet, quæ vetabat proſcriptos juvari. Alterius generis incapacium exemplum inſigne eſt ex jure veteri in mulieribus, quæ Lege Voconia non poterant inſtitui hæredes. Legem eam ſe magna voce ſuaſiſſe ipſe Cato apud *Cicer. lib. de ſenectute* memorat: qui idem L. Oppiæ contra mulieres, apud *Liv. libr.* 33. defenſorem acerrimum egit: & ex ea oratione Catonis, qua Legem ſuaſit Voconiam, verba quædam refert *Gell.* 17. *Noct.* 6. Legis ejus ſententiam refert *Cicer. dict. lib. 1. in Verrem*: Voconius inquit, ſanxit ne quis in poſterum virginem, neve mulierem hæredem faceret: Florus *Epit. lib.* 41. Q. inquit, Volumnius (legendum, *Voconius*, aut erravit ipſe Florus) legem tulit, ne quis mulierem hæredem inſtitueret: ejuſque Legis à Voconio de mulierum hereditatibus latæ, etiam in orat. pro Cornel. Balb. meminit *Cicer. & Gell.* 20. *noct.* 1. quid utilius. (inquit apud eum Sextus Cæcilius) plebiſcito Voconio de coercendis mulierum hæreditatibus, in quam ſententiam etiam Quintilian. declamat 264. Et Auguſtin. *de civit. Dei lib.* 3. *cap.* 21. Inter ſecundum, ait, & poſtremum bellum Carthaginenſe lata eſt Lex Voconia, ne quis hæredem fœminam faceret, nec unicam filiam. Nec falſum eſſe quod ibi ſcribit Auguſtin. ſatis apparet ex *Cic. 2. de finibus.* ubi refert Q. Fabium rogaſſe P. Sextilium, ut hæreditas ad filiam perveniret: & *Aſcon. Pad. in orat. Cic. in Verr. de prætura urb.* Voconius, inquit, legem tulerat, ne quis cenſus, hoc eſt, pecunioſus hæredem relinqueret filiam. Et igitur multo minus alias fœminas hæredes facere licebat. Ut proinde erraſſe oporteat Paulum qui 4. *ſent.* 8. refert, Fœminas ad hæreditates legitimas ultra conſanguineas ſorores non admitti, idque Voconia rogatione videri effectum. Etenim Voconia Lex nec filias ad hæreditates patrum admiſit. Id ſane poſtea fuiſſe ſublatum, ex jure noſtro apertiſſimum eſt, & teſtis eſt *Gellius* 20. *cap.* 1. Aut an intellexit Paulus partem ſaltem hæreditatis Lege Voconia ad filias aut ſorores potuiſſe pervenire. Id quidem colligitur ex *Cicerone d. l.* 2. ubi ſcribit, P. Sextilium rogatum fuiſſe, ut OMNEM hæreditatem filiæ reſtitueret: & mox, neminem cenſuiſſe PLUS filiæ dandum, quam poſſet ad eam ex L. Voconia pervenire. Et in univerſum non in totum incapaces factas fœminas, fidem facit *Dion. lib.* 56. ubi ait, Auguſtum quibuſdam fœminis veniam dediſſe legis Voconiæ, ſecundum quam nulli fœminæ licebat κληρονομεῖν, ὑπὲρ δύο καὶ ἥμισυ μυριάδας οὐσίας ubi interpres vertit centum millia nummorum, forte ſecutus *Ant. Aug.* qui 2. *emend.* 7. ſeſtertium nummum ait fuiſſe quatuor aſſium. Secundum quod ſi Dionem accipimus de XXV. millibus ſeſtertiorum nummorum: conficient ea C. millia aſſium, ſed enim cum ſeſtertium nummum dicamus, non aſſem, ita interpres *d. lib.* 57. centum mille aſſes vertere debuiſſet. Verum ego nec puto Lege Voconia jus datum fuiſſe capiendi mulieribus C. millia aſſium. Et enim cum in genere L. Voconia de eo qui cenſus eſſet, locuta ſit, abſurdum ſit id explicare de maximo cenſu, qui æſtimabatur initio C. millibus aſſium, teſte *Livio lib* 1. infimus autem cenſus quartæ claſſis erat XX. millium aſſium: de quo proculdubio locutus eſt Voconius: & proinde apud Dionem lib 56 non XXV. millia ſeſtertiorum ſed aſſium intelligenda erunt. Et tamen ſi hic capere potuerunt, utique potuerunt, eſſe hæredes ejus qui cenſus eſſet contra *Aſcon. d. loco & Ciceron. d. lib in Verr. de prat urb.* puto, poſt mitigatam legem Voconiam, & amplius conceſſum mulieribus, ut tantum capere poſſent, quantum minimus conficeret cenſus: & ut alibi ſolet, quia primus de hac re diſpoſuerat Voconius, ita id acceptum à Dione, tamquam L. Voconia cautum fuiſſet. Itaque non probo, quod Cui. ſcribit, in not. *ſup. ad L. Falc.* cautũ L. Voconia ne quis inſtitueret mulierem ultra quadrantem, nec illud à *Paulo* 4 *ſent.* probari video: adeo nec refert eo recte locum Dionis & ex eo probare conatur, cenſum fuiſſe dictum C. millium ſeſtertiorum: & utique quatuor gradus fuerunt cenſus ut apud *Liv. lib.* 1. & inferior 25. millium, maximus C. milliũ niſi id forte poſt variavit. Quintil. decl. 264. de ſemiſſe cautum eſſe L. Voconia: ſed Cui. hoc à declamatore confictum ait & vide de quadrante permiſſo ex L. Voconia. & quod cenſus fuerit dictus qui C. milla ſeſtertium haberet, quæ noto *infr. ad § ſed noſtra 3. de ſucceſſ. libert.* Et dicam licuiſſe ſolum quadrantem communis cenſus C. millium,

ut ne liceret ultra XXV. millia juxta Dion. qui ita defenderut contra Hott. *de re numm.* ubi de C. millibus HHS. ac putat ſimpliciter quartam licuiſſe licet CCCC. millia quis poſſideret. Et iſtuc referri poſſit, quod aliquot locis de his qui ſolidum capere non poſſunt jure noſtro ſcriptū eſt *l. ſi quis 62. de hær. inſt. ſi is 6. de vulg. ſubſt. l. ſi ſervus 82. de adq. her.* Et tamen hujuſmodi fideicommiſſa non fuiſſe, olim improbata, nec vituperatum, imo laudatum hæredem fuiſſe, qui fidem præſtaret, idē ille locus Ciceronis *de finib.* 2. argumento eſt, ubi refert Sextilium rē ad amicos detuliſſe, an contra L. Voconiam reſtituenda eſſet hæreditas filiæ: & ſubjicit: tenuit Sextilium permagnam hæreditatem, unde ſi ſecutus eſſe eorum ſententiam, qui honeſta & recta emolumentis omnibus & commodis anteponerent, ne nummum quidem unum attigiſſet. Et paulo poſt. Sextus Peduceus, cum ſciret nemo, eum rogatum, à C. Plotio, equite Romano, ultro ad mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum expoſuit, hæreditatemque reddidit: nam neque uxores à maritis ob eandem L. Voconiam inſtitui poterant: quod ipſum tamen poſtea antiquatum fuiſſe ex jure noſtro liquidiſſimum eſt: & fuiſſe ſcilicet jus invicem capiendi inter conjuges, niſi contra L. Papiam Poppeam matrimonium fuiſſet contractum, ut autor eſt *Vlp. tit. 16. de ſolidi capac. &c.* Plane poſtmodum nec licuiſſe hæreditatem reſtituere iis qui capaces in ſolidum vel pro parte non erant, inde apparet, quod favore fiſci conſtitutum erat, ut ſi quis hæres fideicommiſſo hujuſmodi tacite fidem accommodaſſet, hæreditas ei auferretur & fiſco vindicaretur *l. 1. in prin. & l. 3. de jur. fiſci.* Aperte autem ſi rogatus fuiſſet hæres, pœna quidem illa ceſſabat, ſed, ut puto, neceſſitate illa qua præſtandi non adſtringebatur: Et videmus paſſim in jure noſtro, fideicommiſſorum exempla proponi, quæ capacibus relicta fuerunt. Facile tamen admiſerim, magiſtratum cujus de ea re juriſdictio erat, ex cauſa & pro qualitate incapacis, præſertim primis temporibus Auguſti & proxime ſeqq. cum etiamnum vigerent Lex Voconia & quæ aliæ ſimiles, decreviſſe pro reſtituendis fideicommiſſis, quæ palam ab hærede relicta fuiſſent: quod etiam ex hoc textu perſpicuum fit; ſiquidem Auguſtus voluit coerceri inſignem quorundam perfidiam: quam in eo fuiſſe apparet, quod fidem defuncto datam violaſſent: & nominatim qui eam fefelliſſent, cum eſſent rogati per ſalutem Auguſti: & quod ita rogaviſſet teſtatos, ei ſatisfieri voluit: in quantum non opus fuiſſet ſpeciali autoritate Imperatoris, ſi quidam hæres obſtrictus jure fuiſſet. Fuit autem & alias uſus fideicommiſſorū olim, in peregrinantib. & eo loco morientibus, ubi teſtamentum facere nō poſſent: quæ ratio ſuaſit admitti codicillos, in quibus non niſi fideicommiſſa relinquuntur. Hæc pro explicatione hujus loci pleniori.

Gratia perſonarum.] An earum quæ rogaverant: an quibus reſtituere hæreditatem hæredes rogati erant? Puto & hoc defendi poſſe veluti ſi quis filiæ aut uxori vel ſorori defuncti aliquid reſtituere fuiſſet rogatus: quomodo & hoc accepit Theoph. ubi bene ponit exemplum, ſi quid peregrinis cognatis fuerit relictum: nam & tum adhuc fines civitatis Romanæ anguſtioribus finibus continebantur: & qui in provinciis erant, Peregrini cenſebantur.

Juſſit conſulibus.] Ergo & hæc cognitio & juriſdictio primo conſulū fuit: poſtea ad prætores tranſlata, ut innuit hic textus: & eſt in *l. 2. § capta. 32. de orig. jur.* à Claudio creatos duos prætores, qui de fideicommiſſis jus dicerent: an forte communis & conſulum & prætorum ea de re juriſdictio fuit? quod cōſuadet *Vlpian. tit. de fid. icom.* 25. §. 10. ubi ait: cognitionem eſſe Romæ conſulum aut prætoris, in provinciis vero præſidum: ao inter utroſque diſtincto: ut prætor ad certam uſque ſummam, de majori Conſul jus diceret: Claudius itaq; conſtitutis prætoribus magis ratū fecit quod Auguſtus primus ſanxit, ut h. textu, & ſuavis eſt hic Myuſ. adeo, qui quod de primis temporibus dicitur, refert ad tempus quod ante ceſſit L. 12. tabb. & addit, utique ſub Numa Pompilio viguiſſe & valuiſſe fideicommiſſa. Ergo ne Numa Pompilius poſt L. 12. tabb. fuit? Hæc inſignis *micrologia*.

In aſſiduam juriſdictionem.] Criminalia judicia olim occurrentibus caſibus, à populo demandari ſolebant: poſtea quæſtiones perpetuæ & prætores qui iis præeſſent, conſtituti: ut late tractat *Car. Sig. de publ. jud.* Ex quo dicemus, perpetuam quæ eadem eſt aſſidua, juriſdictionem conſtitutam. Eademque hic ſignificatur aſſidua juriſdictio, non ſolitam ſemper ſpeciatim mandari cognitionem de fideicommiſſis, in quoquo ſpeciali negotio, ſed in univerſum conſtitutum magiſtratum, ut huic uni rei & cognitioni de fideicommiſſis aſſiduo vacaret. Docet hoc in iſtis terminis Sueton. *in Claudio cap. 23.* Juriſdictionem de fideicommiſſis, quotannis, & tantum in urbe delegari magiſtratibus ſolitā, in perpetuum atque etiam per provincias, po-

teſtati

teſtatoribus demandavit. Delegabatur ſcil. antea conſulibus ſingulis annis, ita ut eorum hæc ordinaria non eſſet cognitio, ſed Claudius fecit prætores certos qui de fideicommiſſis ſemper perpetuo jus dicerent. Porro prætoris fideicommiſſar. mentio eſt *in l. 2. C. qui pot. in pign. l. quaſitum. 78. § pen. de leg. 3. l. pen. in fin. quib. ad lib. proc. l. ſi cui 29. in pr. de cond. & demonſtr.* & qui cognoſcebat tamen extra ordinem, nulla formula data, ut d. loco Ulp. ſcribit, id eſt non dabatur ex hac cauſa judex pedaneus, ſed prætor ipſe cognoſcebat: de qua diſtinctione *infr. lib. 4. tit. 6.* agitur. Unde perſecutiones pro fideicommiſſis extraordinariæ vocantur *l. pecunia. 178. de V. S.* Forte quia ita initio hæc inſtruit Auguſtus non ut paſſim de quibuslibet, ſed quibuſdam fideicommiſſis conſules cognoſcerent. Rurſus hic egregie labitur Mynſ. qui quod *in l. 1. C. comm. de legat.* diſponitur *auct. l. 2 C. eod.* etiam ad fideicommiſſa univerſalia transfert.

TEXTUS.

2\. Inprimis igitur ſciendum eſt, opus eſſe, ut aliquis recto jure teſtamento inſtituatur hæres, ejuſque fidei committatur, ut eam hæreditatem alii reſtituat: alioquin inutile eſt teſtamentum, in quo nemo hæres inſtituitur. Cum igitur aliquis ſcripſerit, *L. Titius hæres eſto*: poteſt adjicere. *Rogo te L. Titi, ut cum primum poteris hæreditatem meam adire, eam Caio Seio reddas, reſtituas.* Poteſt autem quiſque & de parte reſtituenda rogare hæredem. Et liberum eſt, vel pure, vel ſub conditione, vel ex certo die relinquere fideicommiſſum.

COMMENTARIUS.

UT *aliquis recto jure teſtamento.*] Si quis teſtamento velit relinquere fideicommiſſum, utiq; id obtinet, quod hic proponitur: ceteroquin & ab inteſtato fideicommiſſum relinqui poteſt, *§. præterea. 10. inf. h. t.* Ait autem recto jure, id eſt verbis civilibus, & ita ut ipſe hæres recta capiat hæreditatem: cum fideicommiſſa obliquis & præcariis verbis, relinquantur & non recta à defuncto, ſed per manum hæredis capiantur.

Cum primum poterit.] Hoc eſt fideicommiſſum purum. Additur autem mox, poſſe hæredẽ quoque rogari, ut reſtituat, ſub conditione itemque adjecto die: qua in re alia ratio eſt hæreditatis directæ, cui dies fruſtra adjicitur, juxta tradita *in §. hæres & pure ſupr. de hæred. inſt.* fideicommiſſi autem dies expectandus eſt. Nam ut *Ang. Fab. &c.* hic notant, cum directæ actiones maneant penes alium, & alius maneat hæres jure directo, ceſſant rationes, de quibus d. loco egimus. Nec tantum ſub die ſed & uſque ad diem reſtitui, & poſt porro ut alii reſtituatur hæreditas, caveri teſtamento poteſt *§. cum quoque 12. infr. h. t.*

TEXTUS.

3\. Reſtituta autem hæreditate, is quidem qui reſtituit, nihilominus hæres permanet: is vero, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur. Et Neronis quidem temporibus, Trebelliano Maximo & Anneo Seneca conſulibus, SCtum factum eſt, quo cautum eſt, ut ſi hæreditas reſtituta ſit ex cauſa fideicommiſſi, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas. Poſt quod Senatuſconſultum, prætor utiles actiones ei & in eum, qui hæreditatem recepit, quaſi hæredi & in hæredem, cepit dare.

COMMENTARIUS.

AIt reſtituta hæreditate qui eam recepit, modo hæredis, & aliquando legatarii loco haberi. Quando hæredis loco ſit, mox explicatio *verſ. ſive §. ſeq.* quando legatarii loco, *in §. ſed quia 5.* Nimirũ quod accidiſſe ante L. Falcidiam, *ſupr. tit. 22.* diximus, ut hæreditate nimis gravata legatis repudiarent hæredes, qui nullum aut nimis exiguum lucrum ſpernebant, aut etiam ex oneribus hæreditariis, moleſtiam ſubire nolebant: ita accidit in fideicommiſſis, ut hæredes repudiarent hæreditates, & adire eas nollent, quas ſtatim ipſi aliis reſtituere cogebantur: ſiquidem ita nec liberabantur oneribus hæreditariis, ſed qui adiverat hęreditatem, etiam poſt eam reſtitutam hæres manebat, ut eſt *in pr. hujus text.* juxta regulã juris, quod ſemel hæres fa-

ctus perpetuo maneat hæres. Huic incōmodo ſubvenit SCtum Trebell. & omni moleſtia liberavit hæredem, ut ſcil. actiones omnes tranſirent in fideicommiſſarium, & ita hæres poſt reſtitutam hæreditatem, creditores hæreditarios exceptione repellere poſſet *l* 1. §. 3 & 4. *Ad Trebell.* & ipſe viciſſim ſi agere vellet repelleretur exceptione *d. l.* 1. §. 4. dantur enim actiones in fideicommiſſarium & fideicōmiſſario. Et quo apparet, tanto magis, quam verum ſit, quod hic dicitur; etiam poſt reſtitutam hæreditatem manere hæredem qui reſtituit: cum ipſo jure penes eū maneant actiones: ut quod toties ſcriptum eſt, reſtitutione ex Trebelliano facta tranſire actiones, ita accipiendum ſit, quomodo hoc §. mox explicatur: quod prætor poſt reſtitutionem, ex autoritate Senatus actiones utiles det fideicommiſſario & contra eum. Utiles ſcil. quoniam directæ penes hæredem manent. Et notavimus in *Tract. de actionibus*, ex duabus fere cauſis actiones utiles eſſe, non directas, t. ob cauſam efficientē, & jus quod inducit actionem: quo ſenſu omnes actiones prætoriæ, in collatione cum jure civili, ſunt & dicuntur utiles. 3. propterea, quod actiones directæ jam in alterius perſona hærent & radicatæ ſunt. Hinc factū eſt ut, licet SCta ſint pars juris civilis, tamē per SCtū Trebellianum effici non potuerit, ut actiones directæ competerent fideicommiſſario, quippe per aditionem hæreditatis jam alteri adquiſitæ. Atq; hoc caſu enim ex Trebelliano reſtituitur hæreditas, & fideicommiſſario & in eum, quaſi hæredi & in hæredem actiones dantur, & ut eſt in *fin. textus*, fideicommiſſarius habetur loco hæredis.

Dubitat autem Jaſon in addit. ad Port. an quod de utilibus actionibus dicitur, pertineat etiā ad verba In Eum, ut utiles actiones etiam ſint & fiant, quæ creditoribus competebant in defunctum. Et ſane occurrit hæc dubitandi ratio, quod ex accidenti nō videtur mutari debere jus creditorum hæreditariorum, nec eorum actiones directæ mutari in utiles, ex eo quod alteri eſt reſtituta hæreditas. Sed ſane non ferre poteſt explicationem iſtam hic locus, ut quod de actionibus utilibus dicitur, referantur tantum ad actiones, quæ competunt hæredi. Et ſicut ratio juris hoc non fert, ut actio ſit directa, quæ alii quam vero creditori datur: ita eadem ratio non fert, ut ſit directa, quæ datur contra alium quam verum debitorē. Et cum creditor, quod facere poteſt, nomen & actionem ſuam legat vel vendit, legatario vel emptori non niſi ex ceſſione actio directa cōpetere poteſt, utilis autē ex reſcripto Pii, ut diximus ſupra *ex l. 16. de pact.* Quod ſi debitor facere poſſet, ut obligatio à ſe in alium trāſiret, non niſi actio utilis in novum debitorem creditori dari poſſit. Id autem debitor facere nullo modo, nec niſi per novationem & delegationem, conſenſu creditoris aliū ſubſtituere poteſt debitorem. Hic autem poteſtate juris, ſed citra novationem fit tranſlatio, & novi debitoris ſubrogatio: eoq; non niſi utilis actio in fideicommiſſarium datur. Video hic etiā quæri, quid juris ſit in prætoriis actionibus, v.c. conſtituit defūctus ſe ſoluturum, vel ei à debitore cōſtitutum eſt: quæ actio ex conſtituto prætoria eſt. Et dubitat hic quoq; Jaſon quales & quæ tranſeant actiones. Sed res minime eſt difficilis. Etenim licet actiones prætoriæ collatæ cum civilib. utiles dici poſſent, quomodo & paſſim publiciana utilis appellatur: reſpectu vindicationis civilis: attamē ſi quas obligationes prætor introduxit, veluti ex cōſtituto, in quibus terminis nulla præſertim eſt actio civilis, actiones ex hujuſmodi obligatione cōpetentes, recte quoq; vocantur directæ: ſed quæ hæreditate reſtituta tantū utiles futuræ ſunt & ipſæ: quod & magis Jaſon probat. Illud autē cuivis patere debet, intelligi hic actiones hæreditarias hinc inde: & oppido quam inſulſa eſt explicatio Jaſonis d. loco de petitione hæreditatis fideicommiſſaria: quæ eſt longe diverſa, & reſtituta hæreditate de novo competit fideicōmiſſario contra eos qui aliquid pro poſſeſſore vel hærede tenent, non autem eū reſtituta hæreditate transfertur, quippe quæ penes hæredem nūquam fuit: niſi quis velit eam utilem appellare reſpectu directæ petitionis, quæ hæredi inſtituto jure civile competit: ſed de ea ſane hoc §. non agitur.

Diximus paulo ante, reſtituta quoq; hæreditate, hæredē ipſo jure agere & conveniri poſſe, ſed agentem repelli, & conventū exceptione uti poſſe. Quid ſi igitur non objecta exceptio fuerit, vel ultro extra judiciū hæres debitor nomine defuncti, aut qui defuncto debebat hæredi ſolverit? Exiſtimo per SCtū factam plane inutilem & inefficacem obligationē ſublato vinculo quoque æquitatis, ut non niſi quæ dicitur, nuda civilis obligatio remaneat, de cujus natura dicemus *in f. de oblig.* Itaq; ſiquidē ſolutio fiat à ſciente factā reſtitutionem debitore, aut præſūptio donationis erit, aut ignorantia juris: & hoc utrūq; facit ceſſare cōdictionem indebiti. Quod ſi debitor ſolvat ignorans, bona fide, ei contra hæredē condictio indebiti dabitur. Hæres autem nō poterit ignorare factum proprium, ideo vix poterit ipſi competere condictio indebiti; niſi quoniam ejus

facto

facto & pecunia liberatus eſt fideicommiſſarius, utilem quis ei negotiorum geſtationem putaret accommodandam. Neque huc pertinet *l. 1. C. ad Trebell.* ex qua Mynſingerus ſimpliciter hic ſcribit, ſi quidquam ſolverit hæres ei actionem dari in fideicommiſſarium. Etenim nos hic tractamus caſum, quo ex SC. Trebelliano reſtituta eſt hæreditas, & in fideicommiſſarium translatæ ſunt omnes actiones. Atquin in *d. l. 1.* agitur de caſu, quo hæres contra voluntatem defuncti deduxit quartam, quo caſu ex ratione juris veteris actiones non tranſeunt, ſed manent efficaces penes hæredem, & in eum efficaciter compatunt: itaq; quod pro dodrante, (ut nominatim ponitur in *d. l. 1.*) ſolvit creditoribus, ex ſtipulatione interpoſita repetit à fideicommiſſario, ut jam ad §. ſeq dicemus. Ait Juſtin.

Poſt quod SCtum.] Ut diximus, Senatus non potuit facere, ut actiones hinc inde tranſirent & competerent directæ. Sed voluit, ut effectu fideicommiſſarius pro hærede haberetur, & ita qua fieri poſſet actiones, transferrentur. Hanc voluntatem Senatus ſubſequitur prætor, & actiones negat hæredi & in eum, utiles autem fideicommiſſario & in eum concedit.

TEXTUS.

4. Sed quia hæredes ſcripti, cum aut hæreditatem totam, aut pene totam plerumque reſtituere rogabantur, hæreditatem adire ob nullum vel minimum lucrum recuſabant, atque ob id extinguebantur fideicommiſſa, poſtea temporibus Veſpaſiani Auguſti, Pegaſo & Puſione conſulibus Senatus cenſuit, ut ei qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam retinere partem, atque ex legatis ex Lege Falcidia retinere conceditur. Ex rebus quoque ſingulis, quæ per fideicommiſſum relinquuntur, retentio eadem permiſſa eſt. Poſt quod Senatuſconſultum onera hæreditaria hæres ipſe ſuſtinebat: ille autem qui ex fideicommiſſo recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loca erat, id eſt, ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur: quæ ſpecies legati partitio vocabatur: quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ ſolebant ſtipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum qui ex fideicommiſſo recepit hæreditatem, & hæredem: id eſt ut lucrum & damnum hæreditarium pro parte rata inter eos commune eſſet.

COMMENTARIUS.

1. *De Pegaſiano SCto.*
2. *Legatarius partiarius.*

PER SCtum Trebellianum non ſatis conſulltum erat fideicommiſſorum conſervationi: quoniam damno tantum & onere liberabat hæredem, ſed nihil ipſi lucri & commodi tribuebat. Atquin ut eſt in princ. hujus §. hæredes adire hæreditatem recuſabant, quam totam aut partem maximam rogati erant reſtituere: & ſic fiebat, ut intercciderent fideicommiſſa. Subvenit itaque hic Senatuſc. † Pegaſianum: quod Falcidiam ad fideicommiſſa univerſalia produxit, ut ex his liceret hæredi gravato quartam partem deducere, ſicut per illam legem ex legatis quartam detrahit heres. Detrahit itaque quod in *verſ. ex ſingulis* additur, hæres quartam, non tantum ex fideicommiſſo univerſali, ſed etiam ex ſingulis reb. per fideicommiſſum relictis. Ex quo verſ. diximus ſup. ad *pr. tit. de L. Falc.* à pleriſque probari, quod L. Falcidia demum per SC. Pegaſianum ſit producta ad particularia fideicommiſſa, nec antea hæredem, etiam fideicommiſſo univerſali non gravatum, ſed tantum legatis & fideicommiſſis particularibus, partem potuiſſe detrahere. Quam opinionem quas ob cauſas probare non poſſim, d. l. expoſui. Dico autem male eò referri hunc locum, quoniã SCtum Pegaſianum ſolum depoſuit de fideicommiſſo univerſali, nihil autem, de hærede qui relictis particularibus tantum gravatus eſſet. Et minime obſcura eſt ſententia hujus loci. Si & fideicommiſſum univerſale relictum ſit ab hærede, & ſimul fideicommiſſis particularibus oneratus hæres, quod quarta non imputetur ſoli fideicommiſſario univerſali, ſed pro rata conficiarur ſimul ex fideicommiſſis particularibus: neq; dubium eſt quin pro rata quoque

detrahenda ſit ex legatis, ſi quæ reliquerit teſtator, quod firmat etiam *l. 3. §. 2 ad Trebell.* quorum in ſpecie non ſit hic mentio, vel quod non plene relata hic eſt Pegaſiani ſententia, vel quod ſatis hoc ſubintelligi putavit Senatus: ſiquidem L. Falcidia nominatim de legatis locuta erat: & Pegaſianum SCtum principaliter ad fideicommiſſa pertinet.

Pergit Juſtinian. quod poſt hoc SCtum & ubi ejus beneficio uſus hæres detraxerat quartam præterea ut contra (neque enim eo jure prohiberi poterat) voluntatem defuncti: ipſum onera hæreditaria, & ſcilicet in ſolidum, ſuſtinuiſſe. Ceſſabat enim hic SCtum Trebellianum, quod ab hærede in fideicommiſſarium transferebat actiones: quippe cui tantum locus erat, ubi juxta defuncti voluntatem hæres reſtituiſſet hæreditatem, de quo amplius *ad §. ſeq.* Sed quia erat iniquum, neque conveniebat, tum ut hæres ad quem tantum pars quarta pertinebat, ultra eam aliquid à debitoribus hæreditariis conſequeretur: tum ex adverſo, ut cũ dodrans reſtituturus eſſet, ipſe ultra quartam partem aliquid creditoribus hæreditariis ſolvere cogeretur, ſine ſpe repetendi, introductum remedium fuit, per quod effectu hæres tantundem conſequeretur, ac ſi per SCtum Trebell. actiones fuiſſent translatæ: ut nimirum interponantur inter hæredem & fideicommiſſarium ſtipulationes, quæ ſolebant interponi inter hæredem & partiarium legatarium. Diximus ſup. *ad pr. tit. de legat.* partiariũ legatariũ fuiſſe, qui accipiebat partem bonorũ quotam, id eſt ſub appellatione tertiæ vel quartæ: non ita ut ſucceſſor juris fieret, & in eum tranſirẽt actiones, ſed ut quotam bonorũ citra onus aliquod haberet: idq; hic locus evidenter oſtendit: nec enim alias his ſtipulationibus opus fuiſſet, ſi tranſiiſſent actiones: quomodo in terminis reſtitutæ hæreditatis ex Trebelliano ex quo tranſeunt actiones, nuſquam & nunquam ejuſmodi ſtipulationum fit mentio. Et erant mutuæ ſtipulationes: hæres promittebat, ſi quid conſecutus fuiſſet ultra partẽ ſuã, ſe id legatario præſtiturum: viciſſim legatarius promittebat, ſi quid præſtitiſſet hæres ultra ſuam partem, illud ſe reſtituturum. Hæ igitur ſtipulationes productæ ſunt ad iſtum quoq; caſum, quo deducta quarta ex SCti Pegaſiani autoritate, non fiebat translatio actionum. Ita enim & remedio harum ſtipulationum fiebat, ut commune eſſet lucrum & damnum pro rata, inter hæredem & fideicommiſſarium, quomodo ſcribit Juſt. *in fin. hujus §.*

Quæ ſpecies legati partitio.] Ita quoq; *Ulp. de legat. tit. 24. § ſicut 25.* Eſt autem appellatio abuſiva: neq; enim ipſum legatum proprie loquendo partitio, ſed aliquanto minus abuſive legatum partitionis dici poteſt.

Legatarius partiebatur hæreditatẽ] Verbum quoq; hæreditatis paulo pinguius accipitur, pro rebus hæreditariis: neq; enim ſucceſſor juris legatarius efficiebatur: ſed ita dicitur, quia univerſorum bonorum fiebat diviſio: quomodo & hæreditas vendi dicitur: & hoc quoq; ſenſu dicitur legari pars hæreditatis *l. ſi quis 8. §. ult. de legat. 2.* quamvis, quoad alia, differentia ſit an pars hæreditatis an bonorum legetur, ut docet *d. l. 8. §. ult. cum l. ſeq.* quæ tamen differentia explicatu difficilis eſt. In *l. 8. §. ult.* ait JC. legata parte hæreditatis, nec funeris impenſam nec pretia manumiſſorum deduci. Sed *in leg. 9.* legata parte bonorum, manumiſſorum pretia deducenda eſſe. Equidem Bart. ibid. putat legata parte hæreditatis tranſire onera & actiones in legatariũ non minus quam in fideicommiſſarium. Sed ego iſtud falſum eſſe non dubito: tum quia nullum circa hoc factum eſt SCtum, atque huc transferri poteſt SCtum Trebell. tum quia Juſtin. hic apertiſſime etiam, ubi dividitur hæreditas inter legatariũ, interponi ait ſtipulationes illas. Et alias quoq; non video, quid in effectu interſit, an deduci dicamus nec ne pretia ſervorum. Et *in d. l. 9.* dicitur, deduci & dotem & pretia. Ergo ſi conſtat oppoſitio, non deducentur, ubi pars hæreditatis legata eſt. Et an igitur partem oneris illius non ſentiet legatarius? Hoc perabſurdum ſit, ut totum onus ſit hæredis, & ille de reliquis bonis partem præſtet legatario etiam æſtimationis ſervi manumiſſi & funeris impenſæ: cum contra appellatio hæreditatis magis impliçet onera. An igitur partem pretii ſervi manumiſſi pro rata imputabit hæres legatario partis hæreditatis? Hoc ſumma ſuadet ratio, ſed ita perinde effectu erit, ac ſi pretium ante omnia ex hæreditate fuiſſet deductum. Et igitur aut cõſiſtit hoc in mera quadam ſubtilitate, aut offendit inepte Tribonianus, dum diverſorum JCtorum reſponſa ita connexuit. Et ego hic ſubſiſto, videantur autem apud *Cont. 2. ſubſec. lect.* loca, quæ ex Cic. de hoc partionis legato citat, ſed nodum iſtum non explicat.

Stipulationes.] Quas §. ſeq. vocat ſtipulationes *partis & pro parte:* quomodo & Ulp *de fideicomm. tit. 25. §. 13.* & diſtinctius formulas earum proponit Theoph. hic. Itaq; hoc caſu reſtitutæ hæreditatis ex fideicommiſſo, qui eam accipit, eſt loco legatarii

partia-

partiarii: & eo pertinet, §. *reſtituta. 9. ſup. h. t.* & hic caſus ibi intelligitur, dum dicitur, quod aliquando fideicommiſſarius legatarii loco habeatur, ſcilicet partiarii: vitioſe autem ibi Hottoman. id accipit de fideicommiſſario particulari: cui utique non dicitur reſtitui hæreditas. Adnotandum autem eſt hoc loco, quod ante SC. Trebellian. fideicommiſſarius reſtituta hæreditate, id agente hærede & fidem ſervante, erat emptoris hæreditatis loco. Nimirum cum nondum poſſent transferri actiones, ſi hæres, rogatus reſtituere hæreditatem, vellet ſervare fidem, ut tamen indemnis eſſet, tradebat bona interpoſitis ſtipulationibus emptæ & venditæ hæreditatis: quibus hoc efficiebatur, ut quidquid præſtitiſſet creditoribus hæreditariis, id actione ex ſtipulatu repeteret à fideicommiſſario, & viciſſim, quod à debitoribus hæreditariis exegiſſet, id actione ex ſtipulatu conventus reſtitueret fideicommiſſario. Duplex autem ita incommodum ſentiebat hæres, & quo ad actiones hæreditarias movendas & excipiendas; & quo ad actionem ex ſtipulatu hinc inde excipiendam & inſtituendã: itaque cum non facile hæres in fideicommiſſarii gratiam his oneribus illigari ſe pateretur, ſuccurrit SCtum Trebellianum: idque ita ſcribit Theophilus hic *in §. reſtituta* & probabile, imo ut exiſtimo plane verum eſt. Illud poſtremo notandum nec Conſules Trebellium, & Senecam; nec Pegaſum & Puſionem in faſtis conſularibus repetiri: itaque oportere illos ſuffectos fuiſſe, in locum aut demortuorum, aut quod tum frequens erat ſub Impp. remotorum. Faſti autem tantum priores & primos anni Conſules annotare ſolent.

TEXTUS.

Ergo ſiquidem non plus quam dodrantem ſcriptus hæres ſit reſtituere rogatus, tunc ex Senatuſconſulto Trebelliano reſtituebatur hæreditas, & in utrumq; pro parte rata hæreditariæ actiones dabantur: in hæredem quidem jure civili: in eum vero, qui recipiebat hæreditatem, ex Senatuſconſulto Trebelliano tamquam in hæredem. At ſi plus, quam dodrantem, vel etiam totam hæreditatem reſtituere rogatus eſſet, locus erat Pegaſiano SCto, & hæres, qui hæreditatem adierat ſemel, (ſi modo adierat ſua voluntate) ſive retinuerat quartam partem, ſive retinere noluerat; univerſa ipſe onera hæreditaria ſuſtinebat, ſed quarta quidem retenta, ſtipulationes quaſi partis & pro parte interponebantur, tamquam inter partiarium legatarium & hæredem: ſi vero totã hæreditatem reſtitueret, emptæ & venditæ hæreditatis ſtipulationes interponebantur. Sed ſi recuſabat ſcriptus hæres adire hæreditatem, ob id quod diceret eam ſibi ſuſpectam eſſe, quaſi damnoſam, cavebatur Pegaſiano Senatuſconſulto, ut deſiderante eo, cui reſtituere rogatus eſſet, juſſu prætoris adiret, & reſtitueret hæreditatem: Perindeque ei & in eum, qui reciperet hæreditatem actiones darentur, ac juris eſt ex Trebelliano, quo caſu nullis ſtipulationibus opus eſt: quia ſimul & huic, qui reſtituit, ſecuritas datur: & actiones hæreditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hæreditatem: utroq; Senatuſconſulto in hac ſpecie concurrente.

COMMENTARIUS.

Ergo ſiquidem.] SCtum Pegaſianum in duplicem caſum proſpexit principaliter, quo hæres non habet quartam ex voluntate defuncti, ut eam poſſet detrahere. 2. ut ſi nolit adire ex quacunque cauſa, petente fideicommiſſario citra ſuum onus id facere cogatur. Et itaque ſi hæres ex voluntate defuncti quartam habeat aut amplius, ſiquidem adire nolit compellitur adire & commodum amittat, ut *inf. h. tit.* dicemus: Sin vero adeat, nihil opus eſt SCto Pegaſiano, ſed reſtitutione facta tranſeunt actiones ex Trebelliano: neque de hoc caſu quidquam egit Pegaſianum, idq; eſt, quod *in pr. huius* §. ait Juſtin. tum pro parte in ſingulos & hæredem, & fideicommiſſarium tranſlatas fuiſſe actiones: imo tranſlatas fuiſſe pro rata in fideicommiſſarium: nam alias jure civili pro rata apud hæredem erant. Ita recte Juſtin. hic, quod in hæredem jure civili datæ fuerint actiones: ſed in fideicommiſſarium ex Trebelliano, ubi notat Hottom.

jus

jus civile ſumi in ſpecie, pro jure civili antiquo & fere Lege 12. tabb. ſicut & hoc ſenſu jus civile ſcilicet vetus opponitur conſtitutionibus Impp. *in §. ſed cum prædicta. 3. ſup de teſtam. ordin.* Ita Hott. haud ſcio, an ſatis recte: nam ut notavimus *ad § Et Neronis 4. h. t.* licet SCtum ſit pars juris civilis, & poſſit dare directas actiones, tamen quod jam civiles actiones eſſent penes hæredem, nullas novas actiones dedit aut introduxit Trebellianum: ſed voluit pro hærede in effectu haberi fideicommiſſarium: & ita excitavit juriſdictionem prætoris, qui utiles actiones dedit: ut *d. §. 4.* explicatur: quamvis tamen cum SCtum Trebell. ſit prima cauſa hujus rei, & non prætor, nec videantur hæ actiones prætoriæ dici poſſe: & ex Trebelliano dicuntur paſſim tranſire actiones, & nominatim actiones *h. §. ex Trebelliano dari.* Et prætor tamquam cuſtos juris civilis, actiones jure civili quoque introductas dare dicitur: Plane tamen actiones creditorum hæreditariorum ſunt aliæ nec novæ, ſed quas prætor Senatuſconſulti Trebelliani autoritate concedit in fideicommiſſarium: ſed quæ fideicommiſſario dantur in debitores hæreditarios, videntur ex ſane novæ quadantenus eſſe: non ſecus ac utiles, quæ ex reſcripto Pii, legatario aut emptori nominis dantur: & plane tales ſunt hæ, quæ dantur fideicommiſſario: ſed iſta conſiſtunt in nuda ſubtilitate juris.

At ſi plus dodrantem.] Iſtud hic habet ſcrupulum, quod Juſtinian. ſcribit: hæredem, qui rogatus erat reſtituere hæreditatem totam ſive ultra dodrantem, ſi ultro adiiſſet hæreditatem & juxta voluntatem defuncti quarta etiam non deducta, reſtituiſſet eam, tamen hæreditaria onera univerſa ſuſtinuiſſe, & ita actiones non fuiſſe tranſlatas. Etenim hoc utique caſu ante Pegaſianum SCtum tranſiiſſe actiones dubitari non poteſt. Et SCtum iſtud pro beneficio, quod dedit hæredi, ut detrahere poſſet quartam, & ſimul quod eam detrahendo offenderet voluntatem defuncti, hoc quaſi onere eum affectum voluit, ut actiones in ſolidum contra eum darentur: cum nec ad hunc caſum SC. Trebel. porrigi poſſet. Atquin ubi hæres ſatisfacit ultro defuncti voluntati, quæ tandem ratio eſſe poteſt, cur non fiat translatio actionum ex Trebelliano, cujus utiq; poteſtas hoc caſu etiamnum eſſe integra videtur, non minus, quam ubi ex voluntate defuncti quartã habet hæres, & reſiduum juxta eandem voluntatem reſtituit: quo caſu ſcindi actiones *in pr. hujus §.* ſcribit Juſtin. & quid ſi igitur datis ſibi duabus unciis, decem reſtituit hæres, cur non æque poſſit reſtitutio fieri ex Trebelliano, ſi duabus illis unciis contentus hæres, quod ſupereſt reſtituere ſit paratus? Alia ratio diverſitatis dari non poteſt, quam quod priori caſu, ubi quartam habet hæres vel amplius, uti eum Pegaſiano Senatuſconſulto hæres non poteſt, ut maxime velit: igitur nec ad hunc caſu Senatuſconſ. iſtud pertinere poteſt. At ubi dodrante amplius reſtituere hæres rogatus eſt, tum uti poteſt eo Senatuſconſulto, quod in hunc caſum proſpexit, & quodammodo vim & poteſtatem Trebelliani extinxit: & pro ex habuit, ut hæres ultro adiens, beneficiũ Pegaſiani & quartam videretur remiſiſſe, & fideicommiſſario donaſſe: & proinde obligatus maneret oneribus hæreditariis, ac ſi detracta quarta reſtitutionem feciſſet hæreditatis: quo facit, quod *Paul.* ſcribit, *4 ſent. 5 §. ult.* eum qui totam hæreditatem reſtituit, cum quartam deducere potuiſſet, repetere quartam nõ poſſe. Atq; ita ſummo jure obtinuiſſe videtur: aut hoc ad eum caſum referendum, quo hæres ſimpliciter reſtituit aditam hæreditatem. Quod ſi enim conteſtetur expreſſe ſe velle uti veteri jure, & reſtituere totũ ex defuncti voluntate hac lege ut tranſeant actiones ex Trebelliano, audiendum eum eſſe, & ratio ſuadet, ne ſit deterioris conditionis, quam qui coactus adit, & diſerte ſcribit *Paul. 4 ſent. 3. 6. 1.* quo loco iſte ex §. omnino ſupplendus videtur: & explicanda *l. qui totam. 45. ad Trebell.* quæ quodammodo hoc jus dubium fuiſſe innuit: eoq; monet ibi JCtus ut hæres potius ſuſpectam dicens ex juſſu adeat: quo modo omnino ex Trebell. transferentur actiones.

Quaſi partis & pro parte.] De his ſtipulationibus jam diximus *ad § præced.*

Empta & vendita hæreditatis] Ubi totam hæreditatem reſtituit, diximus poſſe eum implorare beneficium Trebelliani, & nullis tum opus eſt ſtipulationibus, ut mox ſequitur: cæteroquin iis opus eſt, ut licet onera ſuſtineat, tamen beneficio ſtipulationis ea effectu in fideicommiſſarium transferantur. Quæ porro fuerint ſtipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, eſt nuſquam diſerte expreſſum. Conſtat id agi vẽdita hæreditate, ut id jus haberet emptor, quod eſt penes hæredem *l. 2. de hæred. vend.* effectu ſcilicet, ſiquidem per illum contractum fieri non poterat, ut onera hæreditaria & actiones tranſirent. Itaque probabile eſt, hinc emptorem ſtipulatum, ut ſibi præſtaretur, quidquid hæreditarium apud hæredem eſſet, aut ad eum perventu-

veteratrum eſſet: hinc venditorem, ut ſi quid ipſe conventus præſtitiſſet, eo nomine ſibi ſatisfaceret emptor: ut ita hic hæredis vicem effectu ſuſtineret. Quamquam enim invicem eſſent actiones empti & venditi, (quæ etiam hodie ſufficiunt, cum nullibi quidquam de iſtis ſtipulationibus ut neceſſariis aut uſitatis tradatur) tamen aliquando expeditius & utilius potuit fuiſſe, experiri ex ſtipulatione. Veſtigium autem eſt hujus ſtipulationis ex parte emptoris *in l. in illa 50. de verb. ſign.* ſtipulatum fuiſſe emptorem. *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum eſt, eritve quo minus perveniat.* unde contrariam formulam venditæ hæreditatis ex parte venditoris ejuſmodi fuiſſe ſuſpicatur Hottom. *Quintam pecuniam hæreditatis cauſa præſtitero, tantam dari ſpondes.*

Sed ſi recuſabat.] Ad pr. diximus, hoc alterum principale caput fuiſſe SCti Pegaſiani, ut hæres ſcriptus, qui ex quacunque cauſa recuſabat adire, juſſu prætorio cogeretur adire & reſtituere, *l. quia 4. l. 5. l. 6 §. 2. l. nam quod 14. § pen. & l. cogi. 16. in l. ita. 27. §. 2. & paſſ. ad Trebell.* ubi hæres dicitur cogi & compelli adire hæreditatem. Sed quomodo cogetur hæres cum a dicto fiefacti, ad quod nec ſervus inſtitutus præcoſe per dominum cogi poteſt, *l. 3. in fin. C. de hær. inſt.* omnino liquidum exiſtimo præciſe cogi non poſſe. An itaq; habebitur hæreditas pro adita, ut poteſtate juris tranſeant actiones, nec locus ſit venientib. ab inteſtato? An in præjudicium contumacis pro adita habebitur, ut perſecutione fideicommiſſi ad æſtimationem hæreditatis, & univerſum intereſſe teneatur. Ego hoc poſterius magis crediderim convenire rationi juris: ſed prius videtur probaſſe Juſtin. *in l. pen. §. 1. C. ad Trebell.* licet enim agat nominatim de hærede gravato, contumaciter abſente, tamen eadem ratio eſt, ſi quis præſens contumaciter reſtituere recuſet.

Quaſi damnoſam.] Satis eſt hoc allegare hæredem, licet cauſam ſatis non probet, ut docet *l. quia 4 ad Trebell.* quo argumento utuntur Dd. ut probent, poſſe recuſari judicem ut ſuſpectum, licet recuſans nullam alleget cauſam. Sed eſt plane vitioſa comparatio: quia recuſatio hæc pertinet ad injuriã judicis, & in præjudicium partis vergit, dilata cauſæ tractatione: quorum neutrum hic contingit, nec quidquam intereſt fideicommiſſarii, an ultro, an juſſus quis adeat: & cum, ut ante diximus, qui ſpõte adiit cum non habeat quartam, omnia onera hæreditaria ſuſtineat, vel hæc juſta cauſa eſt recuſandæ hæreditatis: ex quo hoc ipſum ſuadet JCtus, ut quis potius juſſus adeat quam ultro *l. qui totam 45. ad Trebell.*

Quo caſu nullis ſtipulationibus.] Ubi ſc. tranſferũtur actiones ex Trebelliano. Quod accidit cũ quis ſuſpectam dicens hæreditatem, juſſus reſtituit. Et quidem tranſeunt omnino omnes, ſicuti enim incommodo hæres liberatur, ita ex adverſo omne incommodum, nimirum & quartã, & quod ex voluntate teſtatoris ut hæres alias habuiſſet, amittit, ut docent *l. quia 4. l. nam quod 14. §. qui compulſus 4. l. ita 27. §. 2. ad Trebell.* Idq; eſt, quod in extremo hujus §. dicitur, ſecuritatem tribui hæredi, & omnes actiones transferri in fideicommiſſarium. Illo adfertur damnum: hoc, tollitur omne commodum.

Utroq; SCto concurrente.] Trebelliano, quoad tranſlationem actionum: & Pegaſiano, quoad illud caput, quod eſt de cogendo hærede, ut & Theophil. hoc loco explicat, & ipſe contextus hujus loci docet.

TEXTUS.

Sed quia ſtipulationes ex SCto Pegaſiano deſcendẽtes, & ipſi diſplicuerũt antiquitati, & captioſas eas caſibus quibuſdã homo excelſi ingenii Papinianus appellat: & nobis in legib. magis ſimplicitas quã difficultas placet: ideo omnib. nobis ſuggeſtis, tã ſimilitudinibus quam differentiis, utriuſq; SCti, placuit exploſo Senatuſc. Pegaſiano, quod poſtea ſupervenit, authoritatem omnem Trebelliano SCto, præſtare: ut ex eo fideicõmiſſariæ hæreditates reſtituãtur: ſive habeat hæres ex volũtate teſtatoris quartã, ſive plus ſive minus, ſive penitus nihil: ut tunc quando vel nihil, ut quarta minus apud eum remanet, liceat ei, vel quartam, vel quod deeſt, ex noſtra authoritate retinere, vel repetere ſolutum, quaſi ex Trebell. SCto, pro rata portione actionibus tam in hæredem, quam in fideicommiſſarium cõpetentibus. Si vero hæreditatem totam ſponte reſtituerit, actiones omnes hæreditariæ fideicommiſſario, & adverſus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum

cipuum Senatuſconſulti Pegaſiani fuerat, ut quando recuſaret ſcriptus hæres ſibi datam hæreditatem adire, neceſſitas ei imponeretur, volenti fideicommiſſario reſtituere totam hæreditatem, & omnes ad eum & contra eum actiones transferre; & hoc tranſpoſuimus ad SCtum Trebellianum, ut ex hoc ſolo hæredi neceſſitas imponatur, ſi ipſo adire nolente, reſtitui ſibi hæreditatem deſideret fideicommiſſarius: nullo nec damno, nec commodo apud hæredem remanente.

COMMENTARIUS.

FAcilis hic §. eſt, nec magnam deſiderat explicationem. Continet mutationem juris veteris. Vult inprimis Juſtin. circa reſtitutionem hæreditatis tantū obtinere SCtum Trebellianum: & ex eo quoque cogi hæredem reſtituere & adire: quatenus ſcilicet hoc tribuit ei Juſtinianus, trāsfuſa poteſtate Pegaſiani in SCtum Trebellianum. Tum, quod præcipuum eſt, ut indiſtincte tamquam ex Trebelliano fiat actionum tranſlatio pro qua parte reſtitutio facta eſt: ſive quis detraxerit quartam: ſive quis eam habeat ex voluntate teſtatoris, ſive non: & ſive ultro adeat, an coactus. Ex quo ipſo, poſt tranſlatum ad omnes iſtos caſus, SCtum Trebellianum, conſequitur, nullam amplius utilitatem aut neceſſitatem eſſe ſtipulationem illarum quarum in præmiſſis facta mētio eſt: ſiquidem non erant neceſſariæ, ubicunq; transferebantur actiones ex Trebelliano, ut *in fi. 1. § præced.* docuit Juſtin. Hæc eſt hujus §. ſumma, cujus jam verba percurramus. Ait Juſtin.

Antiquitati diſplicuerunt] Debuiſſet hoc explicare, quomodo diſplicuerint antiquitati & cui: Quod ſi enim diſplicuerunt, oportet, ut alii remedio expeditiori factus fuerit locus. De quo ſane mihi non conſtat: ſic nec de eo, quod mox addit, Papinianum eas ſtipulationes captioſas judicaſſe. Neque vero placet, ideo dictas captioſas, ut Weſemb. & Mynſing. quod ambages ita necterentur & anfractus litium & actionum: & ſæpe ob inopiam alterutrius, alter quod præſtiterat, vel quod præſtandum erat, conſequi non poſſet. Non enim ob hoc captioſæ recte dicuntur: niſi forte verbum, *Captioſus* laxius hic uſurpetur: nam & Theophil. reddidit *ἐπιζημίους*, quod ſignificat, *damnoſas*. Porro quod *in princip §.* vocat ſtipulationes ex Pegaſiano deſcendente, intelligit quoad hanc tractationem, in quam cum eas receperit & probarit Pegaſianum, hactenus quaſi deſcendiſſe ex eo videntur: Cæteroquin ex antiquiori jure eas à Senatuſconſulto Pegaſiano acceptas, & hæc tranſlatas antedicta oſtendunt.

Omnibus Nobis ſuggeſtis.] Ita Juſtin. loqui ſolet, vel imo Tribonianus quaſi ipſe Imp. cauſa cognita accurate, LL. tulerit: ſed id paucis perſuadet: nec certe mihi.

Quod poſtea ſupervenit.] Atquin cum poſteriores LL. & conſtitutiones ſint potiores, Pegaſiani quoque SCti potior habenda ratio, & potius Trebell. explodendum videbatur. Hic perbelle & ſuaviter nugatur cum aliis Porcius: & 1. hanc proponit rationem, quod magis dilexerit Trebellianum ſcilicet, qui 400. & amplius ante annis mortuus erat. Adquieſcit autem ipſe in hac ratione, quod Trebellianum SCtum in nullo peccaverit, ſed peccaverit Pegaſianum, dum admiſit illas ſtipulationes. Ego: Ratio mihi manifeſta videtur: quod cum Juſtin. omnino voluerit aut in ſolidum, aut pro rata transferri actiones, & vero ex SCto Trebell. eſſet actionum tranſlatio, merito, cum ita ex Trebelliano eſſet principale, non magni momenti cætera huic adjecit.

Pro rata portione.] Objicit poſt alios Weſembec. ita hæredem non habiturum quartam liberam, ſi pro ea teneatur reſpondere creditoribus. Neſcio & non capio quid reſpondeat; mihi videtur inſubtilis objectio. Hæreditas non tantum reſtitui dicitur actuali præſtatione, ſed etiam verbis *l facta. 37. in pr. ad Trebell.* & tūc protinus fit diviſio. Cæterum cum hæres dicitur teneri pro rata, intelligitur quarta commixta cum ære alieno. Quarta quidem dicitur computari deducto ære alieno, ſed ſcilicet ut ſubducatur ratione inita quantum æris alieni, & quantum eo deducto in bonis ſit: non autem facta & ſtatim pro reſt actu omne ſolvi æs alienū. Fingamus defunctū reliquiſſe DCCC. ex his CCCC. eſſe æris alieni utcunque jam tum creditores non agant, nec iis ſolvi poſſit, quod forte abſentes ſint, tamen deducitur æs alienum, ut ſciatur quid in bonis ſuperſit, & ſcinduntur nihilominus actiones, & ſi tantum parata pecuniæ, vel in aliis bonis adſit; ut conficiantur præſentia iſta DCCC. fideicommiſſario dabuntur DC. & reliqua ducenta retinebit hæres: ita perinde erit, an habeat iſta ducenta una cum ære alieno, & ejus ſcilicet quartæ

partem

partem habeat centum tantum libera ab ære alieno. Sed ratio juris facit, ut pro rata reſpondere creditoribus hæreditariis teneatur: quem enim alias illi conveniant?

Vel repetere ſolutum.] Pertinet hoc ad tract. de condictione indebiti, & proinde præſupponendi ſunt termini habiles quod nec à ſciente ſolutũ fuerit, nec per ignorantiam juris *l. error. 9. C. ad L. Falcid.* Et difficilius his repetitio datur, quod credi poteſt hæredes, non per errorem, ſed ut pleniorem fidẽ defuncto præſtarent, totum reſtituiſſe, *l. ſi hæres 68 §. 1. ad Trebell.* ſe utique aud etur. ſi allegeterrorem *d. §.* & apertius *l. hæres. 21. eod.* Illud cuivis perſpicuum eſt quod nimis operoſe monet Hotto. verba *ſeqq. quaſi ex Trebell.* non eſſe referenda ad iſtud quod de repetitione præcedit: nec enim ex Trebelliano poteſt repetitioni locus eſſe: ſed pertinere ad id quod protinus ſequitur, actiones competere in fideicommiſſarium, perinde ac ſi ex Trebelliano, ratione ſc. l. verborum Trebelliani & ſententiæ Senatus, hæreditas eſſet reſtituta: quoniam caſib plerisq; quos præmiſit Juſtin. non tranſibant actiones, ſed hodie tranſeunt, perinde ac ſi de his caſibus ipſum Trebellianum diſpoſuiſſet.

De appellatione quartæ iſtius colophonis loco aliquid addendum eſt: vocatur à Doctorib. Trebellianica: ſed inſubtiliter: & majori ratione appellaretur Pegaſiana; quoniam Pegaſiano SCto factum eſt, ut liceret detrahere quartam. à Trebelliano autem tantum eſt actionum translatio, ſed enim nego adduci poſſe ullum textũ, quo quarta iſta, quam deducit hæres gravatus, appelletur Pegaſiana, ſed perpetuo aut vocatur ſimpliciter quarta, aut appellatur Falcidia; quemadmodo *in l. 1. & in l. ſi ut 11. C. ad L. Falcid. l. lex 47. §. 1. D. eod. l. 2. §. ult. de jur. codicill.* & paſſim alibi. Et aperta ſolidaq; hujus rei ratio eſt, quam ſuppeditat ipſe Juſtin. *in §. ſed quia 5. in pr. ſup. h. t.* quod Pegaſiano SCto nõ nova quarta introducta eſt, ſed per SCtum Pegaſianum lex Falcidia ad fideicõmiſſa univerſalia producta: Unde Up *tit. de fideicom. 26. §. Is qui 12.* ubi agit de fideicommiſſo univerſali & hærede gravato: *Lege Falcidia, inquit, locum non habente:* & mox *Lege autem Falcidia interveniente.* Et adeo nec poſtquam Juſtinianus Pegaſianum SCtum in Trebellianum tranſfudit, ſta quarta dici poteſt Trebellianica: quoniam, ut dixi, à Pegaſiano SCto quarta nova non eſt. Nec eſt, quod quis iſtam nudam eſſe putet ſubtilitatem. Ego enim hinc defendo, poſitis terminis habilibus & in dubio, ubi jure differentia non eſt conſtituta inter quartam, quam hæres ex relictis particularibus, & fideicommiſſo univerſali detrahit, quidquid de Falcidia diſponitur, ad eam quartam quoque pertinere, quia detrahẽda eſt ex fideicommiſſo univerſali. Atqui hinc ego intrepide defendo; cum ſimpliciter diſpoſitum ſit, quod hæres non conficiens inventarium, non poſſit detrahere Falcidiã: Item, quod Falcidiæ detractio poſſit prohiberi: idem hoc obtinere etiam in quarta, quam detrahit alias hæres ex univerſali fideicommiſſo. Adeo ſi hoc animadvertiſſent Dd. & quod etiã appellatione Falcidiæ, proprie quarta, quam ipſi Trebellianicam vocant, contineatur, non tot inanes & jejunas quæſtiones moviſſent: nec in duabus illis quas modo attigi in quæſtionibus, ita in partes contrarias iviſſent, ut utra ſententia ſit communior, diſcerni vix poſſit.

TEXTUS.

Nihil autem intereſt, utrum aliquis ex aſſe hæres inſtitutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte reſtituere rogatur? an ex parte hæres inſtitutus, aut totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem præcipimus obſervari, quæ in totius hæreditatis reſtitutione diximus.

COMMENTARIUS.

NIMIS quam perſpicuus hic locus eſt: & jam ſupra monuit *in §. 2. poſſe* hæredem rogari etiam de parte reſtituenda: Quod autem eſt *in verſ. an ex parte.* hoc nititur vulgata illa juris regula: Quod juris eſt in toto quoad totum, idem juris eſt in parte quoad partem. Hæreditas enim rum, ut audivimus *ſup. de hæredib. inſt. in §. 7.* habet locum totius, de cujus partibus ſibi nominatis, non de ſingularibus rebus hic agatur, utroq; caſu ſeſſio actionum fiet, & qui recuſat adire hæreditatem, juſſu prætoris id facere compellitur.

TEXTUS.

Si quis una aliqua re deducta ſive præcepta quæ quartam continet, (veluti fundo vel alia re) hæreditatem ſit rogatus reſtituere, ſimili modo fiat ex Trebelliano reſtitutio: perinde ac ſi quarta parte retenta, rogatus eſſet reſtituere reliquam hæreditatem.

tem.

rem. Sed illud intereſt, quod caſu altero, id eſt, cū deducta ſive præcepta aliqua re, reſtituitur hæreditas in ſolidum ex Senatuſconſulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud hæredem, ſine ullo onere hæreditario remanet apud eum, quaſi ex legato ei adquiſita; altero vero caſu, id eſt, cum quarta parte retenta rogatus eſt hæres reſtituere hæreditatem, & reſtituit, ſcinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur in fideicommiſſarium, pro quadrante remanent apud hæredem. Quin etiam licet una re aliqua deducta, aut præcepta rogatus ſit aliquis reſtituere hæreditatem, in qua maxima pars hæreditatis, contineatur, æque in ſolidum actiones transferuntur. Et ſecum deliberare debet is, cum reſtituitur hæreditas, an expediat ſibi reſtitui. Eadem ſcilicet interveniūt, & ſi duabus pluribusve deductis præceptisve rebus hæreditatē reſtituere rogatus ſit. Sed etſi certa ſumma deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partē hæreditatis continet, hæreditatem reſtituere aliquis rogatus ſit, idem juris eſt. Quæ autem diximus de eo, qui ex aſſe inſtitutus eſt, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres ſcriptus eſt.

COMMENTARIUS.

Diximus *ſupr. ad §. hæreditas 7. de hær inſt.* Eum, qui in re ſingulari ſolus inſtitutus eſt, detracta mentione rei certæ, totum & in ſolidum eſſe hæredem; ſin habeat cohæredem, eſſe pro legatario. Iſtud non inepte huc accommodabimus: ſiquidē fideicōmiſſarius, cui ex re certa ſcriptus rogatus eſt reſtituere, & inſtar cohæredis, ubi ex fideicommiſſo accepit hæreditatem. Quod ſi enim hæres ſcriptus adierit & cui reſtituere juſſus eſt, repudiat hęreditatem, procul dubio ille ſolus & in ſolidū hæres manebit, ſed ubi hic accepit fideicōmiſſum, jā cum cohæredis inſtar videatur eſſe, hæres ſcriptus ſubit locum legatarii: idq; totum eſt, quod prolixe hoc §. exēplo rei, & ejus licet maximæ, exemplo ſummæ & quantitatis, & exemplo plurium rerum, illuſtratur: *l. ſi legatus. 30. §. multum 3. ad Trebell.* Nihil ſupereſt ad hunc locum, niſi ut verba quædam textus percurramus.

Deducta ſive præcepta una re.] Deductio, quę conſiſtit in jure, vel parte juris facit, ut actiones pro parte maneāt penes gravatū, veluti ſi deducta quota, & aliqua parte hæreditatis juſſus ſit reſtituere hęreditatem *§§. præcedd. 6. & 7.* ſecus in deductione, quæ eſt in re ſingulari, ex ratione jam dicta.

Ex SCto Trebell. reſtitutio fit] *l. 1. §. ſi hæres 6. ad Trebell.* Olim ſi hæres ex voluntate teſtatoris quartam vel amplius habebat, reſtitutio fiebat ex Trebelliano, id eſt, transferebantur pro parte actiones: hæc enim eſt certa & perpetua jure noſtro hujus verbi ſignificatio & phraſis, *transferri vel reſtitui ex Trebellian. hæreditatem.* Si mirus quarta habuiſſet hæres, cur poſt Pegaſianum non tranſierint actiones, diximus *ad §. ergo. 6. h. t.* Hodie omnimodo pro parte tranſeunt actiones, quæ transfertur *§. ſed quia 7.* utroq; autem jure veteri & novo in caſu hujus §. reſtitutio fit ex Trebelliano, & in ſolidū translatio actionum, licet hęres rem retineat: quoniam legatarii inſtar eſt. Sed quomodo transferet actiones, qui eas non habet, utiq; enim legatarius actiones hæreditarias non habet? An dicimus eas transferri ſimplici poteſtate SCti? Sed ita poſſent eſſe directæ, ſi nullæ umquam fuiſſent penes hæredem ſcriptum. An potius, hæredem ſcriptum & in hoc caſu ipſo jure eſſe hæredem, & adquirere actiones? quid enim ſi fideicommiſſarius repudiet fideicommiſſum? utique tum ſolus ille hæres manebit: ſed eo ipſo dum alter ſuſcipit reſtitutam ſibi hæreditatem, jam degenerare in legatarium, & actiones in alterius perſona quaſi evaneſcere: quod ſane ſingulare & notabile eſt.

Perinde ac ſi quarta.] Comparatio in hoc eſt, quod actiones ex Trebelliano tranſeunt: cæteroquin magna eſt differentia: quæ & ſtatim ſubjicitur.

In qua maxima pars.] Valor enim rei non mutat rationem juris: & nihilominus eſt res ſingularis. At videbantur hic ſaltem interponi debere ſtipulationes partis & pro parte; quibus locus eſt, ubi omnes actiones manent apud hæredem, & fideicommiſſarius eſt loco legatarii *ſed quia 5. h. t.* Cur igitur non hic, ubi actiones tranſeunt omnes, & hæres eſt loco legatarii? Sed differentiæ ratio pendet à ſubtili ratione juris, quod illo caſu hæreditas reſtitui juſſa eſt, & ſubtilis ratio ſaltem ju-

ris ob-

[illegible] obſtat, quo minus tranſeant actiones: cum tamen effectu hæres ſit; effectu quoque ipſo per conſequentiam eo res reducitur, ac ſi actionibus hæreditariis teneretur: hic autem tantum res ſingulares penes hæredem manent: quæ facit, ut nullo modo amplius habeat locum hæc ratio. Eoque penitus falſum eſt, quod hic ſcribit Mynſing. ultra id quod excedit teneri hæredem creditoribus hæreditariis. Etenim diſerte hic dicitur eſſe pro legatario. Et imputet ſibi fideicommiſſarius, qui accepit fideicommiſſum. Sed ſi forte hic non ſit ſolvendo, cognitio erit magiſtratus, an manus debeant porrigi in hæredem: quod vix puto, cum creditores habeant alia remedia, & præcipue, ut petant ſeparationem bonorum, ſi putent hæredem non eſſe ſolvendo. Magis autem falſum eſt, quod ait fideicommiſſarium non teneri ultra id quod accepit: cur enim alias diceretur deliberare cum debere, an expediat accipere hæreditatem? Peſſime etiam ibidem confundit rem hæreditariam cum quota & parte hæreditatis.

Et ſecum deliberare.] Vel maxime, quia in effectu ſolus hæres eſt, altero tantum legatarii vices fungente. Cæterum etiam tum deliberatio utilis & neceſſaria eſt, ſi tantum pro dodrante tranſeant actiones, ſed & tum magis, ubi ex ratione juris manentibus licet actionibus omnibus penes hæredem ſtipulationes emptæ & venditæ hæreditatis interponebantur, juxta ſupradicta.

Si duabus pluribusve.] Quia ſunt res ſingulares: & ſemper eadem manet ratio juris.

Etſi certa ſumma.] Nec enim hæc nomen juris, ſed pro re ſingulari eſt.

Eadem ad eum qui ex parte.] Juxta terminos præmiſſos: veluti ſi Titius ex ſemiſſe inſtitutus, & idem deducto fundo hæreditatem reſtituere juſſus ſit: tranſibunt enim pro ſemiſſe actiones. Hæc tamen comparatio non ſimpliciter accipienda eſt. Nã priori caſu ubi unus ſolus eſt hæres ſcriptus & reſtituere rogatur, nihil intereſt, an ſit ſcriptus hæres ſimpliciter & deducto fundo reſtituere hæreditatem juſſus, an ſit ſcriptus ex fundo & reſtituere juſſus. Hoc autem caſu idem quidem erit, ſi ſcriptus ſit ſimpliciter aut ex ſemiſſe hæres, & deducto fundo juſſus reſtituere. Verum ſi ſcriptus ſit ex fundo, & eum reſtituere juſſus, ratio juris magis facit, ut ſit tantum particulare fideicommiſſum, (quia ex ratione juris hic tantum legatarius eſt), & cohæres habeat integram hæreditatem: Sed & priori caſu, ſi quis ſolus ſit ex fundo ſcriptus & eum reſtituere juſſus, erit quæſtio voluntatis, an teſtator voluerit integram hæreditatem reſtitui, an tantum fundum, reliquo penes hæredem ſcriptum manente: quippe cum ex ratione juris detrahatur inſtitutioni mentio fundi quæ an etiam detrahatur in fideicommiſſo, amplius quærendum eſt.

TEXTUS.

Præterea inteſtatus quoque moriturus, poteſt rogare eum ad quem bona ſua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem ſuam totam, ejuſque partem, aut rem aliquam, veluti fundum, pecuniam, hominem, alicui reſtituat: cum alioqui legata niſi ex teſtamento non valeant.

COMMENTARIUS.

HOc jam diximus ſup. *ad* § 2. non tantum teſtamento, aut codicillis teſtamento confirmatis poſſe relinqui fideicommiſſum: ſalva ſemper portione debita ſive aliis hæredibus, ſive liberis & parentibus, de cujus auctione ex N. 18. diximus *ſup. ad tit. de inoff. teſt.*

Legitimo vel honorario.] Hæreditas ab inteſtato, à cauſa proxima plerumq; in ſpecie legitima dicitur: & quidem ut legitima ſignificet eam quæ defertur jure civili: cui ſolet opponi prætorium (ut & hic): ex quo multi ſunt ordines ſuccedentium ab inteſtato, de quibus agitur lib. 38. Digeſtorum, & *inf. lib. 3. tit.* 10.

Eum ad quem pertinere intelligit.] Poteſt & nominatim quem ſcit ſibi ab inteſtato heredem futurum gravare, & indefinite quoq; eum eoſve qui ſibi ab inteſtato ſucceſſuri ſunt. *l. ſi quis. 3. in pr. de jur. codic.* Et de utroque jure prætorio & civili probat textus, *in l. 1. §. hoc autem 5. & § bonorum 7. l. recuſare 6. §. 1. ad SC. Trebell. Vlp. tit.* 25. §. 4. Ratio dub. quod cui nihil do, eum nec gravare poſſum: ſed reſponſio facilis eſt, hoc ipſo ſatis eum dare videri, dum, quod facere poterat, non adimit, quod & diſerte reſpondit Ulp. *l. 1. §. ſciendum 6. d. leg.* 3. cum & illos hæredes inſtitutos gravare potuiſſet, eoque neceſſe eſt, ut qui gravat ſucceſſuros ab inteſtato, teſtamentum facere poſſit, ut *Vlp. d. tit.* 25. ait; & certi juris eſt, eum qui teſtari nequit, eum nec codicillos ab inteſtato facere poſſe. *l. Divi 6. §. pen. de jur. cod.* & in hanc ſententiam elegater ICtus *in l. conficiuntur 8. §. 1. eod. tit.* ideo fideicommiſſa dari poſſe ab inteſtato ſuc-

quinque, vel nemo penitus teſtis intervenerit: tunc ſive pater hæredis, ſive alius quicunque ſit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo reſtitui aliquid voluerit, ſi perfidia hæres tentus adimplere fidem recuſat, negando rem ita eſſe ſubſecutam, ſi fideicommiſſarius juſjurandum ei detulerit, cum prius ipſe de calumnia juraverit, habere eum neceſſe vel juſjurandū ſubire, quod nihil tale à teſtatore audiverit, vel recuſantem ad fideicommiſſi vel univerſalis vel ſpecialis coarctari ſolutionem, ne depereat ultima volūtas cōmiſſa fidei hæredis. Eadē cenſuimus obſervari, etſi à fideicommiſſario vel legatario aliquid ſimiliter relictū ſit. Quod ſi is à quo relictum dicitur, poſtquam negaverit, cōfiteatur quidem à ſe relictum aliquid eſſe, ſed ad legis ſubtilitatem recurrat, omnino ſolvere cogendus eſt.

COMMENTARIUS.

Diximus ad pr tit. eum Juſtin. hanc fuiſſe originem fideicommiſſorum, ut à ſola fide hæredis penderent, quæ poſtea Auguſtus ad neceſſitatē juris retraxit, ut hic ſcribit Juſtin: Eo argumento hic Juſtin. an. is conſtituit, ut ſuſtineatur fideicommiſſum deſtitutum ordinariis probationibus, & ex fide ſola religioneque hæredis ſine ſcriptura & teſtibus conſiſtat. Equidem jam olim ſufficiebat, quacunque ratione & nuda ſcriptura fideicommiſſum probari *l. miles 75. de legat. 2. l. & in 22. C de fideicom.* Sed ut hæredi extra ullam aliam probationem jusjurandum deferri poſſit, admiſſum non exiſtimo: quinimo & poſtea fideicōmiſſa relinquendi quavis ratione licētia, videtur magis fuiſſe coarctata, poſtquam in ultima quacunque voluntate, etiam codicillis, minimum, quinq; teſtes placuit eſſe neceſſarios *l. ult. C de codicillis*, quæ conſtitutio mihi per diſpoſitionem hanc Juſtin. convelli penitiſſime videtur: ut ſcil. poſſit aliquis nec ſcriptura ulla, & neque teſte quidem ullo producto, contendere, ſibi ab hærede vel legatario aliquid eſſe relictum, etſi etiam de fideicommiſſo univerſali agatur, & adigere eum quem dicit eſſe gravatum, ut aut ſolvat, aut ſe debere juratus neget. Convellitur & illud certiſſimum juris axioma, quod quæ ſunt relicta imperfecta ultima voluntate, aliqua præſtandi neceſſitate hæredem non obſtringant, licet à ſciente ſoluta repeti non poſſint, quod & de fideicommiſſis eſt reſcriptū diſerte in *l 2. & leg ſi veritas 23. Cod. de fideicomm facit l. extra 29. de teſtam: mil. l ex teſtamento 29. C. de fideicomm.* Tum porro Juſtinian. exæquaverit legata fideicommiſſis, ita ut quidquid legatis deeſt, ex fideicommiſſis ſuppleri voluerit, erit hujus §. & *l. ult. C. de fideicomm.* ſententiæ locus, ſi teſtator, ſine ullis teſtibus & ſcriptura, dixerit ad hæredem, ſe legare Titio centum, quæ ſane fœdam inducunt abuſionem & confuſionem & perverſionem tam ſolemniter conſtituti juris. Exiſtimo, Interpp. cum hæc abſurda animadverterent, in f. §. poſt verba *quod ſi is à quo relictum dicitur.* limitationis vice adjeciſſe, id procedere, *poſtquam hæres vel legatarius negaverit.* unde verba *poſtquam negaverit* poſtea in contextum irrepſerint, quæ in veteribus libris deeſſe *Hottom. Contius, Ruſſard & Cui.* notāt. & ea quoque Theoph. non agnoſcit: & in aliquibus libris ea deeſſe teſtatur *Ioh. Faber.* nec in *l. ult. C. de fideicom.* ex qua hic §. deſumptus eſt, ullum eorum exſtat veſtigium, ſed Juſtinianus ſolum urget volūtatem defuncti, cui parere vult gravatum, licet de ea nullis legitimis probationibus conſtet. Et vero ſi hæres initio fatetur à ſe aliquid relictum, & fidei ſuæ commiſſum citra & teſtes & legitimam ſcripturam, non teneretur ex conſtitutione Juſtiniani ſolvere quod relictum eſt, ſtolide uti negaret, uſq; dū ſibi juramentum deferretur & ſi delato juramento nolens illud ſubire & quaſi coactus confiteri, & pro confeſſo habitus cogitur ſolvere, ut eſt *h. §. & d. l. ult.* nec recurritur ad alienam fidem: quomodo recurritur, ubi eſt confeſſus ſponte? Itaque vere ait Juſtinian. in pr. §. quod ſuperaverit Auguſtum tam abſurdam rem diſponere nunquam venit in mentem: ſed cum fideicommiſſa olim ut maxime probata legitime, nullam tamen juris neceſſitatem haberent, cenſuit interponendam autoritatem ſuam. Neque variæ explicationes Dd. ad hunc locum, ut effugiant iſtas abſurditates, mihi ſapiunt. Alii diſtinguunt an teſtator fidem hæredis ſolam elegerit, ſuper fideicommiſſo, ut tum hæres fatens, a ſe relictum, fideicommiſſum præſtare teneatur: an imperfecta voluntate aliquid reliqueerit, non nominatim appellata fide hæredis, ut tum non teneatur hæres niſi in pœnam mendacii: vel brevius an quis in teſtamento aut codicillis imperfectis aliquid reliquerit, ut tum hæres poſſit

impu-

impugnare voluntatem & negare ſe teneri, quo referunt *d. l. 23. C. de fideic.* an eum teſtamentum vel codicillos rite quis feciſſet, extra eos fide hæredis quid commiſerit, ut tum procedat hic §. quem communem eſſe Dd. intellectum refert Fab. hic. ubi tamen allegat Joan. contra ſententiam. Et ipſe contra eam partem, quod ſi teſtamento vel alia voluntate non ſolenni aliquid relictum ſit, poſſit hæres negare ſe teneri ob defectum ſolemnitatis, licet fateatur relictum eſſe, diſputat hoc modo quod etiam teſtamenta & codicilli poſſint fieri nuncupative: & quod ratio *d. l. ult. C. de fideic.* & hujus §. ad iſtum quoque caſum porrigatur; & maxime ſi ponatur qui non eſt ſucceſſurus ab inteſtato, rogatus qui allegando imperfectionem hoc ipſo ſe repelleret. Item quod ſi hæres poſſet fatendo relictum & allegando imperfectionem, adigere fideicommiſſarium ad probandam voluntatẽ, remedium iſtius futurum eſſet inutile. Ipſe tandem eo delabitur, ut referat hunc textum ad caſum rei negantis in judicio; quod tum fideicommiſſarius poſſit aut offerre juramentum, aut probare relictum. Verum ita hæres cui conſtat de imperfectione, ſemper eam allegabit, & fatebitur relictum. Cogita. Plane ſi ſit hæres qui alias ab inteſtato ſuccederet, locus eſt etiam quæſtioni in terminis imperfectæ voluntatis ut in *l. 23 C. de fideicomm.* Sed ſi ſit extraneus, qui non niſi ex teſtamento venire poteſt, neceſſario ponendum erit, eum ſeorſim extra teſtamentum rogatum eſſe. Textus autem noſter de quocunque hærede loquitur, & hoc ſolum agit ne pereat ultima voluntas. Res extricari vix poteſt, ſed confugiendum eſt ad ſocordiã Triboniani arguendam. Et aliàs juxta hunc text. eo deveniemus, ut etiã non legitimo teſtamento ſcriptus hæres poſſit obtinere contra legitimum, propter ſolam voluntatem defuncti, itaque omnia jura teſtamentorum confunderentur. Weſemb. hic ingenue agnoſcit id eſſe jus novum & ideo fruſtra objici *l. 23 & 29. C. de fideicomm.* At enim quantæ ſocordiæ fuerit, textus correctos ſub eodem tit. referre. Prorſus Juſtin. loquitur de quavis ultima voluntate, & ejus favorem allegat, & quod fidem hæredis elegerit defunctus: & quod fide ſua hoc receperit hæres, & quod hæres delato juramento ipſe quaſi fiat judex. Quibus rationibus ſi locum damus, omnia, ſolemnia juris ut dixi, convellentur. Plane autem abſurde Weſem. ita diſputat: & quod ſicut alibi licet deferre juramentum, ut non audiatur reus provocans ad ordinem judiciorum, & quod actor probare debeat, ita nec hic debeat audiri reus, ſi provocet ad ſolemnitatem. Ceterum ita, ut rurſus repetam, omnia convellentur jura de ſolemnitate ultimarum voluntatum. Et procedit illud in his, quæ rite acta & geſta ſunt: quid enim ſi reus dicat, nudum pactum eſſe licet actor deferat juramentum, tamen nec jurare nec ſolvere cogetur hæres. Ita hic diſpoſitum eſt, inutiles eſſe voluntates ſine certis ſolemnibus. Itaque oportet eſſe prius juſtam actionem, ut juramenti delationi ſit locus, quæ hic deficit. Alii requirunt, ut hæres nominatim promiſerit defuncto, ſe fideicommiſſum præſtaturum. Alii ut Porcius, fingunt, teſtatorem ſolemni voluntate inſtituiſſe heredem, & poſt eum de eo confideret, voluntate non ſolemni ipſum fideicommiſſo gravaſſe. Omnia hæc, & ſi quæ ſunt alia ejus generis, aliena ſunt à mente Juſtiniani, aut Triboniani potius, qui ſecurus juris veteris conſtitutionum quidquid ſibi in mentem venit, ſive in buccam, conſtituit. Valde tamen placet, ut hujuſmodi limitationes & reſtrictiones admittantur potius quam abſurda adeo ſententia recipiatur.

Ideo D. Auguſtus.] Non ſatis iſta ratio concludit: quia pendebant à fide hæredum, ideo ea Auguſtus neceſſario præſtanda voluit: & aliis eum rationibus fuiſſe motum ad pr. diximus, nec omnino indiſtincte quævis fideicommiſſa eum præſtari voluiſſe apparet.

Eum ſuperare contendentes.] Quam bene id contenderit, ex prædictis apparet.

Qui in fideicommiſſi legitimus.] Ex conſtitutionibus poſterioribus *l. ult. C. de codicill.* ante enim ſatis fuiſſe videtur, ut conſtiterit de voluntate defuncti. Et tamen etiam ſub Diocletiano ſolemnitatẽ fuiſſe neceſſarium probari videtur ex *l. ſi veritas 23. C. de fideicomm.* niſi quis referre id velit ad ea quæ teſtamento non ſolenni relicta ſunt, arg. *l. ex teſtamento 29 C. eod.*

Cum prius de calumnia juraverit.] Hoc generale eſt, ut quiſquis juramentum deciſorium alicui defert, prius de calumnia eum jurare oporteat. *l. inter. 34. §. qui 4. de jurejur.*

Neceſſe eum habere.] Sed an non poterit jusjurandum referre? arg. *l. manifeſta 38. de jurejur.* ſed iſtud procedit in iis, quæ uterque litigantium pariter ſcire poteſt: hic autem actor arguit id fidei heredis commiſſum eſſe, in cujuſmodi terminis relationi locus non eſt, arg. *l. Marcellus 11. cum l. ſeq. Rer. amot.* & notant *Mynſ. & WWeſemb. hic.*

Ad legis

Ad legis ſubtilitatem.] Quod ſcil. non valeat ultima voluntas ſine juſta ſolemnitate & probatione: ut explicant omnes.

AD TITULUM XXIV. LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE SINGULIS REBUS PER FIDEIcommiſſum relictis.

TEXTUS

Poteſt tamen quis etiam res ſingulas per fideicommiſſum relinquere: veluti fundũ, argentum, veſtem, hominem, & pecuniam numeratam: & vel ipſum heredem rogare ut alicui reſtituat, vel legatarium, quamvis à legatario legari non poſſit.

COMMENTARIUS.

DIximus de fideicommiſſis univerſalibus: ſequuntur particularia, quæ præſertim poſt exæquationem Iuſtinianeam omnia fere cum legatis habent communia. Sed an hodieque hæc etiam differentia ſupereſt, quod à legatario legari nõ poſſit, ut *in fin. h. text.* habetur, olim non potuiſſe conſtat: & teſtis eſt *Caius lib. 2 tit 7. de fideicomm* §. 3. Rationem duplicem adfert Hottom. 1. quod legatum ſit pura donatio. Hæc vero inepta eſt. Aut enim dicitur pura ratione ejus cui relinquitur & legatum eſt, & ita hoc ſenſu ſtante hac ratione, nec fideicommitti à legatario poſſet, aut ratione ſecundi, cui res reſtituenda eſt: & utique tum manet pura donatio non minus quam ſi fideicommiſſum eſſet, ſed enim cui aliquid datur is quoque gravari poteſt: quod cur per fideicommiſſum, ſed non per legatum fieri olim potuerit; quærimus. 2. Quia ſine cauſa in duorum perſona diffunderet, quod in unius nempe perſona heredis ſtatuere poſſet. Hæc quoque ratio nulla eſt, quoniam & quod per fideicommiſſum à legatario relinquit, recte ab hærede relinquere potuiſſet Et permiſſa hac in re eſt libera diſponendi facultas teſtatori, qui forte voluit alium hoc beneficium à legatario accipere. Rectior ratio eſt quam reddit Weſembec. quod legata verbis Legis & imperativis relinquantur *Ulp tit. 24. de legat. in pr.* quod tantum in hæredem univerſi juris ſucceſſorem, & qui repræſentat defunctum, licet. Sed an hodie eadem differentia durat? Videatur ita eſſe, quia Iuſtin. non ait, *poterat* aut *poſſet*, ſed poſſit, qua in re Weſemb. ſocordiam Triboniani notat, qui immemor novationis, hoc ita ex libro veteris JCti deſcripſerit. Et eſt communiſſima Interpp. ſententia, hanc differentiam hodie ſublatam eſſe. Et hoc tamen declaratione opus habet. Et formulam legandi per præceptionem non habere hic locum conſtat. Idem dixero de formula legandi per vindicationẽ. Quod ſi enim teſtator legaverit Titio fundum Cajo & dicat, Cajo eundem fundum lego, aut conjunctio erit aut ademptio, juxta not. ſup. ad tit. *de adempt legat.* Reliquis duobus modis locum eſſe admitto: veluti ſi teſtator cum legaſſet fundum Titio, dixit, Damnas eſto Titius, eum fundum, vel etiam quid aliud, dare Sejo: non dubitari hodie poteſt, quin utilis ſit diſpoſitio; cum alias legata hæc damnationis, non pauca cum fideicommiſſis habeant ſimilia.

TEXTUS.

Poteſt autem non ſolum proprias res teſtator per fideicommiſſum relinquere, ſed & hæredis, aut legatarij, aut fideicõmiſſarij, aut cujuslibet alterius. Itaq; & legatarius & fideicommiſſarius non ſolum de ea re rogari poteſt, ut eam alicui reſtituat, quæ ei relicta ſit, ſed etiam de alia, ſive ipſius ſive aliena ſit. Hoc obſervandum eſt ſolũ, ne plus rogetur quiſquam alicui reſtituere, quam ipſe ex teſtamento acceperit: nã quod amplius eſt, inutiliter relinquitur. Cum autem per fideicommiſſum res aliena relinquitur, neceſſe eſt ei qui rogatus eſt, aut redimere ipſam & præſtare, aut æſtimationem ejus ſolvere.

COMMENTARIUS.

IDquoque jam olim fideicommiſſa habuerunt communia cum legatis, ut in illa veniret res propria teſtatoris, ipſius gravati, & aliena quoque, quæ alicujus tertij eſſet, de quibus membris ſingulis *ad §. 4 ſup de legat.* dictum eſt. Sed quod omnino obſervandum, non omnimodo idem juris hic eſt in fideicommiſſis quod in legatis. Et diximus ſupra, ita demũ rei alienæ legatum valere, ſi teſtator eam alienam eſſe ſciat, ſecus eſſe puto in fideicommiſſo.

Digitized by Google

hactenus, ut licet res per fideicommiſſum relicta ſit ipſius legatarij, vel heredis, (quos ſcil. teſtator gravavit) cum teſtator eam putaret eſſe alienam, valeat fideicommiſſum. Et hoc probatur 1. ex ceſſantibus rationibus ex quibus ſi teſtator neſciat rem eſſe alienam, legatum valere negatur, de quibus *in §. 4. sup. de legat.* dictum eſt 2. ex *l. unum 67. § ſi rem 8. de legat.* 2. juxta quam legatum rei valet, quam teſtator putabat alterius eſſe, cum tamen eſſet heredis. Adeoque apparet tum demum legatum aut relictum non ſubſiſtere, ſi teſtator putavit rem eſſe ſuam. Hactenus autem idem erit ſi teſtator ab hærede per fideicommiſſum: eliquerit rem quam putabat alienam, cum eſſet ſua ipſius, ut nimirum fideicommiſſum non valeat hoc caſu. Amplius diximus jam citato loco, legatario rem propriam non poſſe legari. An idem in fideicommiſſo? Non puto. Et ſi teſtator rogaverit hæredem vel legatarium, ut Titio præſter fundum certum puto valere fideicommiſſum, utcunque tempore teſtamenti fundus ille ſit Titij, modo non ſit eo tempore quo de præſtando fideicommiſſo quæritur: neq; enim in fideicommiſſis juris ſubtilitas ſpectatur, neq; illa ceduntà morte teſtatoris, nec ad ea pertinet regula Catoniana. Neque huc produxerim exæquationem fideicommiſſorum. Hoc enim ſubſtantiale manet, ut non recta tranſeant ſed per aliorum manus capiantur: ubi ſcil: non agitur de re teſtatoris. Nam hoc caſu & pro hac etiam per fideicommiſſum relicta, non dubitem hodie competere quoq; actionem in rem, & mortuo fideicommiſſario ante præſtitum fideicommiſſum, etiam ante hæreditatem aditam petitionem tranſmitti in hæredem.

Hoc ſolum obſervandum.] Hæc ſententia naturalem & nimis quam habet apertam rationem. Conceſſum eſt morituris, ut legem quam velint rebus ſuis dicant: ſed ut alios quibus nihil de ſuis dederunt, vel ultra quam dederunt, liceat onerare, & ita de alieno diſponere, id fuerit nimis abſurdum. Et tradita eſt regula hæc præter iſtum textum *in l. fidusf. 114. § apud 3. in fin. de legat. 1 l 1. § ſciendum 6. de legat. 3. l. 1. § ſi is qui 17 in fin ad SC. Trebell.* Interpp. non unam hic notant exceptionem, ſed ſi quis ſubtilius paulo eas conſideret, nũ exceptiones illæ, ſed declarationes ſunt regulæ. Et aliquas earum attingemus. Una eſt ſi centum legatis, reſtituere juſſus ſit ducenta poſt tempus: valet hic fideicommiſſum, ratione uſurarum, ſi tantum intermedio tẽpore hæ effecerint *l. Imp. 70. §. 1 de legat.* 2. quia quod ultra legatum eſt in commodo temporis iſtius continetur. Secunda, ſi teſtator legatis centum, roget ut legatarius alij reſtituat fundum ſuum, qui forte pluris eſt, accepto legato obſtringitur fideicommiſſo legatarius ex ſpeciali ratione, quod accepto legato tanti fundum ſuum æſtimaſſe cenſetur *d. l. 70. §. 1. in fin.* Tertia: ſi legato fundo, juſſerit teſtator ut legatarius centum, (quanti non valet fundus) vel fundum & centum poſt tempus reſtitueret: valet legatum, ſi interim tantum ex fructibus fundi legatarius conſequi potuerit *d. l. 114. § 3. de legat. 1.* Quarta, quæ habet eandem rationem cum ſecunda. Si duabus rebus alternative legatis & ea quæ precioſior eſt, reſtituere juſſa, legatarius eligat deteriorem, tenetur ut præſtet precioſiorem, quam eligere poterat, quoniam eligendo alteram, pluris eam æſtimaſſe cenſetur *l. planè 94 § ſi qui de legat. 1.* Quinta eſt, quam ponit Faber, ſi quis cum legaſſet alicui centum modios frumenti juſſerit poſt aliquot annos alteri reſtituere plures: nam incerta æſtimatio frumenti utile & hoc fideicommiſſum facit. Ex quibus apparet, iſtas revera non eſſe exceptiones à regula, cum ſuas habeant proprias & ſpeciales rationes.

Cum autem aliena] Idem in legatis, ut oſtenſum ſup. *§. non ſolum 4. in princ. de legat.*

TEXTUS.

Libertas quoque dari ſervo poteſt per fideicommiſſum, ut manumittere eum heres rogetur, vel fideicommiſſarius vel legatarius. Nec intereſt utrum de ſuo ſervo proprio teſtator roget, an de eo qui ipſius heredis, aut legatarij, vel ẽt extranei ſit. Itaq; & alienus ſervus debet redimi & manumitti. Quod ſi dominus eũ non vẽdat, ſi modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem perceperit, non ſtatim extinguitur libertas fideicõmiſſaria, ſed differtur, quo ad poſſit tẽpore procedente, ubicũq; occaſio ſervi redimẽdi fuerit, præſtari libertas. Qui a. ex fideicommiſſi cauſa manumittitur, nõ teſtatoris fit libertus, etiãſi teſtatoris ſervus ſit, ſed ejus qui manumittit. At is qui ex teſtamento directo liber eſſe jubetur, ipſius teſtatoris libertus fit, qui ẽt orcinus appellatur. Nec alius ullus ex teſtamento directã libertatem habere

bere poteſt, q̃ qui utroq; tempore teſtatoris fuerit, & quo faceret teſtamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio ſervũ manumitti rogat, ſed velut ex ſuo teſtamento libertatem ei competere vult.

COMMENTARIUS.

Libertas relinquitur aut ſervo qui eſt teſtatoris, aut qui teſtatoris non eſt, & hic aut ejus qui eſt honoratus, aut qui non eſt honoratus, qui dicitur hic extraneus, & ejus ſervus in ſpecie alienus, ſicut rem in hac materia alienam in ſpecie dicimus, quæ nec teſtatoris nec heredis, nec legatarij eſt §. *non ſolum* 4. *ſup. de legatis.* Servo proprio recte libertas omnimodo relinquitur, ſive directo, ſive ut heres rogetur de manumittendo, de quo dicemus in *verſ. qui autem.* & imo nec hæredem tantum puto de eo liberando rogari poſſe, ſed etiam legatarium aut fideicommiſſarium, ut ſcilicet eum redimat ab herede & manumittat. Honoratus eſt hic heres, legatarius aut fideicommiſſarius. Et intelligimus hos legatum vel hereditatem non repudiaſſe: hoc enim ſi fecerint, manumittere ſervum non tenentur, ſed ſi agnoverint, tenentur, *h. textu verſ. Quod ſi dominus l. deberi 6. C. de fideicom. lib.* etiamſi forte quod legatum ſit, minus ſit æſtimatione ſervi quia accipiendo legatum, tanti ſervum intelligitur æſtimaſſe. *l. ſed ſi non* [illegible] *in pr. ad L. Falcid.* (quod ut paulo ante notavimus, etiam in aliis legatis juris eſt. *l. generaliter* 24. §. *ſi quis* 12. *de fideicom. libert.* Alienus ſervus per fideicommiſſum quoq; recte, ut manumittatur rogantur hæres & legatarius, hoc effectu ut eum redimant à domino *h. § verſ. itaque.* quandocunq; ejus redimendi occaſio datur, neq; enim ſi initio vel aditæ hæreditatis ſervum recuſet vendere dominus, fideicommiſſum libertatis expirat, ſed interim differtur *h. §. d. verſ. quod ſi dominus*: neque enim hic locus eſt præſtationi æſtimationis, quæ alias ſolvenda eſt, ſi legata re aliena dóminus eam vendere nolit. Et hoc tamen, quod legatarius cogatur redimere ſervum alienũ, demum procedit, ſi quod accepit, non minus ſit quam ſervus redimi poſſit, quam differentiam inter ſervum proprium legatarij & alienum *in d. l.* 24. § 12. *de fideicom. lib.* diſerte proponit JCtus, cujus ratio ea fortaſſis eſt, quod quilibet ſcire intelligitur pretium rei ſuæ, & tanti adeo æſtimaſſe, dum legatum agnovit, at non ita quis creditur ſcire pretium rei alienæ: nec proinde agnoſcẽdo legatum, obſtrinxiſſe ſe videri poteſt omnimodo ad præſtationem rei, quæ ab ipſo relicta eſt, cum & ſperare potuerit, ſe eam minoris, & eo pretio, quod ex teſtamento accipit, redimere poſſe. Quæri autem poſſit his fere caſibus omnibus extra quam ſi ſervus proprius ſit teſtatoris an verbis directis libertas omnino inutiliter detur. Et præcipue in ſervo qui eſt heredis, ſed & in ſervo legatarij aut fideicommiſſarij, imo & in ſervo alieno, ut hæres de eo manumittendo rogatus videatur. Directo enim competere libertatem non poſſe conſtat *h. textu verſ. nec alius.* cum hoc modo recta à morte teſtatoris ſervus fiat liber. Sed poſſit humaniter dici, verba directa in vim fideicommiſſi obliquanda eſſe, quomodo & *in l. generaliter* 24. §. *ſi quis* 10. *de fideicomm. liber.* inutiliter ſtricto jure relicta directo libertas ſuſtinetur jure fideicommiſſi, quomodo & in caſu tutoris dati & proprij & alieni ſervi, fideicommiſſariam libertatem favorabiliter admittimus *l. etſi* 9. *C. de fideicom. lib. l. ſi hereditas* § *ult. de teſtam. tut.* Haud tamen ſcio an hoc obtinere poſſit, propter textum *in l. libertates* 16. *de fideicomm. lib.* ubi JCtus laxum admittit uſum libertatis per fideicommiſſum relictæ, dummodo voluntas teſtatoris vulgaribus & evidentibus verbis oſtendatur. Et *in l. ſi ſervo* 9. *C. de teſtam. manum.* nec heredis ſervo directã libertatem dari poſſe reſcriptum eſt, nec id diſſimulaſſent Impp. conſultaſſe ut fideicommiſſariæ libertati locum eſſe. Sed redeamus ad textum noſtrum. Ait Juſtin.

Si modo nihil ex judicio ejus.] Loquitur de ſervo alieno, quem oppoſuit ſervo legatarij & fideicõmiſſarij, eoque ſolubilis eſt hæc exceptio, quippe ſi dominus aliquid accepit ex judicio defuncti, jam legatarius eſt aut fideicommiſſarius, quamvis ita etiam loquatur Imp. *in l. deberi* 6 *C. de fideic. libert.*

Qui autem ex fideicomm.] Pertinet hoc tantum ad ſervum proprium teſtatoris, cui recte directo datur libertas hoc effectu, ut recta à morte domini citra aliquod factum heredis conſequatur libertatem: ad quod Juſtin. ait eſſe neceſſe, ut & teſtamẽti & mortis tempore in teſtatoris poteſtate fuerit, ex JCto in *l. Servius* 35. *de manum. teſtament.* Et de poſteriori non dubium eſt, non poſſe ſervo directam libertatem competere, qui tempore eo quo teſtator mortuus eſt in poteſtate eſt aliena. Prioris rationem oportet hanc eſſe, quod libertas inutiliter directo data eſt ſervo alieno ut paulo ante diximus. Favor tamen humanitatis expoſcere videbatur, ut libertas competeret, ſi ante mor-

Digitized by Google

rem ſervus ille teſtatoris proprius factus fuiſſet, maxime, cum alias libertas plane ad irritum recidat, & nec valeat quidem in vim fideicommiſſi: Ceteroquin non obſtat *l. ſi ſervi 30. de manū teſt.* facit enim fictio poſtliminij (ſunt enim intelligendi ſervi teſtatoris capti ab hoſtibus) ut libertas directa ijs quandoq; ab hoſtibus reverſis competat. Medium inter teſtamentum & mortem tempus libertati non obeſſe docet *l. verum 58. de manum. teſtam.* Movet Iaſon ad Porc. an non etiam conſiderandum ſit tempus aditæ hæreditatis, quo cedit dies libertatis relictæ. Sed inepte: ſane requiritur, illum eo tempore fuiſſe defuncti: ſed in hæreditate eum manſiſſe oportet. Et quod obſervat ipſe Iaſon, fieri non poteſt, ut hic ſervus alienetur necdum adita hæreditate, qua adita eo puncto fit liber. Et aditio hæreditatis exſpectatur, quæ ſi non fiat, nihil eo teſtamento ſcriptum valet. Servus itaque manumiſſus ita directo, fit, ut hic vocatur, & in *l. directis 10 Cod. de teſt. man. l. 3. §. 3. de legit. tutor. l. dominus 22. de pecul. legat. l. 4 § hi qui 12 de fideic. libert.* orcinus libertus, tamquam ejus, qui apud Orcum jam eſſet, quo reſpectu Theoph. hic vocat χαρωνίτας: & eodem quoq; ſenſu apud Plutarch. in M. Antonio dicuntur Senatores χαρωνῖται. (Orcum autem pro defuncto veteres dixiſſe, ut Weſemb. hic ſcribit, falſum puto, nec probatur ex *Gell. 1. noct. 4.*) Nullum enim habebant patronum ut & illi, quorum mentio in *l. ſi necem 4. de bon. libert.* quod & notat. *Cujac. 3. obſ. 23.* & diſerte hic Iuſtinian. teſtatoris eum ait eſſe libertum. Commentum autem eſt *Alciati, qui 2. præterm.* mavult legi orthinum; & ineptius eſt quod ait ita dictum, quomodo orthodoxi, dicuntur, longe enim differt Recte & Recta: Recte dicitur libertatem accipere: Et eſt illud figmentum de orthino etiam apud Accurs. hic. Ad familiam tamen teſtatoris eos pertinuiſſe docet *l. ſi Socius 4. § de manum. teſtam. & l. 3. §. 3. de legit. tutorib.* quod ſane quo pertineat, & quis ejus rei ſit effectus, non ſatis intelligo; liberos defuncti tutores hujuſmodi liberti impuberis eſſe docet *d. l. 3 §. 3.* & imo jus patronatus in eo liberos & cognatos habere, ait Iuſtin. in *l. un. §. ſed & ſi 7. C. de Lat. lib. toll.* Quod ſi vere dicit Iuſtin. non animadverto quomodo defendi poſſit, cum nullius eſſe libertum. Et poteſt ſuo ſenſu, & ſecundum quid dici libertus orcinus, ut tamen ſecundum quid ſit aliorum libertus. Et ſunt varia jura patronorum, ut ne in jus ſine venia vocentur, ut ſuccedant ab inteſtato, ut poſſeſſionem contra tabb. habeant, ut operas exigere poſſint à liberto; quod poſterius, facile quidem cōceſſerim ceſſare in hoc liberto; cum nec qui ſervum ex fideicommiſſo manumiſit, hoc jure utatur *l. qui ex cauſa 29. de bon. libertor.* Atque ita accipiendum eſt, quod indefinite ait hic Iuſtin. eum, qui ex fideicommiſſo manumittitur, fieri libertum, ejus, qui manumittit: *l. hi quibus 7. C. de fideicomm. lib.* ut fiat quidem libertus, & qui manumittit, patronus, ſed non pleno jure, ut & ij qui ex mera liberalitate hoc faciunt. Quæritur an iſta differentia libertatis directo & per fideicommiſſum datæ hodie ſublata ſit, poſt *l. 2. C. commun. de legat.* Video à nemine veterum Interpp. hoc controverti, & omnes hanc differentiam agnoſcere. Rectiſſime; ſupr. enim diximus exæquationem illam ceſſare ubi apparet de voluntate teſtatoris alia, quæ ſane hic eſt expreſſiſſima; & fieret injuria hæredi, cui alias eriperetur libertus, quod non exigui eſt effectus. Et ita quoq; Dd. communiſſime omnes in *l. 1. de leg. 1. Bart. n. 6. Alciat. n. 5 Zaſ. n. 7 Iaſon. col. 5.* ubi ab omnibus probari ſcribit; ut nimis inepte ſint quidam Neoterici, qui hic contendunt referri jus antiquatum.

TEXTUS.

Verba autem fideicommiſſorum in uſu hæc maxime habentur, peto, rogo volo, mando, fidei tuæ committo, quæ perinde ſingula firma ſunt, atque ſi in unum omnia congeſta eſſent.

COMMENTARIUS.

RECte ait Iuſtin. *maxime*, non ſunt enim certa verba fideicommiſſorū *Vlp. tit. 25 de fideicomm. §. 1.* ait eſſe verba fideicommiſſi: fidei committo, peto, volo dari, *& ſimilia*, plura refert *Paulus 4. ſentent. 1* fideicommittere, inquit, his verbis poſſumus, Rogo, peto, volo mando, deprecor, cupio injungo, deſidero, impero. Et adhuc generalius *Iuſtin. in l. 2. C. comm. de legat.* omne verbum quo ſaltē ſignificatur voluntas teſtatoris, admittit. Sæpe etiam directa verba in vim fideicommiſſi obliquantur ut in *l. Scævola 76. ad Trebell.* non raro etiam ex verbis quæ ad fideicommittendum directa non ſunt, fideicommiſſum per probabiles conjecturas colligitur; cujus rei paſſim in *Tr. de legatis & fideic. & ad SC. Trebell.* exempla occurrunt. Verba fideicommiſſorum precativa appellat *Vlp. tit. 24. in pr.* eaq; opponit verbis legatorum, quæ Legis erant & imperativa, ut ibid. ait. Cui non convenit, quod Paulus loco jam

jam citato, *Imper.* refert inter verba fideicommiſſi. An potius legendum *Impero*, ut quidem vulgo ibi legitur, & *Impero*, eſt à Cujacio & ab *Alciato 7. parerg. 15.* An ambiguum eſt verbum imperare, aut potius ambigue dicitur, verba Legis imperativa eſſe. Nam ita dicuntur quæ autoritate propria valent, licet non utantur hoc verbo *Imperare.* Et in noſtra materia hæ, videantur fere eſſe obliqua verba & fideicommiſſaria, ubi per hæredem aliquid vult fieri teſtator; veluti ſi dicat Imperio tibi ut ſervum meum manumittas; procul dubio eſt libertas fideicommiſſaria: In alijs autem poſſit dubitari veluti ſi dicat Imperio tibi ut Titio decem des; qui enim minus legatum iſtud dicemus, quam ſi dixerit, Hæres damnas eſto; an in verbo illo Imperativi modi, & quod inſtar judicis condemnat, rationem huius differentiæ ſumemus? Plane ſi hæres damnetur ſervum manumittere, erit & hæc fideicommiſſaria libertas. Itaq; ex objecto ipſo aliquando hoc erit æſtimandum; velut & ubi de re reſtituenda alteri quæritur, veluti hereditate, non poterit niſi fideicommiſſaria eſſe hæreditas, licet imperandi verbo uſus ſit teſtator, vel etiam jubendi. Videtur n. horum verborum eadem eſſe ratio; & recte improbatur à Cujacio ad Paulum. Alciat. d. loco, qui imperandi verbum mitius eſſe putat, quam jubendi; quamvis ſane Iuſtin. in *l. 2. comm. de legat.* verbum *iubendi* referat inter directa, addita tamen particula *forte*: paſſim legimus juſſum hæredem reſtituere hæreditatem. *Mando* ſane mitius eſt quam jubeo & mandata enim libera ſuſcipiuntur voluntate; juſſum in ſe neceſſitatem quandam habet unde actio *quod iuſſu* quamvis poſt omnia vel maxime precaria verba neceſſitatem parendi habuerint; ſed ex prima fideicommiſſorum origine iſta ſunt æſtimanda.

AD TITULUM XXV.

LIBRI SECUNDI INſtitutionum,

DE CODICILLIS.

TEXTUS.

Ante Auguſti tempora conſtat codicillorum jus in uſu non fuiſſe: Sed primus Lucius Lentulus ex cuius perſona fideicommiſſa etiam ceperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, ſcripſit codicillos teſtamento confirmatos, quib. ab Auguſto petiit per fideicommiſſum, ut faceret aliquid. Et cum D. Auguſtus voluntatem eius impleviſſet, deinceps reliqui eius autoritatem ſequuti, fideicommiſſa præſtabant, & legata quæ iure non debebat, filia Lentuli ſolvit. Dicitur autem Auguſtus convocaſſe ſapientes viros, interq; eos Trebatium quoq;, cuius tunc auctoritas erat maxima, & quæſiſſe an poſſet recipi hoc nec abſonans à juris ratione codicillorum uſus eſſet: & Trebatium ſuaſiſſe Auguſto: quod diceret hoc neceſſarium & utiliſſimum civibus eſſe, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuiſſent: ubi ſi quis teſtamentum non poſſet facere, tamen codicillos poſſet, poſt quæ tempora, cum & Labeo codicillos feciſſet, jam nemini dubium erat, quin codicilli optimo jure admittentur.

COMMENTARIUS.

Concordat cum §. 1. *ſupr. de fideic. hæred.* de origine fideicommiſſorum, quæ relinqui ſolebāt codicillis, cum nihil neceſſum eſſet in teſtamento fideicommiſſa dare, quippe ex quo omnia ad arbitrium teſtatoris recta & directo valebant. Probavimus autem ad d. pr. jam Ciceronis tempore, morituros ſolitos rogare hæredes ſuos, ut quibuſdā (qui aliqua lege capere non poterant) bona, vel eorum partem reſtituerent. Itaq; quod Iuſtin. hic ait in pr. ex perſona Lentuli fideicommiſſa cepiſſe, non accipiendum eſt, quaſi hic primus commiſerit aliquid fidei hæredum. Sed quod ceperint habere effectum fideicommiſſa ex huius perſona, & quod occaſionem dederit, ut fideicommiſſa poſt neceſſitate alligarent hæredes. Quo eodem ſenſu introduxiſſe etiam Lentulus dicitur codicillos, non quod fecerit, eos primus, ſed quod fecerit, ut Auguſti exemplo alii in poſterum codicillis relicta ſolverent, imo juxta tradita ad *pr. tit. 23.* ſolvere cogerentur. Id vel hinc apertiſſimum eſt, eſt, quod Iuſtinian. mox ſubiicit, Lentulum eum decederet

Digitized by Google

Cùm & Labeo codicillos feciſſet.] Labeonem Trebatij auditorem fuiſſe ſcribit Pomponius in *lib. 2. §. poſt hunc 47. de origine juris.* Secutus igitur eſt prærogativam & judicium præceptoris ſui, & cum maximæ autoritatis eſſet, ut in *d. §. 47.* refertur, & hæc, an codicilli valerent, juris eſſet quæſtio, non immerito creditum eſt jure & recte factum, quod Labeo feciſſet. Diſcimus autem hinc, quod licet Auguſtus codicillos approbaſſet, tamen adhuc non temere nec paſſim eo jure cives uſos, donec Labeónis quoque autoritate confirmarentur.

TEXTUS.

Non tantum autem teſtamento facto quis poteſt codicillos facere, ſed & inteſtatus quis decedens fideicommittere codicillis poteſt. Sed cum ante teſtamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam ſi ſpeciali poſtea voluntate confirmentur. Sed D. Severus & Antoninus reſcripſerunt, ex iis codicillis qui teſtamentum præcedunt, poſſe fideicommiſſum peti, ſi appareat, eum qui teſtamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expreſſerat, non receſſiſſe.

COMMENTARIUS.

Codicilli aut fiunt ab inteſtato, aut teſtamento facto. Illi propriis viribus nituntur & ſubſiſtunt, & vicem teſtamenti obtinent *lib. ab inteſtato 10. h. t.* Sive hoc receptum paulatim dicas; ſive ſtatim ab initio & jam ab Auguſto admiſſum; quod defendo magis. Et in his quæ directis etiam verbis ſcripta ſunt, ſuſtinentur facilius ex voluntate diſponentis, ut eo modo valeant quo valere poſſunt, ut verba obloquentur, & trahantur ad fideicommiſſum: modo conſtet quod defunctus codicillos facere voluerit, nam ſi eo animo fuerit, ut teſtamentum faceret, imperfecta voluntas nullius erit momenti, niſi, quod hodie frequens eſt, fuerit adjecta clauſula codicillaris. Quæ probantur per *l. ex ea 29. in pr. & §. 1. de teſtam.* quæ probat, clauſula codicillari adjecta teſtamento, quo ſcil. omnia verbis directis ſcripta erant, ea tamen valere jure fideicommiſſi; quod etiam probat *l. 3. in fin. de milit. teſtam. l. ultim. §. 1. Cod. h. t. l. Titia 13. de inoff. teſtam.* textus elegans in *l. Lucius 83. §. ult. de legat. 2. l. illud 13. §. 1 h. t.* Porro facto teſtamento, intereſt an codicilli, (hi enim cum teſtamento conſiſtere poſſunt) ſint facti ante teſtamentum, an poſt. Qui poſt facti ſunt, facile referuntur ad teſtamentum, & valent cum teſtamento; ſiquidem nec facile per eos derogatur voluntati ſolemni teſtamento declaratæ, de quo mox: & quiſque quod poſtremum ſcripſit, etiam valere velle intelligitur. Itaque licet in prin. proponatur à Lentulo codicillos poſt ſcriptos fuiſſe confirmatos, tamen licet maioris ſecuritatis cauſa non raro factum fuerit ut in *lib. ult. ff. de fideicom. lib.* hoc poſtea utique non fuiſſe neceſſitatis exiſtimo, tum per *l. 3. §. ult. h. t.* qui de huiuſmodi codicillis loqui videtur: tum non obſcure hoc indicio, quod Iuſtin. hoc § tantum tractat de codicillis ante teſtamentum ſcriptis, ut appareat nec dubitatum fuiſſe, quin valerent, qui poſt teſtamentum ſcripti fuiſſent, cum nec oblitus voluntatis ante conditæ tam ſolemniter teſtator præſumi poſſit. Illud autem quæritur, an & quatenus per huiuſmodi codicillos, aliquid ex his quæ teſtamento ſcripta ſunt, poſſit mutari, aut tolli. Et quod ad hæredis inſtitutionem attinet ſcriptum eſt in § *ſeq.* codicillis hæreditatem adimi non poſſe, & nec quidem iis adiici poſſe conditionem inſtitutioni; ut appareat ante ſcriptum teſtamentum hæredem. Nimirum quod iſta directo non poſſit fieri ademptio; nam codicillis poſtea ſcriptis poſſe rogari hæredem teſtamento ſcriptum ut alteri reſtituat hæreditatem, ex *d. §. ſeq.* colligitur. Quod ad legata, vel fideicommiſſa attinet, quæ priori teſtamento relicta ſunt, cum in his ſola voluntas defuncti dominetur, non dubitarim & adimi poſſe codicillis poſtea ſcriptis, ut per exceptionem utique poſſit repelli, qui ea petit, ſi quidem ipſo jure non ſint extincta legata. Neq; ei quod dixi codicillos poſt teſtamentū compoſitos egere aliqua confirmatione, obſtat *l. ſi e initio 6. C. h. t.* Fatebor n. facile, eos qui teſtamentum condebant, ſolitos in eo adiicere, velle ſe valere codicillos, ſi quos poſtea feciſſent ut tanto magis voluntati ſecuturæ caverent. quod & factū proponitur in *l. ult. de fideic. lib.* ſed non ideo neceſſitatis hoc fuiſſe conſequitur. Et quod ita in facto cõtingerat, reſpondent Impp. in *d. l. 6.* Demoſthenem conſultorem confirmatione ſecurum eſſe; cum alias vulgatum ſit, argum. à contrario ſenſu ex conſtitutionib. codicis non procedere. Neq; de aliis codicillis quā poſt teſtamẽtum factis accipi poſſe videtur *l. 3. §. ult. h. t.* ubi

h.t. ubi dicitur codicillos capere vires ex teſtamento licet coſirmati eo non ſint: ſiquidem, in his quæ ante teſtamentum facti ſunt, jus non eſt plane liquidum, de quo jam dicemus.

Ait de iis Iuſtin h. §. eos ex ſententia Papiniani non aliter vires habere, quam, ſi ſpeciali voluntate poſtea, & ſcilic. in teſtamento fuerint confirmati. Et eſt huius ſententiæ non obſcura iſta ratio, quod per teſtamentum, quod longe potentius eſt codicillis, teſtator à voluntate priori creditur receſſiſſe, & facit huc quoque, quod, qui codicillos facit, cenſetur inteſtatus decedere velle; quod ſi igitur poſtea condit teſtamentum, apparet eum non velle inteſtatum decedere: & cum iſtæ duæ rationes teſtato decedendi & inteſtato, ſe non compatiantur, fit ut codicillos ante factos, per teſtamentum ſuſtuliſſe videatur teſtator: niſi eos ſpeciatim valere velle teſtamento ſignificaverit; quo caſu valebant tamquam ex nova voluntate. Atque hæc quidem Papiniani ratio haud dubie fuit. Sed aliud placuiſſe Impp. Severo & Antonino refert Iuſtinian. poſſe ex codicillis ante quoque factis, fideicommiſſum peti, ſi appareat eum, qui teſtamentum fecit, à voluntate quam codicillis expreſſerat, non receſſiſſe. Quæ ſane verba ſunt ambigua. Et nimirum aliud eſt, dicere ſuſtineri codicillos ante factos, ſi appareat teſtatorem non receſſiſſe à priori voluntate: aliud, ſuſtineri codicillos, niſi appareat teſtatorem diſceſſiſſe à voluntate priori. Hæc enim verba non dubio hoc ſignificant, valere codicillos, licet nullam eorum fecerit defunctus mentionem in teſtamento. At non æque priora verba ſignificant idem: imo dum ita voluntatem priorem conſervari voluerunt juxta hunc §. Impp *ſi appareat*, &c. aliquod indicium non mutatæ voluntatis exegiſſe videntur; quæ opinio probabilior mihi fit, propter rationes præmiſſas. Neque moveor, quod ita opinio Papiniani non ſit futura diverſa à reſcripto Severi, prout illa refertur in *leg* 3. *h t.* ibi, *ſi voluntas, quocunque indicio retineatur*: vel quia ſuam opinionem potuit mutaſſe Papinianus, Imperat. ſuorum, ſub quibus vixit & præfectum prætorio egit ſententiam ſecutus; vel quia, ut ſuſpicatur Hottomann. à compoſitoribus juris reſponſum Papiniani fuit interpolatum. Et facit pro hac ſententia reſponſum Celſi in *l. Plotiana* 18. *h. t.* ubi valere ait codicillos ante factos, ſi teſtator ſaltem ita ſcripſerit teſtamento. *Si quid reliquero, ad hoc teſtamentum pertinens, valere volo*: Quæ non eſt expreſſa confirmatio codicillorum, ſed tamen aliquod indicium, cum non niſi aliquid aliud præter teſtamentum intelligatur voluiſſe confirmare: & ſi citra iſta verba fuiſſet, ſatis non obſcure indicat *dict. lex* 18. codicillos ante ſcriptos inutiles futuros; quamvis non ſit iſta ſatis bona conſequentia, poteſt enim confirmatio addere aliquid codicillis, qui tamen abſque confirmatione non protinus penitus ſint inutiles, ut ex iis quæ jam dicemus, conſtabit. Teſtatur tamen *Mynſ.* hoc jure nos uti, ut codicilli valeant, modo non ſint expreſſe revocati: & *Bart. in l. ante* 5. *h. t.* ſemper intelligi confirmatos codicillos, ſive ante, ſive poſt factos: & ita quoq; Theoph. explicat verba Iuſtin. quod ex conſtitutione Severi valeant codicilli etiam citra confirmationem; modo non probetur teſtator ab ea voluntate diſceſſiſſe. Quæritur conſequenter, codicillis ante teſtamentum ſcriptis, quæ diſpoſita ſunt, an & quatenus valeant. Et quod ad hæreditatem attinet, quæritur, ſi codicillis gravatus ſit fideicommiſſo, qui teſtamento poſt inſtitutus eſt hæres, an fideicommiſſo teneatur? Video hoc negari ſimpliciter ab *A Fabro* 11. *coniect.* 15. Sed nec textum nec rationem adducit. Et conſtat codicillis poſt teſtamentum factis hæredem teſtamento ſcriptum poſſe fideicommiſſo de hæreditate reſtituenda gravari. Quid ſi valent ante facti codicilli, quid in idem ſtatuamus? aut fatendum erit, non omnia codicillis ante ſcriptis diſpoſita ſuſtineri, quæ videlicet pugnant quodammodo cum teſtamento, quatenus in hoc non videtur teſtator à priori diſpoſitione diſceſſiſſe: quod feciſſe videtur ſane, qui directo inſtituit, quem ante obligaverat fideicommiſſo; quamvis profecto pugnantia hæc non ſint: & ego id relinquo in medio. Quod ad particularia relicta attinet, de his quæ per fideicommiſſum data ſunt, nulla controverſia eſt. In ceteris quæ directo ſunt relicta, putat idem *Ant. Fab d. cap.* 15. *lib.* 15. *coniect.* intereſſe inter codicillos ante, & poſt teſtamentum factos. In his tantum valere relicta verbis precariis, cetera inutilia eſſe, niſi teſtator expreſſe codicillos confirmaverit. In illis relicta valere omnia, ita ut directo relicta trahantur ad cauſam fideicommiſſi. Rationem differentiæ, reddit, quod qui ante teſtamentum facti ſunt, cum diſponens haberet animum decedendi ab inteſtato, habeant quaſi vicem teſtamenti *l.* 16. *h. t.* & ex natura eorum quæcunq; & verbis directis ſcripta ſunt valeant jure fideicommiſſi; ſed non ita obtinere in factis poſt teſtamentum: ad quos refert *l.* 4. *C h. t.* Ego quidem hactenus cum Fab. ſentio contra *Cuiac.* 18 *obſ.* 7.

18.obſ. 7. quod quæ directis quoque verbis in codicillis factis ante teſtamentũ ſcripta ſunt, valeant jure fideicommiſſi: cui ſententiæ non obſtat, quod hoc §. dicitur, poſſe ex iis fideicommiſſum peti: quę hoc ſolum ſignificant, poſſe peti iure fideicommiſſi; ſed quod ad alterum, effatum, Anton. Fabri, ex codicillis poſt teſtamentum factis, nullo modo nec jure fideicõmiſſa deberi, quæ directis ſunt relicta verbis; necdũ mihi iſtius ratio ſufficiens apparet: Diceretn. ius hoc codicillorum ab inteſtato, ut facile ad fideicommiſſum trahātur, quæ relicta ſunt illis, evaneſcere, poſtquam eſt factum teſtamentum: Itemq; ꝙ eorum jus ex ratione Legis veteris eſt infirmius, quã codicillorũ poſt factorum, qui referuntur magis ad teſtamentũ, cum nec ita accipi debeat reſcriptum Impp. ut plus illis dederit, quã poſt teſtamentum factis, ſed ad ſummum his exęquaverit. Et inepte plane ad hos codicillos trahitur & reſtringitur *lex 4. Cod h. t.* quippe quæ diſerte ponit, codicillos ab inteſtato fuiſſe factos. Quod ut maxime non diceretur, male tamen ex eo, quod precariis verbis ſcripta valere dicuntur, inferretur, penitus non valere, quæ directo ſunt relicta. Illa enim valent prout ſcripta ſunt; hæc ut verba obliquentur. Itaq; ſtatuendũ eſt, ea quoq; quæ codicillis poſt teſtamẽtũ relicta ſunt, precario & jure fideicomiſſi valere, aut nec relicta codicillis ante teſtamentũ citra ſpecialẽ confirmationẽ valere. Etenim iſtud quoq; mihi hic occurrit, ꝙ licet codicilli poſt teſtamentũ facti non opus habuerint ſpeciali confirmatione, licet forte nec ante teſtamentum facti, poſt reſcriptum Severi, attamen ſane aliquid intereſſe videtur, an confirmati fuerint necne? Probatur hoc ex textu in *l. libertates 43. de fideic. lib* ubi I Ctus ſcribit, libertates directas & teſtamento recte dari & codicilis teſtamento confirmatis: fideicommiſſas & ab inteſtato, & codicillis non cõfirmatis. Qui locus in primis evidentiſſime probat valere codicillos etiam non confirmatos teſtamento; vix enim eſt, ut hoc ſpeciale quis eſſe dicat, in libertatis datione, & cum indiſtincte loquatur, haud ſcio an nõ hoc pariter quoq; de codicillis ante & poſt teſtamentum factis accipi debeat. Tum hoc docet *d. l. 43.* utcunq; codicilli non tamẽ valere ita, ac ſi confirmati eſſent: & quod non poſſit hoc reſtringi ad libertatis ſolius dationem, iſtud facit, quod codicillos non confirmatos, I Ctus confert cum codicillis ab inteſtato factis, quib. vel maxime quæcunq; et relicta ſed precario valent. Secundum iſtam *leg. 43.* ꝙ dicitur pro regula in *l. 2. §. 2. h. t.* quæ in codicillis ſcribũtur, perinde haberi, ac ſi teſtamento ſcripta eſſent; limitandum erit, ut tantũ procedat in codicillis teſtamento confirmatis; ex quib. proculdubio omnia directo jure valebunt, tamquã teſtamento inſerta. In non confirmatis, & qui tamen non habeantur pro inutilibus, quæ relicta ſunt, valebunt tantũ jure fideicomiſſi. Illud enim dicere nolim, quod ea ſola valeant, quæ verbis precariis relicta ſunt. De quo amplius cogitandũ: ſcrupulũ enim movet *d. l. 41. de fideic. libert.* quæ tamen ita explicari commode poteſt, ut ex codicillis teſtamẽto confirmatis competat libertas etiam directo, ut fiat libertus orcinus: ſed ſi non ſint confirmati, competat fideicommiſſaria, non autem plane corruat, quod ſit contra favorem libertatis, & contra *l. 2 in fi. h. t.* Cũ autem ex codicillis cõfirmatis directa competat libertas, conſequenter & legata directo jure valebũt, quod & probat *l. conficiuntur 8. §. ult. & l. ult. h. t.* Inde q; eſt, quod tot locus tractatur de confirmatione codicillorum. Et hinc ꝓbabile fit, reſcripto Severi, admiſſos eſſe codicillos poſt factos, citra cõfirmationem, quia ait, relicta ex fideicommiſſo peti, alias directo quoq; jure valerent, ſi confirmatos codicillos poneremus. Sed nimis evagamur: contrahamus vela.

TEXTVS.

Codicillis autem hæreditas neq; dari neque adimi poteſt: ne cõfundatur jus teſtamẽtorum & codicillorum: & id eo nec exhęredatio ſcribi. Directo autem hæreditas codicillis neq; dari neq; adimi poteſt: nam per fideicommiſſum hæreditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem codicillis hæredi inſtituto adiicere, neq; ſubſtituere directo quis poteſt.

COMMENTARIUS.

PLeraque quæ ad explicationem huius loci pertinent, jam delibavimus ad §. præced. Nimirum per ea quæ diximus apparet, codicillorum non exiguum effectum eſſe, præſertim confirmatorum: & hoc quo ad relicta particularia; nam quo ad hęreditatis dationem minus poſſunt codicilli; Et quidẽ ut directo quis fiat hæres, nec codicillis cõfirmatis effici poteſt. Quod ea ratione voluerunt admittere I Cti, ne omnino confunderentur jura teſtamẽtorũ & codicillorũ, ut hoc quoq; loco ſcribit Iuſtin. & ne ut Papinian. ſcribit *l. quod 10. h. t* cum capiat ipſum teſtamentum vires per inſtitutionem hæredis, & ita

per dationem hæreditatis, teſtamentum ipſum per codicillos (nimirum cum teſtamento, ante vel poſt factos) confirmari videatur; cum tamen codicilli à teſtamento vires accipiant; & eleganter Imp. in *l. 7. C. h. t.* ſi idem codicilli quod teſtamenta poſſent; cur diverſum, &c. Igitur, ut Iuſtin. hic ſcribit, hæreditas codicillis nec dari nec adimi poteſt. Datur per inſtitutionem: adimitur per exhæredationem: & liberos igitur pater fruſtra & nulliter codicillis exhæredat. Atque ita directo datur & adimitur hereditas. Datur obliq; & per fideicommiſſum, ei cui reſtitui jubet teſtator hereditatē: adimitur obliq. ei, quem jubet reſtituere hereditatem; quamvis ita non deſinet eſſe heres, & cū partem detrahere poſſit, in qua effectu etiam heres manet, non poteſt dici ei adempta hereditas in totū; ſed tamē pro parte recte adimi dicitur, (& etiam quoad verba, in totū) non minus ac dicitur relinqui & dari: eadem enim utrobiq; eſt ratio. Ita Impp. in *l. 2. Codic. h. t.* hereditatem codicillis neq; dari nec adimi poſſe: Sed precariis verbis poſſe rogari heredē teſtamēto ſcriptum, ut reſtituat hereditatē, & in *leg. 4. Cod. de his quib. ut ind.* hæreditatē teſtamento datā per codicillos directis verbis adimi nō poſſe. & Iuſtin in *leg. penult. §. 1. Cod. de neceſſ. ſerv. her. inſt.* codicillis ſecundum veteres LL. hæreditatē nec dari, nec confirmari poſſe. Porro confirmatio eſt quædam ſpecies dationis, ex quo *l. 2 §. ultim. h. t.* negat hereditatem inutiliter teſtamento datā poſſe codicillis confirmari, ſed ita poſſe, ut ex fideicōmiſſo petatur. Et hæc eſt ratio, quare, ut h. §. ſubjungitur, *& l. Divi 6. in pr. h. t.* nec conditio poſſit codicillis adiici heredis inſtitutioni; quoniam in eius defectum nō poteſt ſcriptus eſſe heres, & teſtator ita cōditionē adiiciendo, de adimenda hereditate cogitaſſe creditur, ut eſt in *l. pen. de cond. inſtit. & apud Theoph. hic*. quod ratio juris non patitur. Ex his ſatis liquet, cur, ut eſt in extremo §. nō poſſit directo ſubſtitui codicillis, *d. l. Divi 6 in pr. h. t. l. 7. C. eod.* quoniā ut ſup. explicatum, ſubſtitutio hæc, eſt heredis inſtitutio. Ait autem *directo*, quoniam cui per fideicommiſſum datur hereditas, is ſubſtitutus quoq; paſſim vocatur. Sed an nec poterit adimi conditio codicillis? Ita putat *Angel. hic poſt Sal. & alios in l. 2. Cod. h. t.* quia adimendo conditionem, videtur pure dari hereditatem.

TEXTUS.

Codicillos autem etiam plures quis facere poteſt, & nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant.

COMMENTARIUS.

Codicillos etiam plures.] Nemo cum pluribus, ſed nec cum duobus teſtamentis decedere poteſt, & per poſterius ſemper rumpitur prius. Alia ratio codicillorum eſt, qui non continent perfectam & plenam de bonis diſpoſitionem: itaq; cum pluribus codicillis quis decedere poteſt *h. §. & l. Divi 6. §. 1.* & docet *l. 5. eod.* quod codicilli codicillis aliis poſſint confirmari: niſi tamen contraria contineāt: tum enim poſteriores ſoli valebunt *l. 3. C. h. t.*

Nullam ſolemnitatem.] Nec ſubſcriptione nec ſubſignatione opus eſt *l. 6. § 2. h. t.* vix tamen eſt ut iſtud (quod forte ex veteri ICto deſceptum eſt) hodie defendi poſſit, poſtquā ex *l. ult. C. h. t. §. ult.* & quinq; teſtes requiruntur, & ſi codicilli ſcripti ſint, teſtium quoq; ſubſignatio exigitur. Iejunum enim mihi videtur, quod hic aliqui inter ſolemnitatem ordinationis, & ea quæ probationis cauſa adhibentur, diſtinguunt: nam & ſubſcriptio teſtium quædā ſolēnitas eſt, & ſolemnia in teſtamento, non alia de cauſa requiruntur, niſi ut certo de voluntate defuncti cōſtare poſſe. Et Dd. communiter requirunt etiam (ita enim accipiunt *d. l. ult. C. h. t.*) ſigilla: & ob id gloſſ. hic falſam eſſe annotāt, ceteri: quæ nec ſubſcriptiones teſtium exigit: & iidem communius Dd ſi codicilli in ſcriptis confecti ſint, ſolemnitatis cauſa teſtibus opus eſſe affirmant:

Colophonis hic loco notari poſſit, Materiam codicillorum nō ſatis recte ſubjectam poſt tractationem ſucceſſionis ex teſtamento: cum codicillis factis ſuccedatur ab inteſtato. Sed Iuſtin. magis hic de codicillis cum teſtamento, quam ab inteſtato factis agere propoſitum habuit: & codicilli quoque ab inteſtato facti, quibus utique neceſſario hæres ab inteſtato parere cogitur, quandam ſpeciem teſtamenti habent, arg. *l. ab inteſtato 16. in fin. h. t.*

FINIS COMMENT. AD LIBRUM II. *Inſtitutionum.*

AD LIBRUM TERTIUM INSTITVTIONVM JURIS

Ad Titulum Primum, DE HÆREDITATIBVS, quæ ab inteſtato deferantur.

TEXTUS.

Inteſtatus decedit, qui aut omnino non fecit teſtamentum, aut non iure fecit, aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum eſt, aut ſi ex eo nemo hæres extiterit.

COMMENTARIUS.

1 *Quis proprie inteſtatus.*

HACTENUS de ſucceſſione teſtamentaria: ſequitur, quæ eſt ab Inteſtato, & proxime defertur a iure civili, ſed prætorio. Recte autem præmittitur initio quis ſit inteſtatus, de cujus videlicet ſucceſſione tractatur. Summa eſt. Inteſtatum dici, qui aut nihil egit, ut teſtatus decederet: aut egit aliquid, ſed quod egit, vires non habuit nec exitum, & hoc vel quia ab initio aliquid defuit, dicitur teſtamentum non jure factum, vel quia teſtamento ab initio perfecto, aliquid ſupervenit, quo infirmaretur, quod fit, ruptione & irritatione. Ubi hæc quoque diſtinctio addenda, quod aut tale quid quo infirmatur teſtamentum, accidit vivo teſtatore, & ita cum moritur inteſtatus eſt: aut poſt ejus mortem, quæ differentia obſervanda eſt, propter effectum inſignem, de quo *in §. cum autem 7 infr. h.t. & in § proximum 6. tit. ſeq.*

Rupeum.] Ruptionis duæ ſpecies ſunt, agnatio ſui hæredis, quæ facit inteſtatum patremfam. & mutatio teſtamenti, quæ huc non pertinet, ſi aliud teſtamentum fiat, ſed tum demum, ſi in mutatione, veluti deletione & cancellatione ſubſiſtatur.

Irritum.] Siquidem id verbi in ſpecie accipimus, ut *in §. hoc autem 5. ſup. quib. mod. teſtam. infirm.* parum caute aut ſubtiliter huc refertur, nam qui capitis diminutionem paſſus eſt, qua talis hæredem ab inteſtato habere non poteſt.

Aut ſi ex eo nemo hæres.]Hoc modo dicitur teſta-

Digitized by Google

mentum fieri irritum, ut diximus *d. §. quib. mod. teſt. in fin.* & probat *l. 1 in fin. de iniuſt. teſt.* & ita id verbi uſurpatur *in l. filium 20. in pr. de bon. poſſ. cont. tab. Vlp. tit. 23. §. 3.* ideoque mala oppoſitio & ſeparatio eſt, ſi teſtamentum irritum factum ſit, aut ex eo nemo heres extiterit.

1 Illud obiter hic addendum, an & inteſtatus † dicatur, qui civis Romanus quidem eſt, ſed teſtamentum facere non poteſt, ob ætatem, ut pupillus, vel vitium ut furioſus, prodigus. Rem breviſſime & rectiſſime expedit ICtus *in l. 1. in pr. de ſuis & legit.* duabus propoſitionibus 1. non proprie dici eum inteſtatum: nimirum ſi verbum captemus, quoniam ut vulgo perhibetur, privatio præſupponat habitum. 2. In hac materia haberi pro inteſtato: quoniam hæ duæ ſunt ſpecies ſucceſſionis. Ex teſtamento & ab inteſtato: & in hac re ſuccedere ab inteſtato & ex Lege fere pro ſynonymis uſurpantur: Atquin pariter pupillis & furioſis, ſucceditur ex Lege aut ex edicto prætoris, atque iis qui cum poſſint, teſtamentum non fecerunt. Accedit, quod non poteſt revera dici in pupillo & furioſo, eſſe privatio: quippe facultas teſtandi interim ſolummodo propter ætatem & morbum impeditur: & ita ſucceſſio ab inteſtato, in terminis harum quoque perſonarum, probatur ex *§. vel ſingulis 7 ſup de pupill. ſubſtit. l. 2. §. divus in fi. qui pet. tut.* ibi enim intelligi pupillos defunctos, docent, quæ noto *infra §. fin de SC. Tertull. l. credendum 4. §. hac autem 3 qui pet. tut.*

TEXTVS.

Inteſtatorum autem hæreditates ex Lege duodecim tabularum primum ad ſuos hereditates pertinent.

COMMENTARIVS.

Supra ad *§. ſui 2. de hæred. qual. & diff* ubi idem quod hic ait Iuſtin. retulimus Legem XII. Tabb. ex *Vlpiano de legitimis her. tit. 26. in pr.* At ſi inteſtatus moritur (particula *AT*, arguit præceſſiſſe legem, *uti quiſque legaſſit ita ius eſto*) cui ſuus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto: ita enim recte ibidē hanc L. reſtituit Cuiac. An quæ alia magis diſerte de hac re agēs L. XII Tabb. fuerit, in incerto eſt. Cur autem primum ad liberos & maxime ſuos pertineat hæc ſucceſſio, apparet ex *l. in ſuis 11. de lib. & poſt.* & quæ diximus ad *d. § ſui autem. de hæred. qual. & §. non autem ſup. de inoff. teſtam.*

TEXTVS.

Sui autem hæredes exiſtmantur, ut ſupra diximus, qui in poteſtate morientis fuerint, veluti filius filiave, nepos neptiſve ex filio nato, prognatus prognative. Nec intereſt utrum naturales ſint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari neceſſe eſt & eos, qui ex legitimis quidem nuptiis vel matrimoniis progeniti non ſunt: curiis tamen civitatum dati, ſecundum Divalium cōſtitutionum, quæ ſuper his poſitæ ſunt, tenorem, heredum ſuorum iura nanciſcuntur. Nec non eos quos noſtræ conſtitutiones ſunt amplexæ, per quas iuſſimus, ut ſi quis mulierem in ſuo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere coniugium, & ex ea liberos ſuſtulerit, poſtea vero procedente adfe- fectione etiam nuptialia inſtrumēta fecerit cū ea, & filios vel filias habuerit, nō ſolum eos liberos, qui poſt dotē editi ſunt, iuſtos & in poteſtate patris eſſe, ſed etiam anteriores, qui & iis qui poſtea nati ſunt, legitimi nominis occaſionē præbuerunt. Quod obtinere cenſuimus, & ſi non fuerint progeniti poſt dotale inſtrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint ſubtracti. Ita demum tamen nepos, neptiſve, pronepos proneptiſve ſuorum hæredum numero ſunt, ſi præcedens perſona deſierit in poteſtate parentis eſſe: ſive morte id acciderit, ſive alia ratione, veluti emancipatione. Nam ſi per id tempus quo quis moritur filius in poteſtate eius ſit, nepos ex eo ſuus hæres eſſe non poteſt. Idque & in cæteris deinceps liberorum perſonis dictum eſſe intelligimus. Poſtumi quoque, qui ſi vivo parente nati eſſent, in poteſtate eius futuri forent, ſui hæredes ſunt.

Com

COMMENTARIUS.

TOtum hunc contextum ſimul proponere viſum fuit, qui continet & facilia, & ex ſuperioribus repetita, & alibi à nobis ſatis explicata: Striɛ̃tim ea percurremus.

Sui heredes.] Definitio hæc propoſita & explicata eſt ſupra, quo ſe ipſe Imp. remittit *in §. ſui autem 2. ſup. de hered. qual.* ubi additur non ſatis eſſe, ut ſint in poteſtate, ſed neceſſe eſſe, ut ſint primo gradu, quod & in fin. hujus textus monetur.

Naturales.] Id eſt, ex legitimo matimonio nati, qui opponuntur adoptivis, qui fiunt ex Lege ut *in pr. ſup. de adopt. & in §. tam autem 2. ſup. de inoff. teſt.*

Adoptivi.] In caſu inteſtati, non diſtinguitur, nec novo jure, nam & adoptatus ab extraneo jus ſuccedendi ab inteſtato conſervavit Iuſtinianus; de quo plura *infra h. t. §. ſed ea 14.*

Quibus connumerari.] Supra *libr. 1. tit. 9. & 10.* tractavimus tres eſſe modos adquirendæ patriæ poteſtatis in liberos, juſtas nuptias, adoptionem & legitimationem, cujus hic ut & *in §. ult. ſup. de nupt.* duas recenſet ſpecies (nam tertia per reſcriptum principis poſt acceſſit *N. 74. & 89.*) oblationem curiæ & ſubſequens matrimonium, de qua utraque quantum ſatis eſt *ad d § ult. de nupt.* diximus.

In ſuo contubernio.] Contubernium proprie dicitur de ſervis & ancillis, ut notatum ſupra *ad §. Illud de nupt.* hic uſurpatur de concubinatu.

Cum qua poterat habere conjugium.] Ceteroquin ſtuprum contraheretur: ex quo nati non ſunt objectum legitimationis: hodie autem omnis concubitus extra matrimonium pro ſtupro habetur.

Nuptialia inſtrumenta.] An ea neceſſaria ſint, ut legitimatio ſequatur, late diximus *ad d. §. ult. ſup. de nupt.*

Sed etiam anteriores.] Qui nimirum hoc modo legitimantur.

Quod obtinere.] Ius legitimationis ſenſim productum fuit. Initio ſtrictius acceptum, ut non alias nati ante fierent legitimi, quam ſi ex nuptiis ſecutis liberi naſcerentur, ne non prolis & generationis cauſa, ſed tantum propter liberos ante non legitime natos contractum videretur matrimonium, ſed Iuſtinianus hoc mutavit, ut diximus plene *ad d §. ult. de nupt.*

Ita demum tamen.] Jam ad pr. diximus, quod hic monet Iuſtin. etiam eum qui in poteſtate eſt, ſecundo vel ulteriori gradu, non poſſe eſſe ſuum, quem alius præcedit, ſed neceſſe eſſe, ut hic deſinat eſſe ſuus, quo facto nepos in locum exempti ſubintrando, nanciſcitur jus ſui hæredis. *§. poſtumorũ 2. ſup. de exher. lib.* diximus ad *§. ſui autem 2. ſup. de hered. qual.* & ibi an hoc hodie in caſu patris emancipati poſt *N. 118.* procedat, ſicut nec, & minus procedit, ſi pater per dignitatem liberatus ſit poteſtate: hic enim jus ſui retinet *N. 81 cap. 2.* Illud vix admonitione dignũ eſt, quod nati ex filia non poſſunt eſſe ſui, quia ſunt in aliena familia, itaque Iuſtin. *in pr. h text.* ait, nepos ex filio, pronepos ex nepote. Et iſti tamen hodie æqualiter cum ſuis ſuccedunt ab inteſtato.

Poſtumi quoque.] Hæc eſt deſcriptio poſthumi ſui, quæ extat *in § poſtumo ſup. de legat.* ubi diximus & *ad § 1. de exher. lib.*

TEXTUS.

Sui autem hæredes fiunt etiam ignorantes: & licet furioſi ſint, hæredes poſſunt exiſtere: quia quibus ex cauſis ignorantibus nobis adquiritur, ex his cauſis & furioſis adquiri poteſt. Et ſtatim morte parentis quaſi continuatur dominium, & ideo nec tutoris autoritate opus eſt pupillis, cum ignorantibus adquiratur ſuis hæredibus hæreditas: nec curatoris adſenſu furioſo adquiritur, ſed ipſo jure.

COMMENTARIUS.

HOc quoque fere repetitum eſt & explicatum *in §. ſui autem ſup de hered. qual.* & inprimis, ꝙ in ſuos continuari dicitur dominium, & ipſi ignorantes quoq; adquirere hæreditatem, cum ipſo jure & poteſtate juris adquirant hereditatem, nec adire aut adquirere de novo, ſed exſiſtere & apparere heredes dicantur. Ex quo eſt, ut & furioſi & pupilli infantes adquirant hereditatem patris *h. § & l. furioſus 63. de adqu hered.* Et cum ſui ignorantes quoque patrem deceſſiſſe, fiant heredes, quidquid poteſt adquiri ignoranti, idem poteſt furioſo, ut hic argumẽtatur Iuſtin. & JCtus in *l. filiusf. 16. §. 1. de teſtam. l. ſi à furioſo 12. de reb. cred. l. ſi à fur. 24. de obl. & act.* Hinc etiam magis perſpicuum eſt, nec tutoris aut curatoris autoritatem vel conſenſum neceſſarium eſſe, *h. §. inf.* De remedio porro abſtentionis, quod ex prætorio jure ſui heredes habent, diximus ad *§. 2. ſup. de hered. qual.*

Curatoris conſenſu.] Proprie dicitur autoritas tutoris, quæ integrat quaſi pupillum: & curatoris cõ-

ſenſus, *t.t de aut. & conſ. tutor. & curat.* quamvis aliquando & curatoris autoritas d catur. Iſtud autem non ita accipiendum eſt, quod hic dicitur, quaſi furioſo ab extraneo inſtituto herede, conſenſu curatoris adquiratur hereditas: cùm enim nihil poſſit facere furioſus, non poteſt ei dici conſentire curator: ſed nec ipſe curator nomine furioſi ex ratione juris adire hereditatem poteſt, qua tamen in re jus novum fecit Iuſtinianus, ut notavimus ad *ad §. in extranei 4 verſ. teſta. ſup. de her. qual* Quomodo pupillis & infantibus adquiratur hereditas extranei, tractatur in *§. ult. ſup. eod. tit. l. pupil.* 49 *de adq. her. l. ſervo* 65. *§. pen. ad Trebell. l. ſi infans.* 18. *C. de jur. delib.* neque eſt hujus loci.

TEXTUS.

Interdum autem licet in poteſtate parentis, mortis tempore ſuus heres non fuerit, tamen ſuus heres parenti efficitur, veluti ſi ab hoſtibus quis reverſus fuerit poſt mortem patris ſui: jus enim poſtliminii hoc facit. Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti ſit mortis tempore, tamen heres ſuus non fiat, veluti ſi poſt mortem ſuam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit; non enim poteſt ſuum heredem habere, cum fiſcus ſuccedat; ſed poteſt dici, ipſo quidem jure ſuũ heredem eſſe, ſed deſinere.

COMMENTARIUS.

DIxerat, eum ſuum eſſe, qui mortis tẽpore proximo gradu in poteſtate fuerat. Proponit duos ſingulares caſus: quibus qui tempore mortis in poteſtate non erat, eſt ſuus heres; & contra nõ eſt ſuus heres, qui eo tempore proximo gradu in poteſtate erat. Sed ſi quis ſubtilius inſpiciat, nõ ſunt exceptiones. Nam quod ad prius attinet, reverſus poſt mortem patris, ab hoſtibus, ut ipſe Iuſtin. ait poteſtate fictionis poſtliminij fit ſuus heres: At hæc fictio facit, ut retro ſemper in civitate fuiſſe, qui reverſus eſt, & numquam captus fingatur: qua fictione ſtante, dicemus recte filium in poteſtate mortis tempore fuiſſe. Sed Iuſtin. dum ita loquitur, eo reſpexit, ꝙ in veritate, mortis patris tempore apud hoſtes filius fuit; ſed non valde ſubtiliter; nam veritate inſpecta nec poſſit eſſe ſuus heres quoniam tempore mortis ſervus hoſtium fuit. Et ita tamen quoque loquitur JCtus in *L. lege 12 in f. de teſtam.* filium ejus qui apud hoſtes deceſſit, invitum (jure civili ut ſuum heredem) obligari hereditati, licet ſuus heres dici non poſſit, qui in poteſtate morientis non fuit. Nam poſita fictione L. Corneliæ, quæ fingit patrem non captum, ſed eo ipſo puncto cum capiendus eſſet, mortuum, utique filius in poteſtate morientis fuit. Nec magis ſubtilis eſt altera exceptio h text. in *verſ. per contrariam*: quamvis non diſſimiliter loquatur *Vlp. in l. 1. § Interdum 3. de ſuis & legit.* quod ſuus heres excludatur per fiſcum. Etenim ſecuta damnatione, tempus ſententiæ conjungitur cum tempore delicti, ut retro & jam ante, delicti ipſius tempore pro condemnato habeatur: ut docet *l. poſt contractum* 15. *de donat* ubi ſcribitur, donationes poſt contractum crimen capitale non valere, ſi condemnatio ſecuta ſit. Illud autem ſpeciale habet crimen perduellionis, quod accuſatio & cognitio cœpta peragitur poſt mortem: cum cetera crimina regulariter reo etiam poſt litem conteſtatam ante ſententiam mortuo, vel eorum potius perſecutio extinguatur *l. ex judiciorum 20. de accuſat. t. t. C ſi reus vel accuſ. mort.* Itaque tanto magis hic verum eſt, conjungi tempus damnationis cum tempore delicti admiſſi: cum nec quidem manumittere poſſit reus perduellionis *l. quaſitum 15. in prin. Qui & à quib manu.* Facit *l. donationes 31. § ult. de donat.* & quod omnes alienationes à die contracti criminis ſunt nullæ *l. quiſquis §. mancipationes. 4. C ad L. Iul. majeſt. & l ult eod.*

Damnata memoria.] Scilicet, quia ut diximus nõ finitur morte perſecutio criminis, ſed ſententia fertur in defunctum, ut proinde nõ ipſe jam mortuus, ſed memoria ejus damnari videatur, *h. § & l. ult. C. ad L. Iul. majeſt.* cum & amplius contra heredem (ad hunc effectum ut bona ei auferantur) hoc crimen inchoari poſſit *d. l. donationes 31. § ult de donat.* Fateor tamen plus eſſe & quid amplius, damnari memoriam, quam perſecutionem etiam durare poſt mortem: hoc enim & in aliis criminibus, quæ magis pecuniariam pœnam reſpiciunt, obtinet *l. iudiciorum 20. de accuſ. l. ult. ad L. Iul. pecul.* ſed puto tamen in his magis in rem ſententiam latam fuiſſe, quam in perſonam. Plane an quæ ſpecialis hic ſententiæ formula fuerit, mihi non liquet: & plenius hic rem iſtam exſequi, extra rem eſt.

TEXTUS.

6. Cum filius, filiave, & ex altero filio nepos neptiſve exiſtunt, pariter ad avi hereditatem vocantur: nec qui proximior gradu eſt, ulteriorem excludit. Æquum enim eſſe videtur, nepotes neptesve in patris ſui locum ſuccedere. Pari ratione, etſi nepos neptiſve ſit ex filio, & ex nepote pronepos proneptiſve, ſimul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve, in parentis ſui locum ſuccedere, conveniens eſſe viſum eſt, non in capita, ſed in ſtirpes dividi hereditatem: ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ex filio altero duo pluresve nepotes dimidiam alteram. Item ſi nepotes, neptesve ex duobus filiis exſiſtant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres & quatuor: ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel ad quatuor, altera dimidia.

COMMENTARIUS.

1 *Succeſſio in ſtirpes aut in capita.*

1 Omnis ſucceſſio ab inteſtato fit vel in capita † vel in ſtirpes, & duobus hic itidem modis fit diviſo hereditatis. In capita, ubi fiunt tot partes quot ſunt capita & perſonæ, Germanice in die Haupter. quod toties fit, quoties qui ſuccedunt defuncto æqualiter natura & citra repræſentationem conjuncti ſunt. Et igitur in ſtirpes ſuccedunt, qui ſuccedunt ex perſona alia & alterius jure in cujus locum ſucceſſerunt & ſubintrarunt: quomodo, ut prædiximus, ſubmoto primo gradu, filio, qui ex eo nati ſunt, in ejus locum ſuccedunt: & conſequenter, cum ejus jure veniant, & quotquot etiam ex eo nati ſunt, in ejus unius locum ſuccedant, in ſucceſſione quoque avi non plus ferunt omnes, quam pater ſi adhuc viveret, accepiſſet: itaq; nulla fit eis injuria: cum præſertim alias, à patruis ſuis, qui defuncti filii ſunt ex primo gradu, ipſi ſecundo gradu exſiſtentes, excluderentur, nec cum illis alia ratione quam juris repræſentationis & ita quaſi pari gradu exiſtentes concurrere poſſint. Idque etiam porrò in ulterioribus gradibus obtinet: in hoc enim ordine deſcendentium gradus non quæritur, ut ait Iuſtin. in *N.* 118. *c.* 1. Illuſtrat hoc duobus exemplis Iuſt. quæ etiam referuntur apud *Caium* 2. *Inſtit*, 8. *de inteſt. ſucc.* §. 2. & partim idem habetur apud *Vlp tit.* 26. §. 1. ubi mixta eſt ſucceſſio, ubi in ſucceſſione avi, filij & ex filio prædefuncto nepotes, in ſucceſſione avi concurrunt: & qui primo gradu ſunt vere, ſinguli tantum capiunt, quantum plures nepotes ex prædefuncto filio. Et ſi unus ſit filius, & ex altero ſex nepotes, ille dimidiam hereditatem conſequitur, *h* §. *verſ. ut filius.* Alterum exemplum eſt, ubi ſucceſſio tantum eſt in ſtirpes: veluti ſi nepotes ex duobus filiis concurrant, ex altero pauciores, ex altero plures: & hereditas itidẽ non dividitur in capita, ſed in duas æquales partes; ita ut pauciores tantum ferant, quantum plures. In hoc quidem caſu, cum ſint æquales gradu, videri poſſit eos ſuccedere poſſe ex propriis perſonis, cum nemo ſit prior gradu, per quem excludantur, ut nihil ſit neceſſarium eos uti jure repræſentationis. Sed poſtquam ſemel ita jus conſtitutum fuit, ut ubi de ſucceſſione aſcendentium agitur, liberi in locum parentum ſuorum ſuccedant, non debuit hoc jus ex accidenti variari, quod nepotes ex pluribus filiis inter ſe concurrunt. Et ius hoc ex iſto fundamento deſcendere videtur, quod liberi propter jus ſuitatis quaſi bonorum paternorum adhuc vivo patre videntur eſſe domini *l.* 11. *de lib. & poſt.* itaque jus hoc ſibi quæſitum, ſi decedant quaſi tranſmittunt in liberos ex ſe natos, aut utique (ſi enim ponantur emancipati non poſſunt videri tranſmittere) in nepotes hoc idem jus recta ſublato medio ab avo in eos deſcendit: ut neceſſario eos poſtea, jure patris ſubmoti, non alio ſuccedere oporteat. Et hujus juris fundamenta, & quæ hoc §. habentur, traduntur quoque in *l.* 2 & 3 *C. de ſuis legit. & hered. l.* 1 § *ſi filius* 4 *de ſuis & legit. her. facit l. Papin.* 8. §. *quoniam* 8. *de inoffi. teſtam.* Et hæc ratio tantum procedit in linea deſcendente: ſecus in collaterali. Itaque in fratris hereditate cum fratre ſuperſtite, prædefuncti fratris filius non concurrit (quod tamen poſt mutavit Iuſt.) &, ſi ex duobus fratribus prædefunctis, ex altero un⁹, ex altero duo liberi ſuperſint, non in ſtirpes ſed in capita ſucceditur: & hereditas non æqualiter, ſed in tres partes dividitur *l.* 2. §. 1. *de ſuis & legit.* ſed & amplius hæc ratio procedit tantum in ſuis heredibus, quibus L. XII. tabb. & agnatis detulit hereditatem. Sed exemplo ſuorum,

poſt-

poſtquam liberis etiam matris & aviæ ſucceſſio data fuit, receptum & hoc fuit, ut eadem ratione hic quoque hereditas inter liberos primi gradus & nepotes divideretur *l. ſi defunctus* 9. C. *de ſuis & legit.* *de quo infr. tit.* 4.

TEXTUS.

7. Cum autem quæritur an qui ſuus heres exiſtere poſſit, eo tempore quærendum eſt, quo certum eſt, aliquem ſine teſtamẽto deceſſiſſe: quod accidit & deſtituto teſtamento. Hac ratione ſi filius exheredatus fuerit, & heres extraneus inſtitutus, & filio mortuo poſtea fuerit certum, heredem inſtitutum ex teſtamento non fieri heredem, aut quia noluit eſſe heres, aut quia non potuit: nepos avo ſuus heres exſiſtet: quoniam quo tempore certum eſt, inteſtatum deceſſiſse patremfamilias, ſolus nepos invenitur: & hoc certum eſt.

COMMENTARIUS.

PRopter deciſionem hujus § monuimus, ad *pr. h. t.* intereſſe an inteſtatus quis ſit ipſo tẽpore quo moritur, non poſtea fiat. Et in eo qui teſtamentum non fecit, res certa eſt: nec enim eſt aliud tempus quod ſpectetur, delatæ hereditatis, quam tempus mortis. Sed ubi quis teſtamentum fecit, plurimum intereſt, (ubi ſcil. de ſucceſſione ab inteſtato quæritur hi termini ponendi ſunt) an vitiatum & irritũ factum fuerit teſtamentum, vivo adhoc teſtatore: & itidem ſolum tempus mortis ſpectatur: an vero demum poſt ejus mortem acciderit: idque fere hoc unico caſu (quo ad hanc tractationem, ut ſpectetur quis ſit ſuus heres) quo heres poſt mortem teſtatoris non adiit hereditatem, & ita teſtamentum fuit deſtitutum. Etenim poſthumus poſt patris mortem natus, & ſe inveniens præteritum, ita rumpit teſtamentum, ut ſibi faciat deferri hereditatem. Habebit tamẽ imo iſta tractatio in alio quoque caſu locum, finge patrem præterito poſtumo exheredaſſe filium ex quo habebat nepotem: ſi interim ventre adhuc pleno poſt mortem patris, mortuo filio exheredato naſcatur poſthumus, nepos ex filio avo ſuus heres erit: non ſecus ac ſi nec dum adita hereditate, & forte herede adhuc deliberante, interim mortuo exheredato filio, & poſt deſtituto teſtamento, nepos avo ſuus heres efficitur *h. §.* Atq; ita qui mortuo eo de cujus ſucceſſione quæritur, ſuus nõ erat, ſuus tamen ei heres exiſtit *h. §. & l. 1. §. ſciẽdũ 8. de ſuis & legit. l. ſcripto 7. unde li. l. ſi quis 6. §. 1. de injuſt. teſtam.* Idem erit ſi filius exheredatus, alio inſtituto ſub conditione, hac pendente decedat. & poſt conditio deficiat, ut notat Theoph. hic. Idem eſt in ſucceſſione collaterali, ut tãquam proximus ab inteſtato ſuccedat in iiſdem terminis, qui tempore mortis proximus non erat *§. proximus 6. tit. ſeq.* Ratio communis eſt, quoniam quis jus ſucceſſionis habet, eo tempore ſpectandum eſt, quo defertur hereditas. Quamdiu autem ſpes eſt ſucceſſionis teſtamentariæ Legis inhibetur effectus, nec ea interim poteſt deferre legitimam hereditatem, quippe cum ipſa primas & potiores deferat partes diſpoſitioni hominis & ſucceſſioni ex teſtamento. Atqui in his terminis exheredato filio & alio ſcripto herede, nec dum defertur hereditas ab inteſtato, quam lex filio exheredato deferre non poteſt, cum validum ſit teſtamentum: neque fieri poſſit, ut duæ hæ ſpecies ſucceſſionũ ſimul eodem tempore diverſis perſonis deferantur. Et igitur ſi poſt mortem patris, heres extraneus moriatur, vel repudiet, ſublata ſpe ſucceſſionis teſtamentariæ jam ſe exſerit vis & poteſtas Legis quæ ab inteſtato defert hereditatem; quæ adeo cum tempore deſtituti teſtamenti filium exheredatum qui præcedebat, mortuum reperiat, (ſi enim tum viveret ipſe patri ab inteſtato ſuus exſiſteret heres *l. filium* 20 *de bon. poſſ. cont. tab.*) primo loco nepoti ſuperſtiti jure ſuitatis, aut ſi hic nec ſuperſit, proximo agnato defert hereditatem ab inteſtato *h. §. eid. §. 6. tit. ſeq.* Quam rationem innuit Papin. in *d. l. ſcripto 7. unde lib.* non, inquit, videbitur pater obſtitiſſe, poſt cujus mortẽ defertur legitima hereditas: & *Ulp. in l. 6. §. 1. de inj. teſta.* ab inteſtato, inquit, ſuccedit, cui ante eum alii non eſt delata hereditas, non fuiſſe autem filio (exheredato) delatam apparet hereditatem, cum inſtituto deliberante deceſſerit.

TEXTUS.

8. Et licet poſt mortem avi natus ſit, tamen avo vivo conceptus; & mortuo patre ejus, poſteaque deſerto avi teſtamento, ſuus heres efficitur. Plane ſi & conceptus & natus fuerit poſt mortem avi, mortuo

patre

patre ſuo, poſteaque deſerto avi teſtamẽto, ſuus heres avo non exiſtet: quia nullo jure cognationis patrem ſui patris attigit. Sed nec ille eſt inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem cum non ſint ſui quantum ad hereditatem liberi, neq; bonorum poſſeſſionem petere poſſunt, quaſi proximi cognati. Hæc de ſuis heredibus.

COMMENTARIUS.

1 *Poſt mortem conceptus, non ſuccedit ab inteſtato.*

COhæret cum §. præced. quoniam loquitur adhuc de caſu quo pater mortuo avo adhuc ſupereſt, & poſt, eo mortuo deſtituitur avi teſtamentum. Neque alias hic caſus nepotis poſt avi mor-
2 tem † concepti poni poteſt, quam ſi teſtamentum factum ſit, & filius fuerit exheredatus, iſque pendentibus adhuc & ſuſpenſis viribus teſtamenti poſt mortem patris ſui mortuus ſit. Quod ſi enim vivo patre ſuo filius deceſſiſſet, non poſſet, non vivo quoque avo nepos conceptus eſſe. Quod ſi filius præteritus fuiſſet teſtamentum ipſo jure nullum eſſet. Et hic igitur nepos poſt mortem avi conceptus deſtituto quamvis poſtea teſtamento inter m patre mortuo, avo ſuus heres exſiſtere non poteſt: ſicut nec alius quiſquis poſt mortem ejus de cujus ſucceſſione quæritur, conceptus eſt, quocunque jure civili aut prætorio, & nec ut cognatus ſuccedere poteſt *l.* 1. §. *ſi quis* 8. *unde cognati.* idque & ſcriptum eſt in *l.* 6. §. 1. *inf. de injuſt. teſt* poſt mortem avi conceptum, neque ut ſuum neque ut cognatum ad hereditatem vel bonorum poſſeſſionem admitti. Et in *l. Item.* 8 *de ſuis & legit.* proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem his promitti, qui cognati fuerint defuncto mortis tempore, quod idem in *l. Titius* 6. *eod. tit.* traditur. Atqui diximus ad §. præc. deferri hereditatem his qui eo tempore proximi ſunt, quo teſtamentum deſtituitur: quo tempore iſto nepos licet poſt mortem avi conceptus fuerit, utiq; proximus eſt. Sed intelligendum eſt hoc ita, ſi & remotis illis obſtaculis, & nullo teſtamento facto, nec alio præcedente mortis tempore, habere potuerit jus ſuccedendi: quod in hoc caſu deficit, nam ut JCtus in *d. l.* 6. *Titius* 6. L. XII tabb. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo de cujus bonis quæritur, in rerum natura fuerit. Hic tamen nonnullam iniquitatem notat Iohan. Faber nimirum ut intelligo, ut tãtum momenti in brevi interſtitio temporis ponatur, ut nepos admittatur etiam tanquam ſuus, ſi modo unico die, quin & hora ante patris mortem conceptus fuiſſet, qui unica forte horula poſt conceptus omnino excluditur. Sed hoc facit ratio juris. Et nimirum adeo hic nepos non poteſt ab inteſtato & jure ſuo venire ad avi ſucceſſionem: cæteroquin ex perſona patris poterit uti querela, & præparata olim quidem, hodie etiam ſi non præparaverit eam pater *l. ſi quis* 34. *C. de inoff. teſtam.*

Sed nec ille.] Adoptatus iis conjungitur & adgnatus cognatusque fit, quibus adoptans agnatus eſt, *l. qui in adopt.* 33. *de adopt.* cum adeo emancipatus nõ ſit agnatus patri ſuo, ideo nec ab eo adoptatus, fit avo & patri ejus loco nepotis *h.* §. *& l. quem.* 26. *de adopt.* Et vix adeo ratio dubitandi erat, quin nepos nullo modo ut ſuus admitti poſſet, cum nec cognatus quidem ſit avo. Itaque apparet Iuſtinian. hoc exemplo & ſimili voluiſſe illuſtrare, quod de nepote poſt mortem avi concepto dixerat, & utroſque inter ſe comparare.

Hi autem cum non ſint ſui.] Verbum SUI non agnoſcunt Contius & Hottoman. ſed poteſt ferri: ſiquidem hactenus de ſuis egit Iuſtin. & egiſſe ſe in extremo hujus §. profitetur. Hæc, inquit, de ſuis heredibus.

Quantum ad hereditatem] Recte hoc additum eſt, quoniam quo ad prohibitionem nuptiarum liberorum loco ſunt, & utique ſanguine conjuncti ſunt iis qui deſcendunt ab avo, aut alias ei cognati fuerunt. Itemque quo jus patronatus *l. Paulus* 47. §. *Paulus* . *de bon. libert.* Et hoc quo ad eos, qui poſt mortem avi concepti fuerunt: nam quo ad adoptatos ab emancipato non poteſt eares inducere prohibitionem nuptiarum.

Nec quaſi proximi cognati] Adduximus paulo ante textus quibus hoc probatur: nec pro cognatis iſtos haberi, nec jure prætorio ad ſucceſſionem admitti.

TEXTUS.

9. Emancipati autem liberi Iure civili nihil juris habent: neque enim ſui heredes ſunt, qui in poteſtate parentis eſſe deſierunt: neq; ullo alio iure vocantur per L. XII. tabularum: ſed prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum poſſeſſionẽ,

unde liberi, perinde ac ſi in poteſtate parentis mortis tempore fuiſſent: ſive ſoli ſint, ſive cum ſuis heredibus concurrant. Itaque duob. liberis exiſtentibus, uno emancipato, & eo qui tempore mortis in poteſtate fuerit; ſane quidem is, qui in poteſtate fuit, ſolus jure civili heres eſt, & ſolus ſuus heres: ſed cum emancipatus beneficio prætoris in partem admittitur, evenit ut ſuus heres pro parte heres fiat.

COMMENTARIUS.

HActenus de liberis, qui ſunt ſui heredes: ſequitur de emancipatis, capitis deminutione minima, quæ contingit per emancipationem legitimæ hereditates intervertũtur *l. sui. 7. de cap. min.* de qua re diximus ad §. *præterea ſup. Quib. mod. ius pat. pot. ſolu.* & L. XII. tabb. tantum ſuis & agnatis defert hereditatem; familiæ autem & agnationis jura hæc capitis diminutio perimit *l. nam & 6. de cap. min.* quo reſpectu ait Iuſtin. hic, nullo jure emancipatos vocari ad ſucceſſionem patris per L. XII. tabb. Sed cum emancipati natura manerent liberi, prætor iis ſuccurrendum putavit, ita ut capitis diminutionem eorum reſcinderet, ut loquitur JCtus in *l. ſed cum 6. §. 1. in f. de bon. poſſ.* non ut revera eam reſcinderet: ſed quod eos ita vocaret ac ſi capite diminuti non eſſent, & ita effectu jus ſuorum heredum illis reſtitueret. Et hoc cum teſtamento facto, dum perinde vult exheredari aut inſtitui ut ſuos, ceteroquin bonorum poſſeſſionem contra tabb. in illis promittit, de quo in § *emancipatos. 3. ſup. de exher. lib.* tum ab inteſtato, dum eis promittit bonor. poſſeſſionem, quæ appellatur *Unde liberi h. §. verſ. ſed prætor.* (ſicut & cæteræ bonor. poſſ. à primis edicti verbis ita appellantur, *unde legitimi, unde cognati, unde vir & uxor.*) *& t. 1. ſi tab. teſt. null. ext.* & inprimis *l. 4. eod. it. d. l. 6. §. 1 de bon. poſſ.* & idem Iuſtin. in *l. ult. § 1. C. de legit. hered.* quod prætor filium emancipatum in patris ſucceſſionem vocet ſine ulla diminutione: idque eſt quod Iuſtin. *h. §. in f.* ait eum cum fratre ſuo herede, qui jure civili ſolus heres eſt, beneficio prætoris concurrere æqualiter: quod enim de parte ait, procul dubio de dimidia accipiendum eſt: quo eodem ſenſu *infr. de bon. poſſ. §. ſunt autem,* ſcribit Iuſtin. emancipatos ex edicto prætoris inter ſuos heredes vocari. Hodie autem hæc bonorum poſſeſſio emancipato neceſſaria non eſt, ſed vocatur jure civili cum ſuis *N. 118. cap. 1.* non tamen ut eodem modo ſuccedat, ſed aditione opus ſit, ut notavimus ad *tit. hered. qual. & diff.* Ætate noſtra cum vix umbra ſuperſit patriæ poteſtatis, tota hæc differentia reſidua pene & inanis videtur.

TEXTUS.

10. At hi qui emancipati à parente, in adoptionem ſe dederunt, non admittuntur ad bona patris naturalis, quaſi liberi, ſi modo cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre; perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac ſi emancipati ab ipſo eſſent, nec umquam in adoptiva familia fuiſſent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco eſſe incipiunt. Poſt mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc patrem adoptivum pertinet, æque extraneorum loco fiunt: & quantum ad patris naturalis bona pertinet; nihilo magis liberorum gradum nanciſcuntur. Quod ideo placuit, quia iniquum erat, eſſe in poteſtate patris adoptivi, ad quos naturalis patris bona pertineant, utrum ad liberos ejus an ad agnatos.

COMMENTARIUS.

QUod dictum eſt § *præc.* emancipatos à patre, vocari à prætore ad ſucceſſionem patris naturalis, ita limitatur & declaratur *h. §.* ut procedat, ſi eo tempore quo de ſucceſſione quæritur, & defertur hereditas, non ſint in aliena familia: ſecus ſi cum temporis ſint in poteſtate aliena *h. § in pr.* medio ve tempore inter factam emancipationem & mortem patris in aliena familia fuiſſe, & ſcilicet cum ſe dediſſent arrogãdos, iis nõ nocet, quo minus naturali patri jure prætorio ſuccedant *h. §. verſ. nam vivo.* Et nimirum prætor illis ſuccurrere voluit qua emancipatis, & miſeratione quadam: nec eadem ratio eſt illis ſuccurrendi, qui, qui ſe alij adrogandos dederunt, & alium ſibi patrem quæſierunt: nec ratio patitur, ut quis in duabus familiis jus ſui heredis

heredis habeat : prætor enim emancipatos inter ſuos & perinde ut ſuos vocat, utrumque hoc ſcriptum etiam eſt in *l. liberi 4. unde lib.* Et prætor ex humanitate liberis rurſus à patre adoptivo emancipatis ſeu conſervare ſeu reſtituere voluit, ut patri naturali ante cujus mortem ab adoptivo patre emancipati fuerunt, ſuccedere poſſent: quoniam in patris adoptivi bonis, nullum amplius jus habent: ſiquidem agnatio & conjunctio contracta per ſolam adoptionem & legem, ſecuta emancipatione penitus diſſolvitur, ita ut hi plane ſint extranei patri quondam adoptivo, etiam prætorio jure, ut traditur *§. ſeq.* & de his JCtus in *l. 4 unde liber.* quod nomen liberorum amittant per emancipationem: diſſolutis juribus adoptionis *l 1. § liberos 6 eod. tit.* & finita poteſtate patris adoptivi, nullum ex priſtino remanere ſoleat veſtigium *l. in omni 13 de adopt.* Idque omnimodo verum eſt, ut nullum jus filius emancipatus in quondam patris adoptivi extranei bonis habeat, quandocunque ſit emancipatus: ſive ante mortem patris naturalis, ſive poſt eam fuerit emancipatus. Sed multum intereſt, quo ad jus emancipati filii in bonis patris naturalis His enim, ut ad *pr.* § diximus, conſervat prætor jus ſuccedendi, qui jam tempore quo pater naturalis moritur rurſus facti fuerunt ſui juris: non autem iis qui poſt demum emancipati fuerunt *h. §. verſ. poſt mortem*: & mox in *verſ. quod ideo*, reddit rationem, ne in poteſtate patris adoptivi ſit, ad quos bona patris naturalis pertineant: quod futurum eſſet, ſi illo quandocunque poſt mortem patris naturalis emancipante, filius ad bona patris naturalis regreſſum habere poſſit. Ratio directa hæc eſt: quoniam cum filius ſui juris eſt, nec in familia aliena eo tempore, quo pater naturalis moritur, prætor concurrit cum L. XII. tabb. & impedit, ne lex ſolidum tribuat ſuo, excluſo emancipato: cum enim defertur hereditas. Atquin ubi eo tempore, filius adhuc eſt in poteſtate patris adoptivi, prætor nullum ei auxilium præbet: atque ita fit ut bona patris naturalis tota & in ſolidum, aut aliis liberis, aut etiam agnatis deferantur: qui effectus legis, cum jam impletus ſit, & bona alius plene adquiſita, non poteſt hoc poſt ex accidenti, emancipato demum filio retractari: nec bona iis auferri, quibus ſemel plene jam fuerint adquiſita: prorſus non poteſt de novo tum deferri hereditas: nec inſuper injuria fit filio, qui & ſponte ſe arrogandum dedit, & volens etiam fuit emancipatus: nam ut ſup. tractavimus ad §. *præterea. Quib. mod. jus pot. ſolu.* inviti liberi non emancipantur: adde quæ dicemus ad §. *admonendo 13. inf. h. t.* Ait Iuſtin.

In adoptionem.] Non in ſpecie dictam, ſed in arrogationem: quia agitur de eo qui ſui juris eſt, qui eſt objectum adrogationis, juxta *§. 1. de adopt.*

Patris naturalis.] Ultro perſpicuum eſt, intelligi eum, qui filium ex legitimo matrimonio ſuſceptũ, emancipavit, qui opponitur patri adoptivo.

Nihilo magis liberorum gradum.] Bene liberorum: agnatorum autem emancipatione amiſit: admittitur tamen tertio gradu (ut loquitur Iuſtin. rectius enim dicuntur *ordines* ſucceſſionis) inter cognatos juxta *§. admonendo 13. inf. h. t.*

TEXTUS

11. Minus ergo juris habent adoptivi filii quã naturales. Namque naturales emancipati beneficio prætoris liberorum gradum retinent, licet iure civili perdant. Adoptivi vero emancipati, & iure civili liberorũ gradum perdunt, & à prætore non admittuntur: & recte. Naturalia enim iura, iuris civili, ratio non poteſt perimere: nec quia deſinunt eſſe ſui heredes, poſſunt deſinere filii filiæ ve, aut nepotes neptesve eſſe. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt eſſe, quia ius nomenque filii quod per adoptionem cõſecuti ſunt, ratione alia civili, id eſt, emancipatione, perdunt.

COMMENTARIUS.

Quæ ad explicationem hujus §. pertinent diximus ad § *præc.* Nihil enim hic § continet quã differentiam liberorum naturalium & adoptivorũ utrorunque emancipatorum. Illi manent liberi naturali jure, ſive natura: itaq; à prætore admittuntur ad ſucceſſionem patris: ſiquidem emancipatio civile inventum, non facit, quo minus maneant filii & filiæ natura. Atquin adoptio ipſa civile commentũ eſt *l. fideicomm. 76. de cond. & dem.* itaque jus per eam quæſitum, penitus emancipatione extinguitur: & proinde nec prætor eos ullo modo ad ſucceſſionem quondam patris adoptivi admittit: quæ hujus §. ſumma eſt. Et ita quoq; in *§. ult. ſup de legit. agn. tut.* Iuſtinianus, civilis, inquit ratio, civilia jura corrumpere poteſt, naturalia vero non utique.

TEXTUS.

12. Eadem obſervantur & in ea poſſeſſione bonorum, quam contra teſtamenti parentis tabulas liberis præteritis (id eſt neque heredibus inſtitutis, neq; ut oportet, exheredatis) prætor pollicetur. Nam eos quidem qui in poteſtate mortis tempore fuerint & emancipatos, vocat prætor ad eandẽ bonorum poſſeſſionem: eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis pater moreretur, repellit. Item adoptivos liberos ab adoptivo patre emancipatos, ſicut nec ab inteſtato ita longe minus contra tabulas teſtamenti ad bona eius admittit: quia deſinunt in numero liberorum eius eſſe.

COMMENTARIUS.

COllatio bonorum poſſeſſionis ab inteſtato, cum bonorum poſſeſſione contra tabb. teſtamenti patris. Prætor liberis emancipatis præteritis à patre propoſuit bonorum poſſeſſ. cont. tabb. id eſt, ſi nec inſtituti eſſent nec exheredati, *ut oportet:* quoniam quomodo jure civili inſtituendi erant ſui, filii ſcilic. nominatim, filiæ & nepotes inter ceteros: *in pr. ſup. de exhered. lib.* ita & ipſe voluit exheredari emancipatos, & niſi factum eſſet, bonorum poſſeſſ. contra tabulas illis pollicitus eſt *§. emancipatos 3. d. t.* Et primo quidem pro emancipatis hanc bonorum poſſeſſionem introduxit, quia alio remedio deſtituebantur, neque ut ſui, teſtamentum nullum dicere poterant: poſtea autem etiam ſuis præteritis, qui nollent nullitatis arguere teſtamentum paternum, idem remedium conceſſit *l. 1. in princ. de bon. poſſ. cont. tabb. §. ſunt autem. in pr. inf. de bon. poſſ.* Jam comparatio hujus bon. poſſeſſionis, cũ ea quæ ab inteſtato competit in hoc conſiſtit, quod pariter & emancipatos & ſuos ad hanc quoque admittit. Deinde in duobus aliis quæ hoc §. proponuntur: tum quod hanc quoque bon. poſſeſſionem non dat liberis qui mortis patris naturalis tempore ſunt in aliena familia, *h. §. verſ. nam eos.* quia habent ſuum patrem: quod & teſtatur Iuſtin. idem in *l. pen. C. de adop. poſt pr.* tum quod emancipatis a patre adoptivo, contra hujus teſtamentum eam non concedit *h. §. inf.* ex rationib. antedictis, quia amplius liberorũ loco non ſunt. Et ut eſt in *f. hujus §.* longe minus hãc dat, quam illam ab inteſtato; quoniã difficilius eſt, ut permittatur everſio teſtamenti. Unde & Iuſtin. qui adoptato ab extraneo reſervavit jus ab inteſtato ſuccedendi, tamen bon. hanc poſſeſſionem ei omnino negat *d. l. pen. C. de adopt. §. ſed ea 14. infr. h. t.*

TEXTUS.

13. Admonendi tamen ſumus, eos qui in familia adoptiva ſunt, quive poſt mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerunt, inteſtato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum poſſeſſionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocati, ſcil. qua cognati defuncti vocantur. Ex qua parte ita admittuntur, ſi neque liberi ſui hæredes, neq; emancipati obſtent, neque ullus agnatus quidem interveniat. Ante enim prætor liberos vocat, tam ſuos hæredes quam emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.

COMMENTARIUS.

LImitatur quod hactenus dictum eſt, emancipatos a patre naturali, qui ſe adrogandos dederũt, dum adhuc in adoptiva familia ſunt, aut ſi ex patre adoptivo poſt mortem patris naturalis rurſus emancipati fuerint ad patris naturalis ſucceſſionem nec jure prætorio admitti, ut ſcil. nec admittantur inter liberos ſive ſuos, ſive emancipatos alios: nec cum agnatis, ſed tum demum tertio ordine cum cognatis, imo ut ceteris cognatis præferantur. Et nimirum prætor tres ordines fecit ſuccedendi, liberos, agnatos, cognatos: ita ut agnatos licet remotiori gradu, cognatis proximioribus præferret: quod dediſſe videtur juri civili, quod agnatos ſolos omnibus excluſis cognatis vocabat. Et iſtud quidem quod hic proponitur, perſpicuam habet rationem, ut tertio ſaltem ordine admittantur: quoniam licet in adoptiva familia ſint, & nec liberorum amplius rationem habeant, quo ad jus ſuccedendi ratione patris naturalis: licet etiam per emancipationem agnati eſſe deſierint, ut

proinde

Proinde ex duobus prioribus capitibus admitti non poſſint: at utique cognati patri ſuo & ceteris manent, & jus hoc cognationis retinent, *l. 1. § cognationem 4. verſ. evenit, unde cognati.* Itaque mihi valde inſubtiliter alter caſus adjici videtur, de adoptatis, poſt mortem patris naturalis emancipatis ad hanc poſſeſſionem ex tertio capite admittendis, quippe quæ illis etiamnum exiſtentibus in aliena familia defertur, nec jus quod habent ad bona patris naturalis per hanc emancipationem minuitur, ſed magis augetur. Ceteroquin niſi illis adhuc in familia aliena deferretur, non poſſet illis demum poſt mortem patris naturalis emancipatis, jure jam aliis quæſito deferri, ut diſputavimus *at §. ad hi 10. ſup. h. t.* Juſtin. autem *N. 118. cap. 3.* hac in re totum jus vetus mutavit, & differentiam agnationis & cognationis ſuſtulit, ſecundum quod jus, hi utique de quibus hic agimus, cum agnatis, imo propter prærogativam gradus ante ceteros agnatos & cognatos omnes vocabuntur. Alias quoque per *l. pen. C. de adopt.* iſtud ius circa adoptatos mutatum eſt, quod proponitur *in § ſeq.*

TEXTVS.

14. Sed ea omnia placuerunt quidem antiquitati, aliquam autem emendationem à conſtitutione noſtra acceperunt, quam ſuper his perſonis expoſuimus, quæ à patribus ſuis naturalibus aliis in adoptionem dantur. Invenimus enim nonnullos caſus, in quibus filii & parentum naturalium ſucceſſionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem ſoluta, ad neutrius patris ſucceſſionem vocabantur. Hoc corrigentes ſolito more, conſtitutionem ſcripſimus, per quam definivimus: quando parens naturalis filium ſuum adoptandum alii dederit, integra jura omnia ita ſervari, atque ſi in patris naturalis poteſtate permanſiſſet, nec adoptio penitus fuiſſet ſubſecuta: niſi in hoc tantummodo caſu, ut poſſet ab inteſtato ad adoptivi patris venire ſucceſſionem. Teſtamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio, ex hæreditate ejus aliquid perſequi poteſt: neque contra tabulas bonorum poſſeſſione agnita, neque inofficioſi querela inſtituta: cum neque neceſſitas patri adoptivo imponatur, vel hæredem eum inſtituere, vel exhæredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum, neque ſi ex SConſulto Sabiniano ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejuſmodi caſu neque quarta ei ſervatur, neque ulla actio ad eius perſecutionem ei competit. Noſtra autem conſtitutione is exceptus eſt, quem adoptandum parens naturalis ſuſceperit: utroque enim iure tam naturali quam legitimo in hanc perſonam concurrente priſtina jura tali adoptione ſervamus, quemadmodum ſi paterfamilias ſe ſe dederit adrogandum, quæ ſpecialiter & ſingulatim ex præfatæ conſtitutionis tenore colligi poſſunt.

COMMENTARIUS.

1 *Adoptati etiam extranei ius in ſucceſſione ab inteſtato.*
2 *De SC. Sabiniano, & adoptato ex tribus maribus.*

NImis prolixe hic proponitur jus novum circa adoptatos, ex *l. pen. C. de adopt.* cuius & memini ſupra *§. ſed hodie de adopt.* In ſummo diſtinguitur, an adoptaverit (adoptione in ſpecie ſumpta) extraneus, an parens naturalis. Et nimirū avus maternus † aut etiam paternus ſi nepos poſt emancipationem ſit conceptus & natus: extra hunc vel 1
hos omnes reliqui hac in quæſtione habentur extranei. Et adoptante naturali parente nihil mutatum eſt. Adoptante extraneo, nomine tenus fere adoptio eſt, cum adoptatus nec in familiam nec in poteſtatem patris adoptivi & pene imaginarii tranſeat, ſed omnia jura ei ſerventur integra apud patrem naturalem: excepto hoc ſolo, ut ab inteſtato patri adoptanti ſuccedere poſſit. Ceteroquin contra teſtamentum factum, nec præteritus nec exheredatus, nec prætorio nec civili jure ullum remedium habeat: neque ſcil. teſtamentum

 aut

aut nullum dicere, aut per querelam inofficioſi ſi ne bonorum poſſeſſionem contra tabb. impugnare poſſit. Rationem juris hujus ipſe in pr. §. reddit Juſtinian quia invenerit caſus, quibus adoptatus & patris naturalis & adoptivi ſucceſſione fraudabatur: nimirum ſi poſt mortem naturalis patris fuiſſet emancipatus: juxta §. *at hi* 10. *ſup. h. t.* adeoque videtur, dum ait, *nonnullos caſus*, numerum pluralem poſuiſſe pro ſingulari: nec enim alius caſus apparet. Sed quod ad jus ſuccedendi ab inteſtato attinet, ait diſerte *Juſtin. in l. pen. C. de adopt* §. 1. *in fin.* quod hactenus habeat jus ſui hæredis. Adeoque (quod tamen abſurdum videtur cum pene extraneus ſit) concurret æqualiter cum liberis legitimis & naturalibus: & patrem quoque excludet: de quo v. autores aliquos citatos *ab Angelo hic.* Illud utique ex N. 118. *cap.* 3. pro limitatione addendum erit, ut concurrant tantum cum ex d. N. utrinque conjuncti excludant conſanguineos & uterinos, multo magis hunc excludent adoptatum: qui ad ſummum pro conſanguineo tantum poteſt haberi: nec plus etiam ex ratione juris veteris conſequebatur. Ait Juſtin.

Sed ea omnia.] Non tantum ad adoptatos hoc referendum eſt, ſed etiam ad alia, ut patet ex §. *ſeq.* nã quod ait emendationem aliquam accepiſſe fortaſſis non tantum ad conſtitutionem *in l. pen. C. de adopt.* ſed etiam ad emendationem juris quæ *in §. ult.* proponitur referendum eſt, quæ ſane de nepotibus ex filiabus, excluſo jure veteri nihil dum in præced. egit itaque rectius, iſtud ad adoptatos tantum refertur.

Quæ à patribus ſuis dantur] Agit enim de adoptione in ſpecie dicta: cujus objecti ſunt, perſonæ non ſui juris, ſed patris poteſtati ſubjectæ, cujus autoritate dantur in poteſtatem alienam.

Solito more corrigentes.] Utinam illud ſolitus facere non fuiſſet: melius cum jure noſtro ageretur: correctiones enim iſtæ totam & omnem pene rationem juris conturbarunt.

Nepote nullo vinculo naturali] Non bona eſt hæc illatio: Non eſt copulatus vinculo naturali: ergo non neceſſe eſt eum hæredem inſtituere &c quoniam vinculum quod à lege eſt, hujus effectum inducere poteſt: idque ex jure veteri apertiſſimum eſt, in adoptivis liberis: ſed & hodieque idem jus relinquit Juſtin. in adrogatis, qui itidem nullo vinculo naturali ſunt copulati: & ut eſt *in l.* 1 *de adopt* filios non ſolum natura ſed & adoptiones faciunt. Nec illa quæ ſtatim præcedit bona illatio eſt: non neceſſe eſt illos exheredare vel inſtituere. Ergo non habent querelã inofficioſi, nec bonorum poſſeſſionẽ contra tabb. Nam nec mater liberos, nec liberi parentes habent neceſſe aut exheredare aut præterire, quibus tamen remedia legitima contra teſtamenta ejuſmodi competunt.

Ex Sabin. SCto, ex tribus maribus.] Quale SCtum illud fuerit, & qualis adoptio hæc, quam ex tribus maribus vocat Juſtin. non ſatis perſpicuum, imo obſcurum eſt Ræward. *c.* 6. *de auth prud.* putat legendum eſſe, emancipationibus ſeu mancipationibus tribus. Sed magis ad literam ante eum, *Alc.* 4. *parerg.* 3. ex tribus marib recte tamen ut opinor reprehenſus à quibuſdem & à *Connano* 2. *comm* 15 ex hac ſolida ratione. quod ut explicavimus *ad pr.* 11. *de adopt ſup. lib.* 1 in omni adoptione olim tres mancipationes interveniebant: hic a. de ſingulari caſu tractatur. Sed hujus explicatio longe abſurdior & ineptior eſt. ut intelligatur, qui adoptatus eſt poſt tres mares, & ita in quartum filium. Quæ explicatio tum eſt alieniſſima à verbis *ex tribus maribus*: tum & hinc improbabilis, quod nec probabile eſt eum adoptaſſe, qui tres liberos & eos quidem maſculos habebat: neque erat ulla ratio, cur huic quarto beneficium ſpeciale daretur: Theoph. hic exponit textum ſimpliciter, cum Juſtiniano, ſi quis fuiſſet ex tribus maribus adoptatus, ei ex Sabiniano SCto quartam fuiſſe relinquendam: ſicut & arrogato impuberi quarta ex Pii ſanctione debebatur quod ipſum adfert, & nihil præterea *Ant. Aug. de SC. pop. Rom.* & præterea nihil quoq; *Cujac in l. ult C. de decur.* ubi ipſe tamen videri vult hanc rem belle explicaſſe. Referri hæc inter privilegia patrũ oportet, qui fœcundo matrimonio dediſſent reipub. cives tam multos. Et jejuna eſt objectio Connani d. loco. Cur non, inquit, ſi ex duob. fuerit adoptatus eodẽ gaudebit privilegio: cur non ſi ex quatuor aut quinq; prorſus inepte. Nec vero dubitari debet, quin idem juris obtinuerit, ſi pater qui plures tribus maribus habuerit, unum in adoptionem dediſſet: & ſcil. fit mentio trium ut minimum tres eſſe oportere intelligamus, & notiſſimum eſt, quod tres liberos non duos habentib. multa olim erant conceſſa privilegia, itaque Impp. hoc ſingularis beneficii loco concedere petentibus & non habentibus liberos ſolerent: Itaque inepte quærit Conn. cur non idem jus fuerit, ubi ex duobus maribus unus adoptatus fuit. Facit huc quod habetur *in C. Theod ſub tit. de decurionib.*

rionib. lib. 12. l. ſi quis 132. Si tres mares filios ſuſcepe-rit, unum eum dare Senatui non vetari: quo reſpicit *l. ult. C. de decurion.* ubi Iuſtin. propoſitis modis quibuſdam quibus eximebantur à curia (quoniam grave erat onus decurionum) reliquos improbat, & hunc quoque quo patri ex maribus tribus permiſſum erat unum ſenatui maximo ſociare. Itaque apparet hoc unum fuiſſe ex privilegiis patrum: quod privilegium velim etiam replicatum eſſe à Cuiac. *in d. l. ult.* & quid ſit *ſenatui dare*, ut eſt *in Cod. Theod.* vel ut loquitur Iuſtin. *ſenatui maximo ſociare.* Nam cum ſenatus maximus non poſſit alius intelligi quam qui Conſtantinopoli eſt vel Romæ, ut cuivis decurionum, quorum in repub. magnus erat numerus, ex tribus filiis unum, liceret facere ſenatorem, abſurdiſſimum ſit, niſi intelligas, quod ex tribus liberis (poſitis terminis habilibus) unus potuerit fieri ſenator cum alias liberi decurionum, iiſdem decurionatus oneribus manerent perpetuum obnoxii, ſed hæc ſunt extra rem noſtram.

TEXTVS.

15. Item vetuſtas ex maſculis progenitos plus diligens, ſolos nepotes qui quive ex virili ſexu deſcendunt, ad ſuorum vocabat ſucceſſionem, & jure agnatorum eos anteponebat: nepotes a. qui ex filiabus nati ſunt, & pronepotes, qui ex neptibus cognatorum loco connumerans, poſt agnatorum lineam eos vocabat: tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, ſive paternæ ſive maternæ ſucceſſione. Divi autem Principes non paſſi ſunt, talem contra naturam injuriam, ſine competenti emendatione relinquere: ſed cum nepotis & pronepotis nomen ſit utriſque commune, tam qui ex maſculis, quam qui ex fœminis deſcendũt, ideo ordinem & gradum eundem ſucceſſionis eis donaverunt, ſed ut amplius aliquid ſit eis, qui non ſolum naturæ, ſed etiam veteris juris muniuntur ſuffragiis, nepotum vel neptum vel deinceps, de quibus ſupra diximus, portionem, paulo minuendam eſſe exiſtimaverunt: ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura: vel pater eorum, vel avus paternus ſive maternus, quando fœmina mortua ſit, de cujus hæreditate agitur: iiſque, licet ſoli ſint adeuntibus, minime vocabant agnatos. Et quemadmodũ Lex duodecim tabularũ, filio mortuo nepotes vel neptes pronepotes vel proneptes in locum patris ſui, ad ſucceſſionem avi ſui vocat: ita & diſpoſitio principalis in locum matris ſuæ vel aviæ, eos cum jam deſignata partis tertiæ deminutione vocat.

COMMENTARIUS.

1 *Inepta ratio Iuſtiniani & falſa adſertio.*
2 *Alia ejuſdem generis ratio.*
3 *Aliud vitium hujus diſputationis.*
4 *Emendatio l. 4. C. Theod. de legit. hæred.*
5 *Obſervatum aliud mendum,* in h. §.

CErtum eſt, jure XII. tabb. tantum ad ſucceſſionem, primo loco, ſuos, poſt agnatos, & nullos præterea vocatos, & qui ſolum cognati eſſent, penitus excluſos fuiſſe: quoniam L. XII. tabb. ad eos qui ejuſdem familiæ aut gentis eſſent devolvi ſolum hæreditates. Et itaque quoniam ex filiabus progeniti in aliena familia erant, & à reliquorum ejus familiæ, ex qua exierant in alienam, ſucceſſionibus penitus erant excluſæ: ita ut juxta hunc §. nec nepotes ex filia avo ſuo materno poſſent ſuccedere: nec tantum à liberis maſculis defuncti, vel qui ex maſculis deſcenderant, ſed & ab omnibus agnatis excluderentur & demum ex edicto prætoris inter cognatos tertio loco admitterentur, quod refertur *in pr. hujus* § ſiquidẽ filia extra familiam cum eſſet, nec ipſi agnati eſſent liberi jus ullum ſuitatis aut agnationis in liberos ex ſe natos tranſmittere non poterat. Et ait Iuſtin. vocatos hos nepotes neptesve fuiſſe poſt lineam agnatorum tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, ſive paternæ ſive maternæ ſucceſſionem.

Agitur enim de hæreditate aſcendentis, & hujus aut maſculi, qui nepotibus aut pronepotibus de quibus tractamus, eſt avus vel proavus maternus:

Et

Et nepotes quidem non poſſunt alij poni niſi qui nati ſunt ex fœmina; ſed quod ad pronepotes, nihil intereſt, an ex fœmina nati ſint an ex maſculo, videlicet, nepote ex filia. Aut agitur de ſucceſſione fœminæ, quæ eſt in linea aſcendente, aviæ ſcili. vel Proaviæ, ubi non intereſt an ſit avia materna vel paterna, veluti patris vel avi mei mater: quoniam filius matri nec ſuus nec agnatus eſt: itaque ex L.XII. tabb. matri non ſuccedebat: & SCto demum Orphitiano jus ſuccedendi datum eſt liberis primi gradus, ut tantum filij & filiæ matri ſuccedere poſſent, non etiam nepotes aut pronepotes, § 1. *inſ. de SCtum Orphit.* Et recte igitur ait Iuſtin etiam ubi de proaviæ vel aviæ maternæ vel paternæ hæreditate agebatur, nepotes aut pronepotes liberorum jus non habuiſſe, ſed demum tertio loco & ex ea parte edicti prætoris, quæ cognatos vocabat, fuiſſe admiſſos. Hæc eſt prima pars huius §. quæ refert jus antiquum.

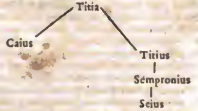
Sequitur altera pars *in verſ. Divi autem.* qua refert Iuſtin. quid & quatenus per principum (recentiorum ſc. & Conſtantinopolitanorum) conſtitutiones, in jure illo veteri fuerit mutatum. Et initio duplicem inſinuat rationem, propter quam jus iſtud vetus merito fuerit mutatum. Prima eſt, quia jus vetus fuerit injurioſum in naturam: quomodo idem Iuſtin. *in l. ult. C. de liber. præter.* maximum vitium hoc appellat antiquæ legislationis, quod differentiam fecerit inter maſculos & fœminas, & eos qui ita ſtatuerunt, accuſatores naturæ eſſe dicit: ſed mirum † ſane ſit tot prudentiſſimos viros,
1 tot ſeculis illam injuriam naturæ non deprehendiſſe, donec tandem Græculi illi & effœminati Impp. cornicum oculos confixerint. Quid vero de lege Voconia, quam commendat *Gell 20. cap.* 1. dicet Iuſtin quæ nec filias paſſa eſt a patribus hæredes inſtitui, ſumma ratione jus hoc nititur, quod vult, ut hæreditates ad maſculos confluant, ut loquitur Iuſtin. *in §. ceterum 3. tit. ſeq.* & rationi hoc omnium gentium bene inſtitutarum convenit, hoc agere, ut ſplendor & dignitas familiarum conſervetur: quæ ſine bonis & pecunia conſervari non poteſt: fœminæ autem extra familiam ſunt. Et cum mortales ſint omnes, quiſque hoc agere videtur, ut per generationem prolis nomen ſuum quaſi conſecret immortalitati: atqui filiæ aliis & alienæ familiæ liberos pariunt: quæ ut bona alieno ſudore parta in alienam transferant familiam; indignum eſt. Ratio etiam œconomica hic militat: quod mulieres dotatæ & divites ſint feroces, ſuperbæ, & in ipſos viros affectant imperium: & omnino, ut ille apud Plautum ait, mactant & malo & damno viros. Et ipſa Lex Dei filios quoque filiabus præponit *Num 27. verſ 8.* Et ſuavis eſt ratio Iuſtin. *in d. l. ult. C. de lib præter.* quod ita accuſetur natura; quare non omnes maſculos generaverit, &c. non enim ſi etiam fœminarum opera in generatione neceſſaria eſt propterea earum rationem in ſucceſſione haberi oportet: multo minus ex illis deſcendentium, qui ſuum patrem & ſuam propriam habent familiam. Sed hæc eſt Legiſlatio hominis, quam vel ex Procopio conſtat ſervitutem ſerviviſſe imperiis uxoris: in cuius etiam nomen (quod indigniſſimum eſt) magiſtratus jurare voluit, N 9. nec dubitem ego hoc appellare vitium legiſlationis Iuſtinianeæ: quod ſi evagari liceret non tantum ex rationibus ſolidiſſimis, ſed etiam ex communiſſimo Interpp. noſtrorum aſſenſu confirmatem: dum tractant & probant ſtatuta Italiæ, quibus à ſucceſſionibus fere fœminæ & cognati excluduntur.

Altera ratio qua utitur Iuſtinian eſt à nomine: † 2
quod nepotis & pronepotis nomen commune ſit utriſq; tam qui ex maſculis quam qui ex fœminis deſcendunt. Quæ nimis inſulſa & puerilis ratio eſt, nec digna confutatione: ut à generali communione nominis argumentemur ad inducendum æquale jus inter eos, quos ipſius rei ingẽs diverſitas disjungit, quæ à ſuitatis & familiæ ratione dependet. Quod ſi nomen accipiamus pro jure, ut Weſ. & ineptam exceptionẽ dabimus, & mera futura erit principij petitio, quod idem ſit jus utrorumq; nepotum. Nolo iſta plurib. exagitare, & videamus jã quid iſti Principes conſtituerint. Ait, donaſſe nepotibus ex filiabus & ceteris de quib. hoc §. agitur, eundẽ gradũ & ordinẽ ſucceſſionis: id eſt, ut cũ aliis ſuccedere poſſint, qui à L. XII. tabb. vocantur: ſed nõ tamen ut æqualiter concurrerent, quod ob reverentiam juris veteris ita ſtatutum ſcribit, ut aliquando plus haberent, qui jure veteri plane hos nepotes vel neptes excludebant: ut nimirum admittantur cum diminutione tertiæ partis, quæ adcreſcat illis, qui prærogativa veteris juris nituntur. Quod ita conſtituerunt, *Valent. Theod & Arcad. in l. ſi defunctus 4. Theod de legit her.* quam conſtitutionem ſed mutilatam, ut mox dicemus, transtulit Tribon. in Cod. Iuſtin. *in l. 19. C. de ſuis & legit.* Ita v.c ſi in ſucceſſione avi materni nepos & filia concurrat cum avunculo, vel cum nepote ex filio, nepos ille ex filia tantum tricẽtem habebit hereditatis: nam de ſemiſſe tertia pars & duæ ſcil. unciæ diminuuntur & detrahun-

trahuntur. Atqui ita Iuſtin. conſtituiſſe ait principes ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorũ vel avus paternus ſive maternus, quãdo fœmina mortua ſit, de cuius hæreditate agitur. Quæ verba pleniorem aliquam explicationem deſiderant. Ait

Minus tertia parte, quam mater eorum.] Ubi de ſucceſſione maſculi mortui agitur; & ſcil. avi materni: quoniam filia quæ patri agnata eſt, æqualiter cum fratribus ſuis ſucceſſiſſet: & æqualem partem abſtuliſſet, de qua minuitur tertia pars liberis eius. Eademque ratio eſt ſi de pronepotibus quæratur; & de ſucceſſione proavi materni, ex cuius bonis avia æqualem partem ſine diminutione accepiſſet.
1 Neque intereſt an qui hinc ex virili fœmineo ſexu veniunt, ſint pari an inæquali & impari gradu: illi enim ſemper his detrahunt tertiam. Dicimus ex fœmineo ſexu, ratione ſtirpis; nam ubi de ſucceſſione proavi materni quærimus ſtirps ex cuius perſona pronepotes veniunt, eſt fœmina, & proavi materni filia, nec adeo inter eſt, an pronepotes veniant, ex fœmina an ex maſculo, filiæ illius filio, & ita nepote ex filia. Ait

Vel pater eorum vel avus paternus ſive maternus.]
2 Hoc, velut mox ſubiicit, cum fœmina mortua eſt, de cuius agitur ſucceſſione. Repetendum eſt a. hoc *ex tit. infr. de SCto Orphit.* quod ad hæreditatem matris eo SCto fuerint admiſſi filii & filiæ tantum, & quidem pleno jure ſine alicuius partis diminutione, ſed liberi ulterioris gradus excluſi. Et ſi decedens itaq; reliquiſſet filium aut filiam: ex altero filio vel filiis (nihil n. intereſt) nepotes aut pronepotes. hi ex SC. Orphit. per illos primi gradus liberos excludebantur: ſed conſtitutiones eos ſimul admiſerũt, itidem cum diminutione tertiæ partis: & dum Iuſtin. ait, voluiſſe principes, ut plus haberent, qui ſuffragiis veteris juris muniti eſſent, appellatione veteris juris non ſolum intelligit Leg. XII. tabb ſed & SC. Orphit. quod recentioribus Impp ſane jus vetus fuit. Eccum igitur hoc SC. diſpoſuerit, quomodo ſuccedatur fœminis, apparet huius §. tractationem latius patere, quàm innuit & promittit ejus principum, quod eſt de his qui ex maſculis ꝓgeniti ſunt, & per fœminas deſcendunt: itaq; plane confu-
3 ſim & † contra omnem methodi rationem mox cõjungit, caſus quo de avi vel proavi & aviæ vel proaviæ ſucceſſione quæritur, ubi non intereſt, an nepotes ex filio an filia deſcendant. Verum ut explicemus verba textus noſtri; aut quæritur de ſucceſſione aviç aut proaviç. Et 1. Fœmina decedens reliquit filium ſive filiam & ex defuncto filio, nepotem: hic concurrens cum illis, patitur diminutionem partis, quam pater ejus ſuperſtes integram erat accepturus. Idemque juris eſt, ſi fœmina illa ex prædefuncta filia reliquerit nepotem: & proinde repetendum eſt, quam pater, *vel mater* fuerant accepturi. Et recte igitur, cum Iuſtin. dixiſſet *quam mater vel avia*, non adiicit *cum maſculus eſt mortuus*: nam ubi quidem maſculus avus vel proavus mortuus eſt, in his terminis nepotum à L. XII. tabb. excluſorum, tantũ poteſt poni caſus matris vel aviæ, quæ L. XII. tabb. ad patris ſucceſſionem admittebantur: ſed quando fœmina eſt mortua, avia vel proavia, non tantum caſus patris vel avi ſed etiam matris vel aviæ locum invenit. Quoniam ex maſculino ſexu deſcendentes omnes quocunq; gradu ubi de maſculi ſucceſſione quærebatur, a L. XII. tabb. admittebantur: ſed ex deſcendentibus ex fœminis, ſoli qui primo gradu erant, admittebantur ex Orphit. SCto. Ut redeamus unde ſumus digreſſi, hic primus caſus eſt, ubi avia eſt mortua, & liberi primi gradus, cum liberis ſecundi gradus, ſive ex filio ſive filia natis concurrunt. Alter caſus eſt, ubi proavia mortua eſt, & cum liberis primi gradus concurrunt pronepotes qui tertio gradu ſunt. Hi patiuntur detractionem partis, quam avus eorum paternus ſive maternus (idem juxta prædicta eſt in avia materna ſive paterna) integram accepiſſent. Exempli cauſa in hoc Schemate.



Prædefunctis Titio & Sempronio, Seius concurrens cum Caio patitur diminutionem patris quam Titius eſſet accepturus, qui in hac ſpecie eſt Seio avus paternus: Quod ſi loco Sempronij ponas fœminam Semproniam, erit Titius Seio avus maternus. Sin loco Titii ponas fœminam Titiam erit illa Seio avia, & prout in ſecundo gradu ponas fœminam aut maſculum erit Titio aut materna aut paterna, idque & Cuiac. & Hott. adnotarunt poſt verba, *vel pater eorum*, ſupplendum eſſe, *vel mater*: & ſtatim ſupplendum *vel avia paterna ſive materna*, atque etiam hoc explicat Theoph. ſed ut dixi, Iuſtin. cum in caſu altero dixiſſet, *mater vel avia* ad

Digitized by Google

hunc caſum voluit repeti. Hæc paulo prolixius tradere viſum fuit ad explicationem loci paulo obſcurioris, in quo, ut Hott. ait, Iuſtin. ænigmata loqui videtur: & ipſe & ceteri quoque Weſenb. alij rem ſuccinctius & ob hoc obſcurius proponunt. Atque hæc ita ſi remotiori gradu liberi concurrant cum liberis primi gradus in ſucceſſione fœminæ. Quid autem ſi hinc nepotes, hinc pronepotes concurrant? an hi patiuntur ex ratione iuris quod Iuſtin. anteceſſit detractionē? Hæc quæſtio non habet dubium ſi quæratur de ſucceſſione maſculi, cum ex una parte continua ſerie ex maſculis deſcendentes concurrunt, cum iis qui deſcendunt ex fœminis: cum enim illi quocunque gradu vocantur veteri jure ex L. XII. tabb. haud dubie hi cum illis concurrentes patientur detractionem. Atquin ubi de fœminæ ſucceſſione quæritur, hæc ratio dubitandi eſt, quod nec nepotes ſecundo gradu ad ſucceſſionem aviæ ex SCto Orphit admittuntur. Et itaque probo ſententiam Hottom. hic nepotes & pronepotes concurrentes, ſuccedere æqualiter: Siquidem nullam ex iure veteri prærogativam habent nepotes, qua ſe contra pronepotes tueantur, & ipſis detrahant partem. Et hoc ipſum tacite videtur innuere Iuſtinianus, dum caſum præcedentem, quo ulteriores gradus liberi concurrunt cum liberis primi gradus, ſeparat ab eo, quo talis concurſus non eſt, & ubi ſoli ſunt, videlicet qui remotiori gradu ſunt. Neque enim oppoſitive ad caſum illum, exiſtentium liberorum primi gradus, ſoli tantum dicuntur liberi æqualis gradus, ſed etiam inæqualis, ubi alij ſecundo, alii tertio gradu ſunt. Et rurſum hic caſus non tantum contingit, ubi quæritur de ſucceſſione fœminæ, ſed et maſculi: veluti ſi quis v. c avus decedens, vel etiam reſpective avus & proavus ſimul ex filiabus vel neptibus plurib. prædefunctis nepotes neptesve aut pronepotes proneptesve reliquit Et hi ſane haud dubie & L. XII. tabb. & SC Orphitiano excludebantur, & agnatis locus fiebat, ſed ut Iuſtin. hic refert conſtitutiones eos etiam ſolos ad hæreditatem aſcendentium vocarunt, excluſis agnatis, ait enim, agnatos non fuiſſe vocatos. Quod ita accipiendum eſt, ut agnati non fuerint in ſolidum vocati: ceterum eos non plane fuiſſe excluſos, ſed in quadrantem concurriſſe, expreſſum eſt in ſupra citata conſtitutione. *Valent.*
4 *Theod. & Arcad. in l. ſi defunctus* 4 † *C. Theod. de legit. hared.* Si hic defunctus, inquiunt, habebit ex filia nepotes, & præterea filios non habebit, ſed qui præferri nepotibus poſſint (ſcil. ex jure veteri) habebit agnatos, in quandam Falcidiam & in dodantrem nepotes jure ſuccedent: ubi legendum putarem levi emendatione. Hi (ſcil. agnati) in quandam Falcidiam & in dodrantem nepotes ſuccedent: ut nimirum agnati detrahant nepotibus quartam. neque n. uſquam dicitur aut dici poteſt dodrans, Falcidia, ſed Falcidia quadrans eſt. Et hanc partem conſtitutionis Tribonianus detraxit, & reliquum tantum inſeruit Codici Iuſtiniano *in l. ſi defunctus* 19. *C. de ſuis & legit* Loquitur quidem *de l.* 4. *C. Theod. de legit. hared* de ſucceſſione defuncti maſculi: quoniam tamen Iuſtin. indiſtincte de utroque caſu loquitur, niſi aperte erroris eum arguere velimus, fateri oportebit, idem obtinuiſſe in ſucceſſione fœminarum, quarum liberis primi gradus deferebat ſucceſſionem SCtum Orphitianum. Et cum illarū nepotes & pronepotes, conſtitutiones admiſerint, cum liberis primi gradus (quos ſolos vocabat SC.) cum diminutione ſaltem tertiæ partis, abſurdum ſit exiſtimare, eos ſolos exiſtentes ab agnatis fuiſſe excluſos: Siquidem per ſæpe memoratum SCtum agnati per liberos primi gradus excludebantur in ſolidum.

In *fin.* §. docet Iuſtin. per † conſtitutiones prin- 5
cipum admiſſos fuiſſe nepotes ex filiabus ſicut ex L. XII tabb. admittebantur nepotes ex filiis. hac ſaltem differentia, quod his tertia pars detrahebatur. Sed rurſus non recte hoc proponit tantum de nepotibus ex filia, qui ſuccedunt avo materno, ſed addendum erat: quod ſicut SC. Orphitian. vocabat liberos ad ſucceſſionem matris: ita quoque nepotes, per conſtitutiones, cum diminutione ejuſdem partis tertiæ admiſſos fuiſſe. Apparet. adeo vitioſum eſſe Summarium, quod huic §. præſcripſit Pacius. *De deſcendentibus ex fœminis ſi concurrant cum ſuis haredibus.* hoc enim tantum pertinet ad caſum quo agitur de ſucceſſione maſculi: latius autem patere tractationem huius § probavimus. Et amplus ideo hoc non recte dicunt: quoniam licet hoc §. in terminis, avi mortui tantum agatur de L. XII. tabb. quæ ſolum vocabat ſuos: tamen idem quoque adcommodandum eſt ad jus prætoris qui vocabat emancipatos ut ſuos. Itaque ſi hinc emancipatum filium, hinc ex filia nepotes ponamus: hi proculdubio per emancipatum filium jure prætorio olim excludebantur: quod huic loco omnino eſt addendum, ſed tandem manum de tabula.

TEXTUS.

Sed nos, cum adhuc maneret dubitatio inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem ſubſtantiæ defuncti, agnatis ſibi vindicantibus ex cuiuſdam conſtitutionis autoritate: memoratam quidem conſtitutionem à Codice noſtro ſegregavimus, neq; inſeri eam ex Theodoſiano Codice, in eo conceſſimus. Noſtra autem conſtutione promulgata, ſoli juri eius derogatum eſt; & ſanximus: talibus nepotibus ex filia vel pronepotibus ex nepte, & deinceps ſuperſtitibus, agnatos nullam partem ſucceſſionis mortui ſibi vindicare: ne hi qui ex linea tranſverſa veniunt, potiores his habeantur, qui recto iure deſcendunt. Quam conſtitutionem noſtram obtinere ſecundum ſui vigorem & tempora, & nunc ſancimus: ita tamen ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas ſtatuit, non in capita ſed ſtirpes dividi hæreditatem: ſimiliter nos inter filios & nepotes ex filia, iubemus fieri diſtributionem, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes & proneptes, & alias deinceps perſonas ut utraq; progenies matris vel patris, aviæ vel avi portionem, ſine ulla diminutione conſequatur: ut ſi forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent: unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.

COMMENTARIUS.

IUſtinianus amplius quam fecerant anteriores principes, jus nepotum adauxit: & quartam ademit agnatis, quam habebant antea in bonis defuncti, ubi nepotes ex filia, in caſu ſucceſſionis maſculi, vel ſimpliciter nepotes aut pronepotes, ubi fœmina mortua erat, ſupererant. Utitur hac ratione, ne qui veniunt ex tranſverſa linea, his habeantur potiores, qui recto jure deſcendunt: parum ſubtiliter: neque enim qui tantum conſequuntur quartam, potiores poſſunt dici iis, qui habent dodrantem. Itaque dicere debebat; ne qui ex tranſverſa ſunt linea, concurrant cum iis; qui veniunt ex linea recta: quamvis ex rationibus dictis ad §. præced. in iſto concurſu nihil ſit abſurdi. Tum ſubiicit, in concurſu hæreditatem non in capita, ubi plures v. c. ex una filia ſunt nepotes, ſed in ſtirpes dividi debere. Et potuit in concurſu nepotum ex pluribus filiabus hæc ratio dubitandi eſſe, quod ipſi veteri jure excluſi non tam repræſentationis, quam proprio jure ex novis conſtitutionibus venire videbantur ad ſucceſſionem. Sed enim poſtquam hoc illis jus datum eſt, ad inſtar nepotum ex filiis, rationis eſt, ut eodem modo hæreditas dividatur. Et hoc quoque §. Iuſtin. confuſim agit de ſucceſſione maſculi & fœminæ. Nam in *verſ. noſtra*, in verbis *talibus nepotibus ex filia* intelligit proculdubio eos qui volunt ſuccedere avo materno, & mox in *verſ. ſimiliter.* in verbis, *inter filios & nepotes ex filia*, ita ut de his tantum agere videatur, verum paulo inferius *in verſ. ut utraq;* ibi, *matris vel patris avia vel avi.* neceſſum eſt intelligi caſum, ubi quæritur de ſucceſſione fœminæ: Siquidem neptis ex filio avo paterno ex veteri jure XII. tabb. ſuccedit: itaque oportet intelligi cum quæri de ſucceſſione aviæ, cum neptis dicitur ex beneficio conſtitutionum & Iuſtiniani capere partem quam pater ejus accepiſſet.

Cum porro *in pr.* §. proponat de quarta quam agnati detrahebant nepotibus, & hanc ſe ſuſtuliſſe profiteatur, conſequenter etiam fatendum videtur, quod in h. §. tantum tractetur caſus, quo nepotes vel pronepotes ſoli ſunt, vel inter ſe concurrunt, aut ex filia tantum filiabusque ubi agitur de ſucceſſione maſculi: aut qualeſcunque nepotes & pronepotes ſoli, cum agitur de ſucceſſione fœminæ. Nam ubi cum nepotibus ex filia concurrebant olim circa ſucceſſionem maſculi, filii, vel ex filio nepotes: vel circa ſucceſſionem fœminæ cum liberis primi gradus concurrebant nepotes vel pronepotes, nullus plane locus erat agnatis ſed illic filii aut nepotes ex filio, hic liberi primi gradus ceteris tertiam detrahebant. Et conſequenter mutatio huius § tantum pertinebit ad caſum priorem, ubi nulli ſuperſunt, qui ex L. XII. tabb. vel SCto Orphitiano, ſ[ui] li vocabantur, & quibus conſtitutiones poſteriores tertiam adjecerunt, & duas tertias ne-

potibus ante excluſis dederunt, quod & Weſ. hic adnotavit: Iuſtinianum hic ſuſtuliſſe jus, quod quartam dabat agnatis, non autem illud jus, quod filiis aut nepotibus ex filiis in ſucceſſione aviæ, vel quod liberis primi gradus in ſucceſſione fœminæ, nepotibus concurrentibus, tertiam dabat: ſed hoc demum per N. 118. eſſe ſublatum. Quæ explicatio omnino videtur neceſſaria: tum quod Iuſtin. in *pr.* §. meminit conſtitutionis, quæ hanc quartam dabat agnatis, quam ait ſe non conceſſiſſe ut ponerentur in Codice ſuo, cui etiam ſolum ſe derogaſſe profitetur: tum conſequenter quod illa conſtitutio, quæ tertiam tribuit illis qui veteri jure prærogativam habebant, diſerte eſt inſerta Codici Iuſtinianeo *in l. ſi defunctus* 19. *C. de ſuis & legit.* neque per hunc §. *Inſti.*, poteſt videri derogatum iſti conſtitutioni, quæ in ſecundum Codicem, qui Inſtitutiones ſecutus eſt, relata fuit & ipſe hic §. oſtendit, conſtitutionem quam in Codicem ſuum tranſtulit Iuſtin. needum fuiſſe abrogatam. Facit quod conſtitutio ipſius correctoria ad quam hic ſe refert *in l. ubi C. de legit. hered.* tantum loquitur de veteri quarta agnatorum. Et huic tamen ſententiæ valde mihi refragari videntur ipſa huius §. verba, *in verſ. ſimiliter, nos*, inquit, *iubemus inter filios & nepotes ex filia, &c.* qui utique caſus diſertiſſimus eſt, quando nepotes ex filia concurrunt cum avunculis in ſucceſſione avi: Et ſtatim: *ut utraque progenies, &c.* nimirum & maſcula vel ex maſculis, & quæ ex fœmina eſt: & utramque ſcil. vult percipere portionem matris vel patris ſui ſine ulla diminutione: Quæ faciunt ut iſta verba non poſſint referri ad diminutionem quartæ quæ per agnatos fiebat: ſiquidem in concurſu utriuſque progeniei ex maſculis & fœminis his nullus locus erat. Et in verbis paulo ante propoſitis, apertiſſime Iuſtin. duplicem caſum proponit, quo nepotes, vel pronepotes & quo liberi ulterioris, & primi gradus concurrunt. & mihi non dubium eſt quin in verbis, *inter filios & nepotes ex filia*, intelligat concurſum in ſucceſſione in bona maſculi, reſpective patris & avi materni. An ita ſocordem Tribonianum fuiſſe dicemus, ut non meminerit conſtitutionis ſuæ *in l. 19. C. de ſuis & legit.* aut cum ſecundum Codicem ſcriberet, oblitum eorum quæ hoc § ſcripſit. Verum enimvero in primo Codice fuiſſe iſtas conſtitutiones evincit, quod hic meminit conſtitutionis novæ ſuæ, qua derogaverit Iuri veteri: quæ ut diximus non eſt alia, quam *l. ult. C. de ſuis, & legit.* qua tantum tollit quartam agnatorum: tertiam autem in paulo ante ſub *eod. tit.* poſita conſtitutione *in l. ſi defunctus* 19. relinquit. Ego ſubſiſto, nec hoc extrico. Ait Iuſtin. *in p* §.

Cum dubitatio maneret]Id eſt controverſia quædam, quam movebant agnati nepotibus illis: neque enim fuit jus dubium, ſed expreſſa L. eorum.

Cuiusdam conſtitutionis.] Intelligit *l. 4. C Theod. de legit. hered.* quam mutilam, expuncta illa parte, quæ erat de quarta agnatorum in Cod. Iuſtin. ſub *tit. de ſuis & legit. in l. 19* collocavit Tribonianus.

Noſtra conſtitutione.] *L. ult. C. de ſuis & legit.*

Nepotiores] Nihil abſurdi eſt, ut aliqui collaterales, ob ius agnationis, aliquibus deſcendentibus, & his qui in aliena familia exſiſtunt, ſint potiores, ſed aliud viſum fuit Iuſtiniano.

AD TITULUM II. LIBRI TERTII INſtitutionum.

DE LEGITIMA ADGNATOrum ſucceſſione.

TEXTUS.

Si nemo ſuus hæres vel eorum, quos inter ſuos hæredes prætor vel conſtitutiones vocāt exſiſtat, qui ſucceſſionem quoquo modo amplectantur: tunc ex Lege XII. tabb. ad agnatū proximū pertinet hæreditas. Sunt autem agnati, (ut libro quoque primo tradidimus) cognati per virilis ſexus perſonas cognatione coniuncti, quaſi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres agnati ſibi ſunt, qui & conſanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi agnatus eſt. Eodem numero ſunt fratres patrueles, id eſt, qui ex duobus fratribus procreati ſunt, qui etiam conſobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Ii etiam qui poſt mortem patris naſcuntur. Non tamen omnib. ſimul agnatis dat Lex hære-

hæreditatem, ſed iis qui tunc proximiore gradu ſunt, cum certum eſſe ceperit, aliquem inteſtatum deceſſiſſe.

Commentarius.

1 *Diſtinctio ſuorum.*
2 *Explicatio l.* 5. unde legitimi *circa definitionem agnatorum.*
3 *Notatur ICtus* in l. 1. §. 9. & 10. cum l. ſeq. de ſuis & legit. *circa verbum conſanguineus.*
4 *Conſanguinei qui ſint.*
5 *Conſobrini qui.*

HActenus de ſuis, ſequitur de his qui ſecundo loco & ordine à L. XII. tabb. vocâtur, ſui quo ad hanc ſucceſſionem, alii ſunt vere tales, alii eorum jure utuntur, ut vel ſoli vel cum aliis vere ſuis concurrant. Idque eſt quod Iuſtin. *in pr.* ſcribit,
1 quoſdam † eſſe ſuos quoſdam inter eos vocari, & vocantur vel ex prætorio jure, vel ex conſtitutionibus: Ex illo emancipati: de quibus *tit. praeced* §. *emancipati* 9. Ex conſtitutionibus tum legitimati, de quibus *in* §. 2. *tit. praeced.* tum nepotes & pronepotes illi, de quibus *in* § *pen. & ult. eiuſdem tit.* Hi propter autoritatem juris prætorii & conſtitutionum præferuntur agnatis, qui alias L. XII. tabb. potiores eſſent. Itaque non ſatis ſubtiliter dicitur, poſt memoratas in pr. perſonas, Tunc ex L. XII. tabb. vocari agnatos: nam ex L. XII. tabb. non tum demum & poſt ſuos ſive vere ſive per productionem, ſed poſt vere ſuos, vocantur agnati, ſed paulo pinguius locutus eſt Tribonianus: quod inhibita jure prætorio & conſtitutionibus poteſtas L. XII. tabb. deficientibus illis perſonis jam ſe exſerat, & deferat hæreditatem agnatis. Et L. XII. tabb. ſupr. *ad pr. tit praeced.* meminimus, ſi ei ſuus hæres non erit, agnatus proximus familiam habeto. Quis proximus hic ſit & dicatur, *infra* mox explicatur.

Sunt autem agnati.] Deſcriptio agnatorum etiam *ſup. lib.* 1. *tit.* 15. *de legit. agn. tut* propoſita fuit, ubi diximus: Et ſubjecta exempla perſpicua ſunt: quæ confirmantur una cum deſcriptione ex *l.* 2. §. *de ſuis & legit. l. inter* 5 *in pr. unde legit. l. ult.* §. 4. *de grad. & adfin.* ubi confirmatur genus adnatorum, quod hic ponitur: Eſſe nimirum eos cognatos. Cognatio enim in ſpecie quidem adnationi opponitur. ſed generalius etiam comprehendit agnationem: itaque recte JCtus *in d. l.* 4. inter agnatos hoc intereſſe: quod inter genus & ſpeciem, (rectius dixiſſet, quod inter ſpeciem & genus, ut ordo eſſet idem verborum.) & quod quisquis agnatus eſt, etiam ſit cognatus, non vice verſa. Itaque alio ſenſu JCtus *in d l.* 5. *unde legitimi* † ait, in agnatis contineri co- 2 gnatos, non contra in cognatis agnatos. Utique enim ſub genere continetur ſpecies, non contra. Quod ita defenditur, quatenus ſuo ſenſu plus eſt in ſpecie, quam in genere: Nam tota eſſentia generis eſt in ſingulis ſpeciebus, & ſpecies ſingulæ inſuper habent propriam differentiam. Ita homo habet totam eſſentiam animalis, & inſuper hanc differentiam, quod ſit rationalis, quæ nimirum in homine & in ſpecie quavis eſt determinate, ſed in genere tantum indeterminate: omne enim genus ut Logici docent, qua tale, manet indeterminatum, & differentiæ quibus determinatur ſpecies tantum potentia ei inſunt: ceteroquin fieri non poſſet, ut genus communicaret totam ſuam eſſentiam ſingulis ſpeciebus. Atque ita quoque accipienda & declaranda propoſitio, qua dicimus; quidquid eſt in ſpecie etiam eſſe in genere: ut quo ad differentiam, indeterminate eam ineſſe intelligamus, ſed hæc obiter ad declarationem *d. l* 5. *unde legit.*

Ait porro Iuſtinianus de fratribus, eos agnatos eſſe, & conſanguineos dici. Cum enim ſint tantum duo ordines ex L. XII. tabb. ſuorum & agnatorum, neceſſario hos inter ſe agnatos eſſe oportet: & certe parū ſubtiliter ſeparantur † à JCto *in l* 1. §. 9. *&* 3
10. *cum l. ſeq. de ſuis & legit.* ubi poſt conſanguineos, (quos diſtinguit & recte à ſuis) ait vocari agnatos: & ita agnatos demum accipit, qui poſt fratres ſequuntur, nulla plane idonea ratione: niſi forte ideo (quæ tamen ratio non ſufficit) quod hi ſpeciale nomen ſunt ſortiti. Conſanguineos eſſe ait itidem JCtus *in d. l* 1. §. 10. eos, qui inter ſe ſanguine connexi ſunt. Quod incidit in duplicem reprehenſionem: tum quod etiam ceteri agnati, tū quod imo etiam cognati in ſpecie dicti utique ſanguine juncti ſunt, ſane conſanguinei à ſanguinis † 4
conjunctione appellantur, & cum fratres in ſpecie conſanguinei appellentur, oportet etiam in ſpecie ipſis tribui propria quadam ratione conjunctionem ſanguinis qui proxime & immediate ab eodem ſtipite deſcendit: & quidem ſi Ariſtotelis placita ſequimur, magis ex patre imo ex hoc tantum æſtimandus venit Itaque fratres licet matrem communem non habeant, conſanguinei ſunt h. §. ceterum alias jus ſanguinis pro naturali conjun-

ctione inter cognatos uſurpatur, ut notamus ad §. *ſeq.* & adeo non abſurde conſanguinitas à Cann. dicitur de omnibus cognatis. In ſpecie autem uſurpatur de duobus fratribus tantum ex uno patre ſive talibus ſororibus *h.* §. *l.* 1. §. 9. 10. *& ul. de legit. har. l. ſi is 44 de adop. l.* 2. §. *ſi ſit* 18. *cum* §. *ſeq. & l.* 7. *ad Tert.* §. *ceterum* 3. *in fi. h. t. l.* 4. *C. de legit. har. Fratres patrueles*] de gradibus accuratius agetur *inf t.* 7. ubi Juſtin. *in* §. 4. ait conſobrinos magis proprie dici duarum ſororum liberos, quod & notatio nominis arguit, ut ſcribit Donat. *ad illud Terent. Hecyr. act.* 3. *ſcen.* 5 Quid reliqui Phania conſobrinus noſter. Et ita Nonius in extremo. Conſobrini, ex duabus editi ſororibus quaſi conſororini. Latius id verbum accipit *Iſidor. lib.* 9 *cap.* 6. pro his, qui ex duabus ſororibus aut ex fratre & ſorore nati ſunt Et inconcinnum ſane videatur, ut fœmininum contineat maſculinum, & appellatione ſororum fratres contineãtur, quomodo tamen German. Geſchwiſterig dicunt etiam pro fratribus. Et verbum conſobrinorum apud Latinos quoque latius, ut hic Juſtiniano, uſurpatum videtur. Et in modo citato loco Terentij, omnino conſobrinus videtur ſignificare eum, qui ejuſdem erat familiæ, cujus hæreditatem proximitatis nomine Laches creverat. Et apud *Cicer.* 1. *offic.* Sequuntur fratrum conjunctiones. poſt conſobrinorum, &c Et teſtatur *Paulus in l. ult* §. *quarto* 15. *verſ. matertera in fi de grad & adfin.* omnes qui ex fratribus & ſororibus nati ſunt, à pleriſque vero nomine conſobrinos dici. *add. notata ad* §. 4. *infr. de grad. cogn.* Hæc Grammatica ſunt.

Qui poſt mortem patris naſcuntur.] Cõperit enim iis omnino definitio conſanguineorum *l. ult. unde legit l.* 1 §. *ult. de ſuis & legit.* In remotioribus gradibus quo ad jus ſuccedendi, ut agnatus habeatur, oportet eum vivo eo, de cujus ſucceſſione agitur, eſſe conceptum.

Non tamen omnibus] Lex XII. tabb. diſerte proximum gradum vocat: quo tempore proximitas ſpectetur, dicemus cum Juſtin. *in* §. *proximus* 6. *inf h. t.* Et jus hoc quoque § propoſitum mutavit Juſtin. Cum enim hæc omnia ad jus ſuccedendi referantur, & fratres conſanguinei tantum, haud dubie præferrentur uterinis tantum, & cum utrinque conjunctis quoque concurrent, propter ius agnationis, utrumque mutavit Juſtinianus *N.* 118. *cap.* 3. ut & per utrimque conjunctos excluderentur, & uterini cum iis concurrerent,

TEXTUS.

1. Per adoptionem quoque agnationis ius conſiſtit: veluti inter filios naturales, & quos pater eorum adoptavit. Nec dubiũ eſt, quin ii improprii conſanguinei appellentur. Item ſi quis ex ceteris agnatis, veluti, frater, aut patruus, aut denique is qui gradu longiori eſt, adoptaverit aliquem, agnatus inter ſuos eſſe, non dubitatur.

COMMENTARIUS.

CUm jus ſuitatis quæratur per adoptionem etiam & multo magis quæretur jus agnationis: quod civile nomen ait eſſe JCtus, *in ult.* §. 4. *de gradit & Juſtin. in* §. *ult de legit. agn. tut.* Adoptatus enim tranſit in familiam adoptantis, itaque quibuſcunque hic agnatus eſt iiſdem & ille efficitur agnatus *l. qui in* 23. *de adoptionib. l.* 2. § *parvi* 3. *de ſuis & legit.* Eos tamen improprie fratribus ſuis conſanguineos dici ait Juſtin. ſiquidem, ut ſup notatum, conſanguinei dicuntur, qui juncti ſunt ſanguine *l.* 1. §. 9. *de ſuis & legit.* jus autem ſanguinis non affert adoptio *l. qui in* 23. *de adoption.* quem textum ad hoc adducit Hottom. ſed profecto imperite: probat enim illa ratione JCtus eo loco, quod adoptatus nõ fiat cognatus aliis cognatis patris adoptivi: adeoqs jus ſanguinis accipit pro naturali conjunctione: prorſus ut *in l. iura* 8. *de reg. iur.* jura ſanguinis negantur jure civili dirimi poſſe. Tum etiam ſane adoptatus, licet fratribus revera conſanguineus nõ fiat, tamen jus conſanguinitatis conſequitur, ut eſt *in l. ſi is* 44 *de adopt.* (ut conſanguineorum jure ei ſuccedat) *l.* 1. §. *ult. de ſuis & legit.* quo & ſcil effectus reſpectu ſimpliciter frater adoptatus cõſanguineus vocatur *l. ſi quis* 7. *ad SC. Tertull.* Hoc autem hodie poſt conſtit. *l. pen. C. de adopt.* de qua *in* §. *ſed ea* 14 *tit. prac.* tantum habet locum in adoptione, quæ facta eſt ab aſcendente.

Agnatus inter ſuos eſſe.] In veteribus editionibus impreſſis, ſed & in quibuſdam manuſcriptis, legitur, *Inter ſuos haredes*, ſed ſane vitioſe & vox *haredes*, expungenda eſt: Illud autem parum intereſt, an legatur inter *ſuos*, an *tuos*.

TEXTUS.

2. Ceterum inter maſculos quidem agnationis

tionis jure hæreditas, etiamſi longiſſimo gradu ſint, ultro citroque capitur. Quod ad fœminas vero attinet, ita placebat, ut ipſæ conſanguinitatis jure tantum capiant hæreditatem, ſi ſorores ſint, ulterius non capiant: maſculi autem ad earum hereditates, etiamſi longiſsimo gradu ſint, admittantur. Qua de cauſa fratris tui aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hæreditas ad te pertinebat: tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita conſtitutum erat, quoniam commodius videbatur ita jura conſtitui, ut plerunque hæreditates ad maſculos confluerent. Sed quia ſane iniquum erat, eas in univerſum quaſi extraneas repelli, prætor, eas admittit ad bonorum poſſeſsionem ea parte, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem pollicetur: ex qua parte ita ſcilicet admittebantur, ſi neque agnatus ullus, neque cognatus proximior interveniat. Et hæc quidem Lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, ſed ſimplicitatem Legibus amicam amplexa, ſimili modo omnes agnatos, ſive maſculos, ſive fœminas cuiuſcunq; gradus, ad ſimilitudinē ſuorum invicem ad ſucceſsionem vocabat. Media autem Iuriſprudentia, quę erat quidem Lege duodecim tabularum iunior, Imperiali autem diſpoſitione anterior, quadam ſubtilitate excogitata differentiam præfatam inducebat, & penitus à ſucceſsione agnatorum eas repellebat, omni alia ſucceſſione incognita, donec prętores paulatim corrigentes aſperitatem civilis iuris, ſive quod durat impl̄entes, humano propoſito alium ordinem ſuis addiderunt edictis, & cognationis linea proximitatis nomine introducta, adiuvabant eas per bonorum poſſeſsionem, & pollicebantur his bonorum poſſeſsionem, quæ *unde cognati*, appellantur.

COMMENTARIUS.

1 *Media Iuriſprudentia.*

Refertur duplex jus, alterum Legis XII. tabb. alterum mediæ Iuriſprudentiæ, quæ ſecuta eſt L. XII. tabb. circa ſucceſſionem fœminarum agnatarum, nam cognatæ tantum fœminæ, neutro hoc jure admittebantur. Lex XII. tabb. indefinite poſt ſuos, ſecundum ordinem fecit agnationis, nec excluſit fœminas quocunque gradu agnatas, quales ſunt fratris filiæ, itemq; porro fratris neptes ex filio, itemq; amita patris ſoror, aut amita magna avi paterni ſoror: quam ſententiam L. XII. tabb. etiā proponit *Iuſtin. in l. pen. & ult. C. de legit. hæred.* & teſtatur *Paul. 4. ſent. 8.* Huic juri derogatum poſtea fuit, per nimiam ſubtilitatem, ut ait Juſtin. forte ut ſuſpicor, introducta diſtinctione inter agnationem & conſanguinitatem, quæ tantum eſt inter fratres & ſorores ὁμοπατρίους ut hic concluderetur jus ſuccedēdi fœminarum, reliquis remotioribus repulſis. Cōtra quam ſententiam more ſuo *d. l. pen. C. de legit. hæred.* multa, ſed inepte, ſicut in ſimili caſu *in §. Item vetuſtas pen. tit. prac & in l. maximum C. de liber. præter.* diſputat Iuſtin. cujus judicio qui plus tribuerit, quam tot prudentum, næ ille Iuſtinianno homini uxori fuerit ſimilis. Videndum autem quænam ſit 2
† illa, ut eam hic appellat, media Iuriſprudentia. Et Hottom. non putat intelligi diſputationem JCtorum, ſed νομοθεσίαν, & leges latas poſt XII tabb. & nimirum Legem Voconiam de qua non pauca diximus ad *pr. tit. ſup. de fideicomm. hæred.* & ita ſane extat apud *Paul 4. ſent. 8.* videri effectū rogatione Voconia, ut ne ultra ſorores cōſanguineas aliæ fœminæ ad ſucceſſionē admitterentur. Sed mihi iſtud probabile ideo non ſit, quoniam d. loco ſolide demonſtravimus, nec patrem quidem potuiſſe filiā, utique non in ſolidum, hæredem inſtituere, & difficilius eſt, ut quis repellatur à ſucceſſione teſtati: ceteroquin parentes potius qui hæreditatem ad filias pertinere voluiſſent, inteſtati deceſſiſſent. Quod ſi ex Lege Voconia non ſucceſſerunt filiæ patri, multo minus ſuccedere fratrib. potuerunt, ut forte quis exiſtimare poſſet per diſputationem JCtorum mitigatam Voconiam, & ab ea receſſum hactenus ut ſorores jus capiendæ hæreditatis haberent: nam ut diximus ad *d. pr. de fideicomm. hær.* jam pridem & ætate Gellij Lex Voconia in deſuetudinem abierat: ut

proin-

proinde mihi iſtud quod hic refertur, Legi Voconiæ non recte tribui videatur. Et conſtat jus iſtud, ut ſorores conſanguineæ tantum ſuccederent fratribus, etiamnum temporibus JCtorum noſtrorum obtinuiſſe, ut conſtare poteſt *ex Paulo d. loco*, & *ex Vlpian. tit. de legitim. hæred. §. ad fœminas.* Igitur ſi per mediam Juriſprudentiam intelligimus diſputationes JCtorum, quod Weſenb. placet, & videtur ita accepiſſe Juſtinianum Theoph. dum vocat *τοὺς μέσω τῆς δωδεκαδέλτου σοφοὺς*, jam injuriam illis facit Iuſtinianus hic, ſiquidem, ut diximus, jam olim per Legem Voconiam fœminis jus ſuccedendi etiam in bona patrum ademptum fuit. Et ſiquidem à LL. XII tabb. computamus, Juriſprudentiam mediam, ea ſane latiſſimum ſpatium & circiter 600. annos occupatura eſt: Nec enim dubito falli Weſenb. qui eam tantum porrigit uſque ad tempus, quo Reſp. ab Impp. occupata fuit: quippe cum priores principes parciſſime & raro derogarint juri veteri: & nominatim ex hac diſpoſitione & ſanctione juris nihil eos mutaſſe ex jam dictis apparet. Et ego potius porrigendam putarem mediam Juriſprudentiam uſque ad tempora ſedis Imperij in Orientem translatæ, tum enim fere tota forma Reſpub. immutata Impp. illi ſecuri veræ juris rationis, cui plurimum priores Impp. tribuerant, omnia pro libitu mutare & innovare, & novam pene Juriſprudentiam conſtituere ceperunt: quod præ ceteris egregie præſtitit Iuſtinianus. Et ita accipio & limito, Juſtin. ait hoc loco, mediam Iuriſprudentiam fuiſſe anteriorem Imperiali diſpoſitione, quæ videlicet eſt Impp. Græculorum & Conſtantinopolitanorum. Hæc de duplici jure civili veteri. Tertium additur, quod Juriſprudentiæ rigorem ut cum Juſtiniano loquamur, mitigavit aliquatenus, & fœminas agnatas, quæ eſſent ultra conſanguineas, inter cognatos tertio ordine vocavit: adeoque poſt omnes agnatos etiam gradu remotiores (quia agnatorum ordo omnimodo præcedit cognatos cujuſcunque gradus) & ſimul poſt cognatos proximiores, quia nulla prærogativa agnationis, ſed tantum ut cognatas vocavit, ubi enim concurrit ordo agnatorum cum ordine cognatorum, agnatus ſimpliciter præfertur, ſine conſideratione gradus. Ceteroquin in ſingulis ordinibus ex prærogativa gradus eſt ſucceſſio: excepto ordine ſuorum aut generalius, liberorum, in quo eſt locus juri repræſentationis, juxta notata *ad tit. præced.* Ait Iuſtin. *in pr. §.*

Etſi longiſſimo gradu.] An ultra decimum gradum ſit ſucceſſio, videbimus *infr. §. ult. de ſucceſſ. cognat.*

Quia commodius erat.] Hanc rationem defendimus *ad §. pen. tit. præced.*

In univerſum repelli.] Jure ſane civili, omnes cognati tantum in univerſum repelluntur, ſed prætor putavit iis ſaltem locum faciendum poſt agnatos.

Proximitatis nomine.] Hoc verbum late patet: hic in ſpecie diſtinguitur ab agnatione: vel ſignificati quia utique conjunctæ erant defuncto, æquum fuiſſe eas admitti. Weſ. putat maxime de fœminarum conjunctione hoc verbum dici, *arg. l. 4. unde cognat.*

Lex XII. tabb.] Commendat hic L. XII. tabb. & *in l. pen. C. de legit. heredit.* ait bene per L. XII. tabb. humano generi proſpectum fuiſſe. At enim *tit. ſeq. in pr.* eam, ut ſtricte nimis ſucceſſionis jura concludentem, accuſat: & quam longiſſime paſſim, & maxime *N. 118.* ab ea receſſit, ubi plane ſublata, omni prærogativa agnationis æqualiter & fœminas, & per has conjunctos admiſit: & tam prudenter à veteribus conſtituta ſucceſſionum jura penitus pervertit & corrupit, *γυναικεραστὴς ὢν* Imperator.

Donec prætores] Nimis loquax hic eſt, & iterum odioſe inculcat, quod paulo ante hoc eodem §. *in verſ. ſed quia* dixerat. Videtur autem hic innuere, quod agnatarum per jus civile excluſarum gratia tertium ordinem adiecerit prætor Edicto ſuo, dum ait: prætores humano propoſito, & adjecto alio ordine proximitatis nomine, agnatas illas vocaſſe. Verum cum multi alij naturaliter conjuncti jure civili excluderentur, non crediderim, propter fœminas has primo motum fuiſſe prætorem ut ſtatueret tertium iſtum ordinem ſuccedendi.

TEXTUS.

4 Nos vero Legem XII. tabb. ſequentes, & ejus veſtigia in hac parte conſervantes, laudamus quidem prætores ſuæ humanitatis, non tamen eos in plenum mederi huic cauſæ invenimus. Quare enim gradu uno eodemque naturali concurrente, & agnationis titulis, tam in maſculis quam in fœminis æqua lance conſtitutis, dabatur maſculis quidem ad ſucceſſionem venire omnium agnatorum: ex agnatis autem mulierib. nulli penitus

niſi

Digitized by Google

niſi ſoli ſorori ad agnatorum ſucceſſionem patebat aditus? Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eandem diſpoſitionem exæquantes, noſtra conſtitutione ſancimus omnes legitimas perſonas, id eſt, deſcendentes per ſexum virilem, (ſive maſculini generis, ſive fœminini ſint) ſimili modo ad jura ſucceſſionis legitima ab inteſtato vocari, ſecundum ſui gradus prærogativam: nec ideo excludendas, quia conſanguinitatis jura, ſicut germanæ non habent.

COMMENTARIUS.

PRima mutatio Iuſtinianea, juris veteris, ut juxta L. XII. tabb. fœminis omnibus ſint jura agnationis in ſucceſſionibus integra, & illæ perinde ut maſculi agnationis jure ex prærogativa gradus admittantur *h. §. & l pen. C. de legit. hared.* Quæ ſumma eſt: & nimis multa verba fundit Tribonianus.

In hac parte.] Bene, *in hac parte*. nam alibi nimio quam à L. XII. tabb. diſcedit, cujus veſtigiis inſtitiſſe fuerat rectius.

Laudamus prætores ſua humanitatis.] Hic opus regula in Syntaxi: quis non intelligat Græculum loqui [illegible] φιλανθρωπίας: quomodo fere hoc etiam reddit Theoph.

Non tamen in plenum.] Nec voluerunt quidem, nec debuerunt.

Quare enim.] Inepte rogas: & ſupra h. §. commodius exiſtimatū dixiſti, ut hæreditates ad maſculos confluerent. Hæc ſolidiſſima ratio eſt: quæ etiam movit populum Romanum, ut juberet Legem Voconiam. Quid utilius inquit ille apud *Gellium 20. noct 1.* plebiſcito Voconio, de coercendis mulierum hæreditatibus? Nunquam iſtud perſuaſiſſet ſane Triboniano. Sed aliter catuli o[illegible], aliter ſues. Ineptior diſputatio eſt & prolixior *in l. pen. C. de legit. hared* Et quis ſanæ mentis non æquiſſimam putat, plus tribui maſculis, quibus foris domique bello & in pace adminiſtratur Reſpublic. cujus etiam intereſt, non inſoleſcere divitiis impotentem ſexū, quod & Hottom. hic notat. Et veriſſime Theoph. quod utiliores ſint maſculi Reipub. *πολεμοῦντες, λειτουργοῦντες, ἄρχοντες ad § 3. ſup. tit.*

Omnes legitimas perſonas.] Reſpicere videtur ad edictum prætoris, cujus ſecundo capite ſub appellatione legitimorum vocantur agnati Quia Lex XII. tabb. prætor ſuos tantum agnoſcit agnatus: & Lex per excellentiam intelligitur XII. tabb.

TEXTUS.

4. Hoc etiam addendum noſtræ conſtitutioni exiſt mavimus, ut unus transferatur tantummodo gradus à iure cognationis in ſucceſſionem legitimam: ut non ſolum fratris filius & filia, ſecundum quod iam definivimus, ad ſucceſſionem patrui ſui vocentur, ſed etiam germanę conſanguineæ vel ſororis uterinæ filius & filia ſoli, & non deinceps perſonæ, una cum his ad iura avunculi ſui perveniat, & mortuo eo, qui patruus quidem eſt ſui fratris filiis, avunculus autem ſoboli ſororis ſuæ, ſimili modo ab utroque latere ſuccedāt, tan quam ſi omnes ex maſculis deſcendentes iure legitimo veniant, ubi frater & ſoror ſuperſtites non ſunt. (hic etenim præcedentibus perſonis, & admittentibus ſucceſſionem ceteri gradus remanēt penitus ſemoti) vide licet hæreditate non in ſtirpes, ſed in capita dividenda.

COMMENTARIUS.

1 *Germanus frater quis.*

ALtera mutatio Iuſtinianea ex *l pen. §. in his C. de legit. hæred.* ut non tantum ſoror quæ agnata eſt, ſed etiam hujus liberi; qui cognati tantum ſunt, jure agnationis avunculo; cum aliis ejuſdem gradus agnatis ſuccedant. Semel aggreſſus temerate jura vetera, ſtatuere ſibi modum non potuit, favente ut ſuſpicari licet, impenſius ſexui ſuo Theodora, & imo ipſa Leges ferente, aut an forte Triboniano in ſingulos caſus.) ut ne crederetur precio corruptus generales LL. ferente: quo nomine eum notat Suidas: & ſi forte non fides Grāmatico, Procopius autor eſt, cùm hoc egiſſe. ut quotidie novas LL. cónderet. Rupta tandem modeſtia N. 118. omnia turbavit, & cognatos cum agnatis maſculos & fœ-

 minas

minas pariter admiſit, & pleraque in Codice conſtituta, & in hos titulos relata evertit.

Addendum noſtræ conſtitutioni.] Eſt enim pars *l. pen. C. de legit. hæred.* itaque errat Hottom. qui hanc conſtitutionem deſiderari ait.

Vnus tantummodo gradus] Tertius videtur, ſed ut jam diximus *N.* 118. omnibus gradibus cognationis æqualia iura cum agnatis dedit.

Germana conſanguinea uterina.] Qui uterini ſint, ſatis conſtat ὁμογάστριοι diverſo patre nati: diximus enim ſupra qui ſint conſanguinei in ſpecie, Germanos eſſe putant, qui αὐτογενεῖς dicuntur: qui utrumque patentem communem habent: idque huic loco convenire videtur: quamvis ipſe Iuſtin. in extremo *§. præced.* innuat, cum qui conſanguineus eſt,
2 & † germanum dici. Eſt apud *Terent. act.* 1. *ſc.* 5. ſi te in germani fratris dilexi loco, & in *Adelp. act.* 2. *ſc.* 4. ô mi germane, & *ibid. act.* 5. *ſc.* 8. Nunc tu mihi es germanus pariter corpore & animo. *Feſtus.* Germen, eſt, inquit, quod ex arborum ſurculis naſcitur, unde & Germani quaſi eadem ſtirpe geniti. Iſidorus 9. *Orig* 6. Germanos ait dictos, quaſi de eadem genitrice manantes. Sed ita fuerint uterini. Cicero *pro M. Fonteio.* cum virgo Veſtalis ex altera parte fratrem germanum complexa teneat. & pro Milone, meminit ſororis Germanæ. Ex quibus tamen quisnam revera frater Germanus ſit, an utrimque conjunctus, an tantum ὁμοπάτωρ, mihi non liquet. Illud conſtat germanum paſſim pro vero, ſincero, & non fucato accipi, & ad varias res transferri.

Et ſucceſſionem admittentibus.] Si enim repudiët, admittitur ſecundus gradus, de quo dicemus *in §. placebat infr. h. t.*

Cæteri gradus manent ſemoti.] Hoc mutatum eſt *N.* 118. *cap.* 3. ex qua defuncti fratris vel ſororis liberi cum patruis & avunculis concurrunt.

Hæreditate non in ſtirpes.] Ubi videlicet hinc fratrum, hinc ſororum liberi currunt: quoniam in linea collaterali non eſt locus juri repræſentationis: niſi in caſu jam dicto *N.* 118. *cap.* 3.

TEXTUS.

5. Si plures ſunt gradus agnatorum, aperte Lex 12. tabb. proximum vocat. Itaque ſi, verbi gratia, ſint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis ſingulari numero uſa Lex duodecim tabularum, proximum vocet, tamen dubium nõ eſt, quin plures ſint ejuſdem gradus, omnes admittantur. Nam & proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium quin licet unus ſit gradus agnatorum, ad eos hæreditas pertineat.

COMMENTARIUS.

1 *An fratrum liberi ſoli in capita ſuccedant.*

EXplicatur Lex 12. tabb. cujus verba hæc ſunt, *Agnatus proximus familiam habeto.* Proximus ſcil. gradu: & proinde qui ſecundo gradu eſt & ſcil. frater defuncti excludit eum qui tertio gradu eſt, defuncti patruum, aut defuncti fratris filium: quod poſterius quoque dixit *§. præc.* ſed mutavit *N.* 118. *c.* 3. quæ fratris liberis, quod olim non habuerunt *leg.* 3. *Cod. de legit. hæred.* jus repræſentationis dedit: nimirum ſi concurrant cum patruis. Quod ſi plurium prædefunctorum liberi, † nullo patruo aut avunculo ſuperſtite inter ſe concurrunt, notiſſima controverſia eſt, an veniant jure repræſentationis, & 2
adeo an hæreditas in ſtirpes an in capita dividatur. Iure veteri certum eſt in capita diviſam fuiſſe *§ præced. in fin. l.* 2. *§.* 1 *de ſuis & legit.* Et proinde ego ſententiam plerunque conſtitutione quoque Imperij probatam ſequor, ut & hodie in capita dividatur: cum nihil expreſſum ſit ſatis date in *d. N.* 118. *cap.* 3. ſed tantum inductionibus quibuſdam utuntur diverſæ ſententiæ autores. Et jus alias nimis correctorium non eſt temere citra verba expreſſa extendendum; neque captanda ſunt verba *d. N.* 118 *in pr.* quod omnes controverſiæ ex ea ſint decidendæ: hoc enim pertinet ad gradus & ordines novos quos fecit Iuſtinianus, non ut nullo penitus modo ad textus juris veteris provocare poſſimus: licet illa opinio quæ vult eos ſuccedere in ſtirpes à gl. Bt. & magis communiter ſit probata, atteſtante etiam Fabro hic.

Dixit L. 12. tabb. *Proximus* ſingulari numero: neque enim potuit divinari, quot cuique agnati futuri eſſent: & ridiculum ſit dicere voluiſſe Legem, ſi plures eſſent, omnes excludere. Atqui aut omnes eſſent excludendi, cum nemo poſſit altero potior eſſe, omnib. gradu eodem exſiſtentibus; aut omnes admittendi, quod & haud dubie convenit menti 12. tabb. legis: ſicut & tutela legitima ad proximum gradum & omnes qui eo gradu ſunt (videlicet habiles) pertinet *§. ult. ſup. de cap. dim.* Et quod verbum iſtud ſingularis numeri *proximus* non ſit captandũ, hinc arguit Iuſtin. quod alias ſi tantum unus eſſet gradus,

gradus agnatorum, ille excluderetur; per verbum, *proximus*. quoniam hoc ſignificat ex pluribus gradibus eum qui eſt proximior. Illud autem & abſurdum & falſum haud dubio eſt, & admittuntur agnati tamquam proximi, licet unus tantum eorum ſuperſit gradus *h. §. in fin. & l. 2. §. 2. & § 4. de ſuis & legit.* ubi Ulpianus & Paulus *in l. proximus 92. de V. S.* hunc proximum dicunt eſſe, quem alius non antecedit: & idem Ulp. in *l. 1. §. proximus 5. unde cogn.* proximus eſt, inquit, etiam qui ſolus eſt, quamvis proprie proximus ex pluribus dicitur: idem *Labeo in l. proximi 155. & Pomponius in l. in vulgari 162. de V. S. & Triphonius in l. qui duos 9. in f. pr. de reb. dub.*

TEXTUS.

6. Proximus autem, ſiquidem nullo facto teſtamento quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus eſt is, de cujus hæreditate quæritur. Quod ſi facto teſtamento quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo certum eſſe cœperit, nullum ex teſtamento hæredem extiturum; tunc enim proprie quiſque inteſtatus deceſſiſſe intelligitur; quod quidé aliquando longo tempore declaratur: in quo temporis ſpacio accedit ſæpe, ut proximiore mortuo, proximus eſſe incipiat, qui moriente teſtatore non erat proximus.

COMMENTARIUS.

UBi quis inteſtatus, id eſt, nullo facto teſtamento deceſſit, nullum aliud eſt tempus, quod ſpectemus quam quo mortuus eſt. Sed rationem, cur ſpectemus eo caſu, quo quis teſtamentum fecit, illud tempus, quo conſtat inteſtatum patrem fam. deceſſiſſe, ſatis perſpicue expoſuimus ad §. *cum autem 7. tit. præced.* ne eam hic repetere neceſſe ſit.

Tunc quiſque inteſtatus.] Qui teſtamentum non fecit, protinus eſt inteſtatus. Qui teſtamentum fecit, quod poſtea deſtituitur & irritum fit, tum demũ dicitur inteſtatus, ubi conſtat, neminem ex eo teſtamento hæredem futurum, tum demum enim Lex defert hæreditatem, ut dictum ad *d. §. 7.*

In quo ſpacio temporis.] In ſpecie quam proponit *Ulpian. l. 2. §. interdum 5. de ſuis & legit. hered.* qui habebat patruum & patrui filium fecit teſtamentum, deliberante hærede ſcripto patruus deceſſit, mox hæres ſcriptus repudiavit, patrui filius admittitur: Inſubtilius autem videtur ibi loqui Ulpianus, dum hoc caſu ait non proximum, ſed ulteriorem admitti: ſiquidem juxta hunc §. dicimus & æſtimamus proximum, in caſu teſtamenti facti, non qui proximus eſt tempore mortis, (quo reſpectu eũ ulteriorem dicit Ulp.) ſed tempore deſtituti teſtamenti. Et eadem ratione & iiſdem terminis evenit, ut qui nõ erat, ſuus mortis tempore, tamen ſuus hæres exſiſtat defuncto, ut Juſtin. tradit *in d. §. cum autem 7. tit. præced.*

TEXTUS.

7. Placebat autem in eo genere percipiendarum hæreditatum ſucceſſionem non eſſe: id eſt, ut quamvis proximus, qui ſecundũ ea quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut ſpreverit hæreditatem, aut antequam adeat, deceſſerit, nihilo magis ſequentes jure legitimo admittantur. Quod iterum imperfecto jure prætores corrigentes, non in totum ſine adminiculo relinquebant, ſed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluſo. Sed nos perfectiſſimo juri nihil deeſſe cupientes noſtra conſtitutione, (quam de jure patronatus ſuggerente humanitate pertulimus,) ſanximus, in agnatorum hæreditatib. ſucceſſionem eis non eſſe denegãdam: cum ſatis abſurdum erat, quod cognatis apertũ eſt, hoc agnatis eſſe recluſum: maxime cũ in onere tutelarum quidem, & primo gradu deficiente, ſequens ſuccedit, & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permiſſum.

COMMENTARIUS.

LEx 12. tabb hæreditatem proximo defert, & ſemel, & in hac delatione poteſtas ejus conſumitur. Itaque proximo delatam hæreditatem repudiãte, aut antequam adeat defuncto, ceſſante Legis poteſtate & alia delatione, non poteſt qui ſequenti gradu eſt, admitti: idq; eſt, quod Juſtin. ait, non fuiſ-

Digitized by Google

ſe in hoc genere ſucceſſionem, ut videlicet in eodem ordine agnatorum gradu priore deficiente ſequens admittatur legitimo jure, ut hic Iuſtinianus ait, id eſt jure agnationis. Et in hanc ſententiam *Vlp. in l. 2. in pr. de ſuis & leg.* ſi ſint cõſanguinei licet hæreditatem non adierint, legitimis (cæteris nimirum qui oppoſiti conſanguineis ita dicuntur in ſpecie) non defertur: & idem *tit. 26. de legit. hær. §. ſi plures 4.* ſi nemo ex proximo gradu adierit, ad inſequentem gradum ex Lege hæreditas non tranſmittitur: quoniam in legitimis hæreditatibus ſucceſſio non eſt. Et *Paulus 4 ſent. 8.* In hæreditate legitima non eſt locus ſucceſſioni. Et ideo fratre decedente antequam adeat, fratris filius admitti non poteſt, quia omnis (pro quo male Hottom. legit *omiſſa*) hæreditas proximiori defertur. Cæterum quia gradus proximus & omnes in eo vocabantur, uno repudiante, reliquis pars ejus accreſcebat, ut d. loco ſcribit Vlp. & traditur *in § ult. infr. de SC Orphit* Prætores autem eos ut agnatos excluſos vocarunt & admiſerunt in tertio ordine inter cognatos: ſed Iuſtinianus vult eos ut agnatos admitti. Differentiam inter jus prætorium & Iuſtinianeum, tantum in ſubtilitate poſitam fuiſſe putat Hottom. & quod æque per jus prætorium ſuccurſum fuerit adagnatis: & quod prætores cum directo non poſſint ire contra jus vetus & Legem 12. tabularum, per obliquũ eodem effectu agnatis ſuccurrerent. Sed labitur aperte. Ea enim in re ipſa differentia fuit, quod prætor in ordine cognatorum obſervavit prærogativã gradus Et igitur ſi ponamus, reliquiſſe defunctum ex uno fratre filium, ex altero fratre, agnatum nepotem, qui quarto gradu eſt, eundemque reliquiſſe ex ſorore prædefuncta liberos cognatos tertio gradu: repudiante fratris filio, & per L. 12. tabularum excluſo nepote ex altero fratre, in ordine cognatorum ſororis liberi, huic nepoti prælati fuerunt: nihil enim habuit iſte nepos agnatus, quo præferretur ſororis liberis, cum eum prætor non niſi ut cognatum vocaret. Recte igitur ait Iuſtin. prætorium jus imperfectum fuiſſe: quoniam ita fiebat, ut per cognatos proximiores excluderentur agnati remotiores. Hodie autem nihil proderit remotiori gradui vocari ut agnatum, ſublata prærogativa agnationis per *Nov 118. cap. 3.* Utitur autem hic Iuſtinianus duplici ratione ob quam ſucceſſio etiam in agnatorum ordine admitti debeat: quia admittitur in ordine cognatorum *l. 1. §. qui ſemel 6. §. quibus 10. de ſucceſſ. edicto* & ſane ne admittatur ſequens agnatus in ſubtilitate quadã juris conſiſtit. Altera ratio Quod quæ eſt ratio oneris, eadem quoq; ratio lucri eſſe debet Atqui in onere tutelæ, quod imponitur agnatis, eſt locus ſucceſſioni *l. 3. §. pen. de legit. tut.* Ergo etiam debet ſucceſſioni eſſe locus in cõmodo hæreditatis, ex vulgata regula, quod qui ſentit incommodum, is & lucrum ſentire debet: & maxime, quod propter commodum hæreditatis tutela proximis agnatis defertur, ut eſt *in fin. tit. ſup. lib. 1. de legit patron. tut.* Ait Iuſtinianus.

Adgnationis iure eis recluſo.] & mox *adnatis eſſe recluſum.* Ubi recluſum accipit pro præcluſo & occluſo. Quod eſſe contra autorum loquendi conſuetudinem adſcripſit Pacius. Et ſane ita eſt, ut *recludere* notiſſima ſignificatione ſit aperire, in quam rem infinita exempla adduci poſſent. *Virg. 8. Aen.* regna recludere 1. *Aen.* theſauros recludere *& 4. Georg* recludere cœlum. *& 4. Æneid*, recludere enſem. *Ovid. 7. metam* jugulum recludere. *Horat. 1. Epiſt. 5.* operta recludere, & ſexcenta talia. Occurrit tamen jam unus locus, quo *Recludere* ſignificat *claudere*, apud Iuſtinum *lib. 1.* Per internuntios (Oltanes) quærit de filia, quæ inter regias pellices erat, an Cyri regis filius Rex eſſet. Illa nec ſe ipſam ſcire ait, nec ex alia poſſe cognoſcere, quia ſingulæ ſeparatim recludantur: quod ſane ibi concludere ſignificat.

TEXTUS.

8. Ad legitimam ſucceſsionem vocatur nihilominus etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat: quod ex noſtra conſtitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum, ſemper videantur quaſi contracta fiducia fieri: cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, niſi ſpecialiter contracta fiducia parens manumiſiſſet.

COMMENTARIUS.

OLim cum ex L. Romuli pater jus haberet filiũ tertio vendendi, ita ut filius ſecundo venditus & manumiſſus in poteſtatem patris recideret, & poſt tertiam demum venditionem ex poteſtate patris exiret, introductis poſt in locum veteris obſervationis, imaginariis venditionibus & manumiſſionibus, & imaginario emptore & manumiſſore, ſolebat pater naturalis fiduciam contrahere cum emptore illo, ut poſt tertiam venditionem filius

fibi

ſibi remanciparetur: quo ita in eius manumiſſi bonis & in ipſo pater ipſe jus patroni haberet: quod præcipue poſitum erat in jure ſuccedendi, quod verbi cauſa ex L. 12. tabb. patronus habebat: qua de re & ſolemnibus illis veteris juris prolixe egimus *in §. præterea ſup. quib. mod. ius pat. pot. ſolv.* Eas ſolemnitates imaginarias ſuſtulit Iuſtin. *l. ult. C. de emancip.* ſalvo iure veteri patris, & ut ſcil. ſuccedat filio, non minus ac olim, cum fiducia contracta pater emancipaverat: ut in *fine* §. loquitur Iuſtin. dicitur autem paulo pinguius aut obſcurius, contracta fiducia manumittere: pro eo, quod eſt, manumittere filium, ex pacto fiduciæ ſibi remancipatum. Sed & amplius cum nulli amplius ſtipulationi aut pacto fiduciæ locus ſit, parum ſubtiliter dicitur h. §. quod emancipatio ſemper hodie intelligatur contracta fiducia fieri: quomodo enim aut cur ſubintelligatur, quæ penitus ſublata eſt? Quod autem in *prin* §. dicitur patrem admitti ad legitimam ſucceſſionem, qui contracta fiducia filium emancipat, ut ex jure veteri relatum intelligendum eſt; cuius mutationem mox ſubiicit. Sed iſta quoque diſpoſitione hodie non opus eſſe videtur *poſt N.* 118. quamvis per d. N. mater cum patre & fratres quoque concurrunt: at iure patroni potiora jura patris erunt. Tractat ad hunc tit. Baro an pater ſit adnatus filio, quod negat, nec agnati appellatione L. 12. tabb. patrem comprehenſum: ſed inepte ita feciſſet L. 12 tabb. in materia ſucceſſionis, cum eo jure fruſtra de ſucceſſione filij patri competente quæreretur: niſi qua patroni ſi filium emancipaſſet. Cæteroquin etiam certum eſt non poſſe dici, quod pater agnaſcatur filio: ſed cum agnatorum nomini comprehendimus omnes qui ſunt ejuſdem familiæ, utique pater & filius ſibi agnati ſunt.

AD TITULUM III.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SENATVSCONSVLto Tertulliano.

TEXTVS.

Lex 12. tabb. ita ſtricto iure utebatur, & præponebat maſculorum progeniem: & eos qui per neceſſitudinem fœminini ſexus ſibi iunguntur, adeo repellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve, ultro citroque ius hæreditatis capiendæ daret: niſi quod prætores ex proximitate cognatorum eas perſonas, ad ſucceſſionem, bonorum poſſeſſione, *unde cognati*, accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

SÆpe diximus, quod L. 12. tabb. ab inteſtato tantum vocet ſuos & agnatos, mater nec ſuos habet hæredes *l. nulla. 13. de de ſuis & legit §. cæteri 3 ſup. de hæred. qual.* & matri liberi, & his illa non ſunt invicem agnati Vere igitur ait hic Iuſtinianus, quod ex L. 12. tabb. inter matrem & liberos invicem jus capiendæ hæreditatis non fuerit. Itaq; demum tertio ordine inter cognatos à prætore admittebantur, & quidem procul dubio primo loco propter gradus propinquitatem. Ait Iuſtin.

Præponebat maſculorum progeniem.] Id eſt, ex maſculis natos: nam ut *tit. præced.* docuit, indiſtincte cum aliis agnatis, fœminas etiam agnatas & ſcilicet per maſculos conjunctas L. 12. tabb. admiſit.

Niſi quod prætores.] Debebat dicere, *ſed prætores.* Illa enim verba inferunt, quaſi ipſa Lege 12. tabb. iuvarentur.

TEXTVS.

1. Sed hæ juris anguſtiæ poſtea emendatæ ſunt. Et primum quidem D. Claudius matri ad ſolatium liberorum amiſſorum legitimam eorum detulit hæreditatem. Poſtea autem Senatusconſulto, quod D. Hadriani temporibus factum eſt, pleniſſime de triſti ſucceſſione, matri, non etiam aviæ, deferenda, cautū eſt, ut mater ingenua, trium liberorum jus habens, libertina, quatuor, ad bona filiorum filiarumve, inteſtato mortuorum admittatur: licet in poteſtate parentis ſit: ut ſcilicet, cum alieno juri ſubjecta eſt, juſſu eius adeat hæreditatem, cuius iuri ſubiecta eſt.

Commentarius.

LEx 12. tabb. non agnoſcebat matrem: prætores demum poſt omnes agnatos eam admittebant. Has juris anguſtias poſt emendatas fuiſſe ait Iuſtin. nec video, quare Contius id tantum ad jus prætorium referat: an forte, quod cum L. 12. tabb. nihil plane de matre diſpoſuerit, & eam omnino neglexerit; non poteſt ſatis ſubtiliter dici, anguſte cum iis egiſſe: Sed non perſuaderi mihi facile patiar, ita captaſſe verba Tribonianum.

Primus D. Claudius.] Solet citari Suetonius in Claudio: apud quem nihil aliud reperio, *c.19.* quam quod conſtituerit fœminis jus quatuor liberorum. Quod ſane obſcure dicitur: nec ita ullo modo accipi poteſt, ſicut olim jus trium liberorum à principibus conceſſum pro beneficio legimus, orbis, ad evitandas Legis Papiæ pœnas, quarum & hæc una fuit, quod utique in ſolidum capaces non erant, quo pertinet illud Iuven.

Iura parentis habes, propter me ſcriberis hæres,
Legatum omne capis nec non & dulce caducum.

Id quidem jus etiam poſtea a principibus matribus orbis pro beneficio datum fuiſſe ſcribit *Paul. 4. ſent 9. § ult.* ſed initio à Claudio, cum ante eum nec jus ſuccedendi habuiſſent, datum fuiſſe non poteſt. Nec aliter videtur accipi poſſe Sueton. quam quod Claudius fœminas, quæ quatuor liberos ſuſtuliſſent, ad ſucceſſionem eorum vel unius defuncti admiſerit. Nec ſatis perſpicue loquitur Iuſtin. hic, Claudium conceſſiſſe matri legitimam hæreditatem ad ſolatium liberorum amiſſorum. Et divinat Hottom. intelligi liberos in bello amiſſos. Puto nihil aliud intelligere Iuſtinianum, quam cenſuiſſe Claudium æquum eſſe, ut mater luctum liberorum amiſſorum, qualicunq; ſolatio hæreditatis levare poſſet & ſolari: eodem ſenſu quo dicitur mortua filia dos eſſe reſtituenda patri, ut ei ſolarij loco cedat, & ne filiæ amiſſæ ſimul & pecuniæ damnum ſentiat. Nec ullum veſtigium aliud iſtius conſtitutionis Claudij apparet. Et igitur videamus cum Iuſtin. de SCto Tertull. Ait eo *pleniſſime* cautum fuiſſe: nimirum quia accurate omnia de ea re, & quis matri obiiceretur vel præferretur, & ſi qua alia eo pertinent, cauta fuerint. Ait de *triſti* ſucceſſione: quoniam eſt contra votum matris, quæ filium optat ſibi ſuperſtitem, ut notavimus *ad §. ſup. de inoff. teſtam.* Ait:

Matri, non etiam aviæ.]Ita LL. veterum reverentes tum fuerunt, ut primum gradum excedere non auderent: quod hodie mutatum *N. 118. c.2.* Nec inſuper ſimpliciter matribus dare auderent, ſed his demum, quæ cives Reipubl. peperiſſent, & ingenua tres, libertina quatuor *h. §.* Ait:

Inteſtato mortuorum.] Et igitur oportet ut defunctus de cuius ſucceſſione quæritur, fuerit ſui juris: nam qui in poteſtate patris erant eo jure nullo modo ab inteſtato in quibuſcumque bonis habere potuerunt hæredem. Quod hodie ſecus eſt, *poſt N. 118. c. 2.* ex qua ſuccedit mater aut ſola, aut cum patre, vel etiam fratribus utrimque conjunctis defuncto, proprio jure: ut SCti iſtius, & tit. huius nulla amplius ſit utilitas. Non tamen neceſſe fuit, ut mater ſucceſſura filio eſſet ſui juris, ut docet hic §. juxta quem admittitur, licet ſit in poteſtate parentis, cujus juſſu adeat hæreditatem. Itaq; ad rationem illius temporis, quo omnia adventitia pleno jure parentibus adquirebantur, ſucceſſio hæc matri non magnum attulerit emolumentum. Sed hodie pater tantum habebit uſumfructum. Porro per Hadrianum putat *in pr. §.* Cuiac. intelligi D. Pium, qui ab illo adoptatus nomen Hadriani aſſumpſit: ſicut & Epiſtola Hadriani vulgo dicta, quæ beneficium diviſionis dedit fide iuſſoribus D. Pio rectius tribuitur, ut dicemus *infr. de fideiuſſorib.* & Antonino Pio iſtud, ut matri eſſet jus ſuccedendi liberis, tribuit *Zonaras lib. 2.* quem hic refert Hottomanus: & confirmatur, quod in faſtis, viceſimo anno Antonini Pij ponuntur Conſules, Tertullius & Sacerdos.

TEXTVS.

2. Præferuntur autem matri liberi defuncti qui ſui ſunt, quive ſunt ſuorum loco, ſive primi gradus, ſive ulterioris, ſed & filiæ, ſuę mortuę filius vel filia præponitur ex conſtitutionibus matri defunctæ, id eſt aviæ ſuæ. Pater vero utriuſque, non etiam avus & proavus anteponitur matri, ſcilicet cum inter eos ſolos agitur de hęreditate. Frater autem conſanguineus tam filij, quam filię, matrem excludebat. Soror autem cōſanguinea pariter, cum matre admittebatur. Sed ſi fuerant frater & ſoror conſanguinei, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hęreditas ex partibus ęquis, fratribus & ſororibus.

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

PErtinent & iſta ad limitationem juris ſuccedendi, quod mater ex SCto Tertulliano accepit. Et ad explicationem huius §. diſtinguitur, quod cum matre defuncti defunctæve, cócurrunt aut deſcendentes, aut alii aſcendentes aut collaterales. Et rurſus horum ordinum aliqui ſoli, aut mixtim concurrunt.

Et 1. potiori jure ſunt liberi defuncti, à quibus mater defuncti ſuperſtes excluditur *in pr h.§.* ubi agitur de defuncto filio nominatim, quia fit mentio ſuorum hæredum, quos nullos fœmina habet. Et ait Iuſtin. præferri eos, qui ſunt defuncto ſui heredes, *l. 2. §. liberi. 6. h t.* vel inter ſuos, cuiuſmodi ſunt emancipati, quos prætor inter ſuos & jure ſuorum, vel cum vere ſuis vel ſolos admittit ad patris hæreditatem. Sui etiam ſunt adoptivi, qui & ipſi adeo excludunt matrem *d. §. 6.* dum ſcilicet ſui & adhuc adoptati ſunt; emancipati enim, cum juxta ſupra *tit.* 1. dicta, amittant jus liberorum, non obſtant matri, niſi fuerint ex naturalibus liberis adoptati, veluti nepos adoptatus ab avo *d. l. 2. §. 6 h. tit.* Quod tamen de adoptivis adhuc dicitur ibi, videri poſſit hodie verum non eſſe in adoptatis ab extraneo. Sed his tamen jus ſuccedendi ab inteſtato, de qua ſpecie ſucceſſionis hic agitur, conſervavit Iuſtinianus: quamvis durum videatur, ut hic præferatur matri: de quo diximus aliquid *ad §. ſed ea. 14. ſupra de hered. ab int.* Quid ſi pater liberos dederit in adoptionem, & hi etiamnum in ea ſint tempore mortis? Equidem hi ſunt in aliena familia, nec à prætore inter ſuos vocantur. Sed tamen una cum matre eos concurrere voluit ex Edicto, unde cognati *l. 1. §. ſed ſi 9.* Porro cum Iuſtinianus omnino inter ſuos & cum ſuis vocet liberos & nepotes ex filia juxta *§. penult & ultim. d. tit* hi quoque præferentur matri: neque enim tantum ſui, qui primo gradu, ſed etiam, qui ulteriori gradu ſunt, excludunt matrem *h § in prin.*

Atque hic eſt primus caſus huius §. cum maſculus defunctus eſt, qui reliquit matrem & liberos.

Alter caſus eſt *in verſ ſed & filia.* ubi fœmina defuncta eſt. Ait Iuſtin. *filia ſua*, quod fortaſſe dixit reſpectu matris, quæ ſupereſt & filiæ ſuæ vult ſuccedere, id eſt ei, quæ ejus filia fuit, cum conſtet alias liberos ſuos hæredes matri non dici: aut dixit ſuam pro ea, quæ eſt ſui juris: nam ut in pr. monuimus, ut SCto huic ſit locus oportet defunctum vel defunctam ſui juris, nec in poteſtate patris fuiſſe. Ubi itaque defuncta eſt fœmina, quæ & matrem reliquit & liberos, hi præferuntur matri, & quidem ex conſtitutionibus, ut Iuſtin. ait, quæ ſunt *in l. 4. C. de SC. Orphit l. ſi matre 11 C. de ſuis & legit.* Itemque *in l. 1. & pen C. Theod. de legit. hered.* Etenim cóſtitutionibus opus fuiſſe videtur, quod tum liberi, tum mater pari jure niti hic videbantur, cum mater ex SC. Tertullian. liberi ex Orphitiano vocarentur.

Tertius caſus eſt *in verſ pater*, & ait Iuſtin. quod pater utriuſque, id eſt, & filij & filiæ defunctorum, de quibus ante diſtinctim egerat, præferatur matri: negat autem præferri avum aut proavum: cum ſcilicet (hanc enim limitationem addit) inter eos ſolos, id eſt, patrem & matrem de hæreditate agitur: ut quidem explicant *Pac. & Weſemb. hic.* Sed omnino vitioſe: nam pater excludit omnimodo matrem: Itaq; quod ſuadet & contextus, ut ad proxime antecedens hoc referatur, ſententia huius loci eſt: quod avus & proavus non præferantur matri, ubi patre defuncti præmortuo, ſoli ſuperſunt mater & avus, quem illa excludit. Quod ſi enim ſuperſit pater, quo potior eſt avus, fit, ut avus matrem excludat: quæ ſcilicet eſt ſpecies *in l. æquiſſimum. 5. § 2. h. t.* Si avus manumiſerit nepotem quem ex filio habuit, & filium in poteſtate retinuerit, mortuo nepoti ſuccederet mater ex hoc SCto, ſi pater non ſupereſſet: hic autem cum matri ex ipſo SCto præferatur, avus autem jura patroni habeat in nepote emácipato, & propterea patri ſucceſſione nepotis præferatur, fit inde ut avus, qui præfertur patri, excludat matrem, quam alias excluderet pater: neq; enim prodeſſe debet matri, quod ſpeciali jure patroni avus patrem excludit. Quem caſum procul dubio hic reſpexit Iuſtinianus. Et cum hic avus ſpeciali manumiſſionis jure ſit tanquam patronus vincat patrem, non procedit hic regula. ſi vinco vincentē te multo magis vinco te, de qua hic tractant Dd. cum & amplius filius hic & reſpective pater ſit in patris ſui, qui defuncto avus eſt, poteſtate.

Quartus caſus huius § eſt *in verſ frater*, ubi cum matre concurrant collaterales. Et quoniam tantum de fratribus ſororibusve hic tractat Iuſtinianus, apparet cæteris omnibus collateralibus haud dubie præferri matrem. Fratres autem ſororesve aut ſunt uterini; quos excludit mater, quia horum quoque nulla hoc §. mentio: (in quo agitur de ſententia huius Senatuſconſulti: ſed Iuſtin. uterinis quoq; ius agnationi quoad hunc effectum dedit, & eos cum matre admiſit, *§. hoc quoque ſupra de legit.*

legit. agn. ſucc. & §. ſed cum 5. infra h. tit.) aut ſunt conſanguinei. Et hic aut tantum ſuperſunt ſorores conſanguineæ, & cum iis concurrit mater in partes viriles; aut fratres cõſanguinei: & per hos excluditur mater; & conſequenter licet ſuperſit, cum fratre ſoror conſanguinea, hoc non prodeſt matri, ut ſuccedere poſſit, utcunque ſoror conſanguinea, cum fratre concurrat: neq; enim ipſa excludit matrem, ſed frater, qui tamen ſororem excludere non poteſt. Hæc eſt ſolida huius § explicatio: cuius tamen, ut ante monuimus, non eſt magna imo pene nulla hodie utilitas, poſtquam Iuſtin. N. 118. totum jus vetus immutavit, & de ſucceſſione ſimul matris ſive filij, ſive cum patre aut ſororibus & fratribus concurrentis, jus diverſum plane conſtituit: juxta quod cum patre concurrit, & cum fratribus utrimque conjunctis, fratres autem etiam conſanguineos tantum, excludit.

Onerata liberis.] Equidem liberi ſunt oneri matri & labori. Sed cum hic agatur de Senatuſconſulto Tertulliano, ex quo mater, quæ tres vel quatuor liberos habet admittitur ad ſucceſſionem, & hoc propter liberos, non recte liberi hactenus pro onere haberi poſſunt. Et proinde probabilis eſt conjectura Cujac. in notis ad Ulp. *tit. ult.* ut legatur, *honorata*, quomodo etiam in alio caſu apud Ulp. legitur, & ita *Theoph. in §. ſed cum ante inf. h. t.* vocat matrem *δικαίῳ παίδων κεκοσμημένην*, jure liberorum ornatam.

TEXTUS.

3 Sed nos, conſtitutione, quam in Codice noſtro nomine decorato, poſuimus, matri ſubveniendum eſſe exiſtimavimus, reſpicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & ſæpe mortem ex hoc caſu matribus illatam. Ideoq; impium eſſe credidimus, caſum fortuitum in eius detrimentum admitti. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur ſucceſſione ſuorum liberorum. Quid enim peccavit, ſi non plures ſed paucos peperit? Et dedimus matribus ius plenum legitimum, ſive ingenuis: ſive libertinis, etſi non fuerint tereniхæ, vel quater, ſed eum tantum vel eam qui quæve morte intercepti ſunt, ut ſic vocentur in liberorũ ſuorum legitimam ſucceſſionem.

COMMENTARIUS.

Mutatio juris veteris, per Iuſtin. *in l. ult. de iur. liber.* ubi Iuſtin. dedit matri ius ſucceſſionis, licet ingenua tres vel libertina quatuor liberos non pepererit. Et vellem ut ſimpliciter pro ſua autoritate & imperio ita ſtatuiſſet, quam ſolito more diſputando, ineptum ſe præbuiſſet. Sane ſi matri Romanis LL. jus, liberis ſuccedendi competiiſſet, & iis aliquid Tertullianum SCtum ademiſſet, ita probabiliter aliquatenus diſputaretur. Verum per SCtum hoc jus matris melius factum eſt, ideoque nec habet, quod conqueratur. Et eadem ratione quæſiverit Tribonianus, cur L. Papia Poppæa non tantum cælibibus pœnæ fuerint indictæ, ſed & orbis patribus, etiam qui infœcundum matrimonium nulla ſua culpa fuiſſent experti. Et Romanus Legislator ſtudium omne ſuum direxit, ut cives ad prolem tollendam invitaret: utcunq; forte in uno atque altero aliquid injuriæ id ſapere videretur. Et qui tum temporis fuerint mores, quæ libido & flagitia fœminarum, quæ etiam frequenter abortionibus operam dabant, licet vel ex unico Iuvenalis loco intelligere.

Sed iacet aurato vix ulla puerpera lecto,
Tantum artes huius, tantum medicamina poſſunt:
Quæ ſteriles facit, atq; homines in ventre necandos
Conducit.

TEXTVS.

4. Sed cum antea conſtitutiones, jura legitimæ ſucceſſionis perſcrutantes, adiuvabant partim matrem, partim eam prægravabant, nec in ſolidum eam vocabant, ſed in quibusdam caſibus tertiam ei abſtrahentes partem, cæteris legitimis dabant perſonis: in aliis autem contrarium faciebant: nobis viſum eſt recta & ſimplici via, matrem omnibus legitimis perſonis anteponi, & ſine ulla diminutione filiorum ſuorum ſucceſſionem accipere: excepta fratris & ſororis perſona (ſive cõſanguinei ſint, ſive ſola cognationis iura haben-

bentes) ut quemadmodũ eam totì aliiordini legitimo præpoſuimus, ita ſorores & fratres omnes, (ſive ſint legitimi, ſive non) ad capiendas hæreditates ſimul vocemus: ita tamen ut ſiquidem ſolæ ſorores agnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ ſuperſint, mater quidem dimidiam, alteram vero partem dimidiam omnes ſorores habeant. Si vero matre ſuperſtite, & fratre vel fratribus ſolis, vel etiam cum ſororibus,) ſive legitima ſive ſola cognationis jura habentibus) inteſtatus quis vel inteſtata moriatur, in capita diſtribuatur eius hæreditas.

COMMENTARIUS.

PErtinet hoc ſimul ad caſum quo mater liberis non erat honorata, nec ter aut quater enixa: nam & conſtitutiones principum his matribus ante Iuſtinianum ſuccurrerunt, non autem plenum jus ſuccedendi dederunt, ſed partem eamque majorem agnatis, reverentia quadam veteris iuris reliquerunt. Verba breviter percurramus. Ait:

Cum antea conſtitutiones.] Exſtat plane huiusmodi conſtitutio Conſtantini, quæ matrem partim adjuvat, partim prægravat *in l. 1. C. Theod. de legit hæred.* Adjuvat eam, quia matri etiam non honoratæ liberis, ſive non habenti jus liberorum, tertiam partem ex bonis defunctorum liberorum tribuit, detractam agnatis, qui alias ſolidum habuiſſent: prægravat eam, dum matri habenti jus liberorum, detrahit partem tertiam & eam proximis ultra fratrem agnatis, nimirum patruo, hujuſque filio & nepoti, & non ultra, tribuit: cum tamen hoc caſu SCto Tertulliano mater ſolidum habuiſſet, idque ita quoque Theoph. explicat. Pertinet & ad hanc rem ſub eodem tit. conſtitutio ſecunda, ſed ea in priori parte ita corrupta, ut eius ſententiam adſequi non poſſim. Sed & *l. pen. eod. tit.* matri licet jus habenti liberorum, ſi tamen iterum nupſerit, adimit proprietatem bonorum defuncti filij, quæ à marito priori provenerunt.

Tertiam partem abſtrahentis.] Matris liberis honoratæ, ut eſt *in d. l. 1. C Theod. de legit. hæred.*

In aliis contrarium faciebant.] Dum matri jus liberorum non habenti, tertiam partem dabant *d. l. 1.*

Nobis viſum eſt.] *In §. præc. & l. ult. C. de iur. lib.* omnibus matribus (oportet enim matres eſſe ut de ſucceſſione liberorum quæri poſſit) datur jus trium quatuorve liberorum. Sed necdum hoc ſatis erat: nam & quæ jus liberorum habebat, tamen ex SCto Tertull. per fratrem defuncti excludebatur. *§. 3. ſup. h. t.* Hoc mutavit Iuſtin. *in l. ult. C. h. t.* ubi matrem etiam cum fratre admittit. Nam ne matri præferantur aliæ perſonæ legitimæ & agnati præter fratres, itemque ne mater tantum tertiam habeat, quæ jus liberorum non habet, iſta conſequuntur *ex § præced. & ex l. ult. C. de iur. liber.* quibus locis indiſtincte matribus datur jus trium aut quatuor liberorum. Illud autem corrigendum ſupererat, quod matri etiam jus liberorum habenti patruus & ejus liberi detrahebant tertiam *d. l. 1. C. Theod. de legit. hæredit* quod ſcilicet hoc §. tollitur *hoc verſ.* ut mater omnibus agnatis præponatur ſine ulla diminutione videlicet tertiæ partis.

Excepta fratris & ſororis perſona.] Ex SCto Tertulliano frater conſanguineus excludebat matrem: ſoror conſanguinea cum ea concurrebat. Sorores & fratres uterini per matrem excludebantur. Hoc mutavit Iuſtinianus, & hos quoq; cum matre admiſit. Dixerit quis, cum Iuſtinianus auxiſſet jura matris & pleniora feciſſet, quam eſſent ex SCto Tertulliano, non debuiſſe eum hactenus deterius jus matrum facere, quam erat ex hoc SCto. Huic quaſi objectioni occurrit Iuſtin. *in verſ. ut quemadmodum*, in hanc ſententiam: non habere matrem, quod conqueratur, cuius conditionem tot modis fecerit potiorem, contra omnes omnino agnatos (ut nihil plane ei detraheretur, etiamſi jura liberorum non haberet) ſi etiam non altera parte jus fratrum & ſororum ampliavit, & veterinos quoque cum ipſa matre admiſit: quippe quæ ex ipſa quoq; editi ſunt.

Ita tamen.] Modus ſuccedendi & dividendi hæreditatem, inter matrem & fratres ſororesque defuncti: ut mater cum ſororibus ſolis in dimidiam partem; cũ fratribus ſolis, aut cum fratribus & ſororibus ſimul in æquales partes concurrat. Sed totum hoc mutatum eſt *Nov. 118.* ex qua, ut diximus, mater omni modo fratres & ſorores, ex uno latere conjũctos excludit, cum cæteris æqualiter ſuccedit.

TEXTVS.

5. Sed quemadmodum nos matribus proſpeximus, ita eas oportet ſuæ ſoboli conſulere: ſcituris eis, quod ſi tutores liberis

nō petierint, vel in locū remoti, vel excuſati in annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium ſucceſſione merito repellentur.

Commentarius.

1 *Mater à ſucceſſione impuberum non poſito tutore excluditur.*

2 *An excuſetur mater, ſi pupillus intra annum mortuus ſit.*

Reipublicæ intereſſe creditur, ut pupilli habeant tutores arg *l. 2. §. divus, qui pet. tut.* Itaque conſtitutum eſt, ut & magiſtratus ex officio dent tutores: & quia ſæpe magiſtratus ignorant, an pupilli habeant tutores, ut alii tutores pupillis petant, qui vel ab initio non habent, vel quorum tutores excuſati, mortui aut remoti fuerunt, aut alias eſſe deſierunt; Et hoc quibusdam eſt voluntas, veluti in cognatis familiaribus, amicis, & c. *d. l. 2. in pr.* in quibusdam neceſſitatis, ita ut ſi hoc officium negligant vel coërceantur, irrogata multa & pœna: veluti liberti *d. l. 2 §. 1. qui pet. tut.* vel lucro ſucceſſionis priventur, veluti matres *d. l. 2. §. 1.* ubi ſimpliciter dicitur, quod repellantur à legitima hæreditate liberorum: & ibidem *§ divus 3.* quod non habeant ius vindicādorum bonorum, inteſtatorum liberorum, idemque *in l. 2. § ſi mater. 23. h. t.* Sed enim id tum demum locum habere, ſi filius impubes moriatur, probat *hic §.* ibi *impuberum morientium*, & apertius *in l. ſciant, 10. C. de leg. it. hæred. & in l. omnem 6. C. h. t.* ibi, *ſi impubes moritur*, & adhuc apertius *in l. 3. C. eod.* ubi cum Conſtantinus dicat id eſſe certum, quod non excludatur ab illorum puberum defunctorum ſucceſſione, puto id jam olim ita obſervatum, non primo à Conſtantino temperatum, ut putat Hottom hic. Et ratio eſt, quod cum pubes teſtamentum facere potuerit, inteſtatus dum moritur iniuriam, ſi qua fuit, matri remiſiſſe & tacite illi hæreditatem reliquiſſe videtur, *arg. l. 8. de iur. codicill.* & hanc limitationem etiam expreſſe ponit *Theoph. hic.* Iſta autem pœna & hodie obtinebit, ſi mater nec tutores petat, nec ipſa bona adminiſtret. Id enim hodie matri eſt conceſſum *N. 118. c. 5.* ut ſi velit adminiſtrare, in tutela liberorum omnibus agnatis & dativis tutoribus præferatur. Quod ſi pater teſtamento dederit tutorem, non opus eſt, ut mater petat.

Intra annū.] Late de hoc tractat *Ang. hic.* & refert communem eſſe ſententiam, quod omnimodo excuſetur à pœna mater, ſi nec dum anno elapſo pupillus mortuus ſit. Sed falſa ſententia eſt: & *in l. 2. §. divus. qui pet. tut.* requiritur: ut *confeſtim* petat tutores. Nec movet *l. 2. §. confeſtim 43. h. tit.* quia excuſatur mater uſque ad annum, ſi iuſta cauſa impedita fuerit: vult autem ibi ICtus nullam cauſam admitti, quæ matrem ultra annum excuſet. Quod ſi nullum impedimentum obſtet, confeſtim & ubi copia prætoris haberi poteſt, petendum eſſe tutorem. Non diſplicet tamen Bartoli ab Angelo relati ſententia, ut ſatis ſit intra quinquaginta dies tutorem eſſe petitum: cum quivis tutor tantum temporis habeat ad interponendam excuſationem. *l. ſcias 13. de excuſ. tut. l. qui autem. 16. ſup. eod.*

TEXTUS.

6. Licet autem vulgo quæſitus ſit filius filiave: poteſt tamen ad bona eius mater ex Senatuſconſulto Tertulliano admitti.

Commentarius.

Matri liberi nec ſui, nec agnati ſunt: ſed tantum nat. talem cognationem ſpectavit SCtū. Tertullianum: itaque non mirum eſt, ſi ad cuiusque filij aut filiæ ſucceſſionem ex SCto mater admittitur *hoc tex. & l. 2. in pr. & §. 1. eod.* licet ſpurius aut vulgo quæſitus ſit, *d. d. text.* mater enim ſemper certa eſt: cum nec, qui vulgo quæſitus eſt, & qui patrem non habere intelligitur, a quo ſunt agnationis & familiæ jura, ullos agnatos habeat, qui matris ius & ſucceſſionem dubiam facere poſſint. Hæc magis confirmantur ex *l. ſi ſpurius. 4. unde cognati.*

Ad Titulum IV. LIBRI TERTII INſtitutionum, DE SENATUS CONSULto Orphitiano.

TEXTUS.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum inteſtatarum admittuntur, ex SCto Orphitiano, quod Orphitio & Rufo Cōſulibus eff. ctum eſt D. Marci temporib. &

& data eſt tam filio, quam filiæ legitima hæreditas, etiamſi alieno iuri ſubiecti ſint: & præferuntur conſanguineis & agnatis defunctæ matris.

Commentarius.

Quæ ratio fecit, ut ex L. 12. tabb. mater non poſſet ſuccedere liberis, eadem fecit, ut liberi non poſſent ſuccedere matri, quippe cui nec ſui, nec agnati ſunt. Sed cum placuiſſet hoc tribuere naturali conjunctioni, ut ſuccederet mater liberis, merito etiam placuit ut liberi poſſent ſuccedere matri, cum & potior ſit conditio liberorum, qui ex voto parentum ipſorum, ſuperſtites eſſe debent. Itaque potius erat ut primo conſuleretur liberis: quod tamen contra factum hinc apparet, quod iſtud SCtum poſterius fuit Senatuſconſulto Tertulliano, quod ſub Hadriano ſeu potius eius ſucceſſore Antonino Pio factum fuit: hoc autem ſub Imp. Marco & Antonino Philoſopho, Antonini Pij ſucceſſore. Itaque hic eſt intelligendus ſacratiſſimus princeps *in l pen. ad SC. Tertull.* cuius oratione id effectum eſſe ibidem ſcribit ICtus: vulgo enim notum eſt, quod quæ obtinere volebant principes boni, ea Senatui prius proponerent, vel coram, vel per epiſtolam: quas principum orationes poſtea SCta ſubſequi ſolebant. Ex hoc itaq; SCto liberis primi gradus datum eſt jus ſuccedendi matribus inteſtato defunctis: non etiam ulterioribus. Nec obſtat *l. Modeſtinus. 8. unde cognat.* quoniam ibi agitur de Edicto, unde cognati, ex quo etiam nepotes ad aviæ ſucceſſionẽ poſt agnatos venire poſſunt. Sed ex hoc SCto vocantur cum prærogativa ante omnes agnatos liberi primi gradus. Et vocantur etiamſi alieno juri ſubjecti ſint *h. princ. & d. l. pen. eod.* ſicut & vetſa vice matres ſuccedunt liberis, licet ipſæ ſint in aliena poteſtate *§. 2. in fin. tit. præced.* & nimirum, & hic liberi adibunt iuſſu patris, ſicut illo caſu matres *d. §. 2.* Matrem autem, de cuius ſucceſſione quæritur, ſui iuris fuiſſe oportet, ex illius iuris ratione, nam hodie poſt N. 118. in adventitiis, quorum proprietas liberis eſt reſervata licet in poteſtate ſint, ab inteſtato tamen poſſunt hæredem habere. Hoc autem potius ex hoc Senatuſconſulto liberi habent, quod non tantum cæteris agnatis, ſed etiam matris defunctæ fratribus etiam conſanguineis in ſucceſſione præferuntur *h. pr. in fin.* cum ex SCto Tertulliano frater defuncti præferatur matri *§. 3. tit. præced.* Dicitur autem legitima hæreditas, vel oppoſite ad teſtamentariam, quo ſenſu etiam prætoria hæreditas legitima dici poteſt: vel potius, quia Senatuſconſulta faciunt partem iuris civilis: & ita ſimpliciter hæredes fieri dicuntur ex Senatuſconſultis *in l. 3. in fin. de petit. hæred.* & quod per SCta quoque vere hæres fiat non bonorum poſſeſſor, docet Iuſtin. *inf. de bonor. poſſ. in pr. verſ. Quos autem.*

Textus.

1. Sed cum ex hoc SCto nepotes & neptes ad aviæ ſucceſſionem non vocarentur, poſtea hoc conſtitutionibus principalibus emendatum eſt, ut ad ſimilitudinem filiorum filiarumq; & nepotes & neptes vocentur.

Commentarius.

Sicut SCtum Tertullianum tantum matri non ibidem aviæ detulit liberorum hæreditatem: ita quoq; Orphitianum nimia juris veteris reverentia, tantum in gradu primo liberorum ſubſtitit, & excluſit nepotes neptesve, quos poſtea admiſerunt conſtitutiones. Extat conſtitutio *in l. ſi defunctus. 4. C. Theod. de legit. hæred.* quæ vocat etiam nepotes & neptes ad ſucceſſionem aviæ, ſed cum diminutione quartæ: de qua diximus *ad §. pen. & ult. ſup. tit. 1.* Hodie poſt N. 118. c. 1. jus liquidum eſt, ſublata omni prærogativa & differentia ſexus, & agnationis.

Textus.

2. Sciendum autem eſt, huiuſmodi ſucceſſiones, quæ ex Tertylliano & Orphitiano SCtis, deferuntur, capitis diminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hæreditates legitimæ capitis diminutione non pereunt, ſed illæ ſolæ, quæ ex L. 12. tabb. deferuntur.

Commentarius.

Cum etiam inter ſpurios liberos & matrem, hinc inde ſit capiendi jus, *§. ſeq. h. t. & § ult. tit. præc.* apparet, quod hoc ius per capitis diminutionẽ minimam amitti non poſſit: *h. §. & l. capitis. 11. de ſuis & legit.* hac quoque perſpicua ratione, quod emancipatio ſive adrogatio, jus ſuitatis & familiæ tollit aut mutat: atqui in liberi & mater ſibi nec ſui, nec agnati ſunt, quæ ſolidiſſima ratio eſt: quæ eadẽ oſten-

Commentarius.

Continuatio eſt ad *tit. præcedd.* Ex L. 12. tabb. ſunt duo ordines ſuccedendi, ſuorum & agnatorum: & ita ut qui verè tantum ſunt ſui agnatique ex hac L. ſuccedant: Recentiora jura non quidem addiderunt ordinem novum, ſed aliquibus perſonis jura ſuorum & agnatorum dederunt; de quibus hactenus actum eſt, & quibus addendus eſt emancipatus quoad jus ſuccedendi fratri de quo §. 1. *h. t.* Sed prætor tres gradus & ordines ſuccedendi fecit, liberorum (non enim dixi *ſuos*, ut latius pateret ille ordo) legitimorum, ſub quo vocavit agnatos, & jus agnatorum habentes: ex SCtis & aliis LL. præter L. 12. tabb. *l. 2. §. ult & l. 3. unde legit.* & cognatorum: quibus reliquos ſanguine naturaliter conjunctos, & prioribus ordinibus excluſos admiſit: ſed Iuſtinianus eos pari jure cum agnatis vocat *Novell.* 118. *c. 3. & 4.* modo ex juſtis nuptiis procreati ſint, prout ſunt perſonæ de quorum ſucceſſione agitur.

Inter ſuos.] De quibus tit. 1. & quæ notavimus *ad pr. tit. 1.*

Senatusconſulta.] De quibus tit. duobus præced. actum eſt.

Noſtra conſtitutio.] De qua *in §. hoc etiam 4. ſup. de legit. agn. ſucc.*

TEXTVS.

1. Qua parte naturalis cognatio ſpectatur: nam agnati capite diminuti, quique ex his progeniti ſunt, ex Lege 12. tabularum inter legitimos non habentur: ſed à prætore tertio ordine vocantur; exceptis ſolis tantummodo fratre & ſorore emancipatis, (non etiam liberis eorum;) quos Lex Anaſtaſiana cum fratribus juris integri conſtitutis vocat quidem ad legitimam hæreditatem fratris ſive ſororis, nõ tamen æquis partibus, ſed cum diminutione, quam ex ipſius conſtitutionis verbis facile eſt intelligere. Aliis vero agnatis inferioris gradus, licet diminutionem capitis non ſint paſſi, tamen anteponit, eos, & procul dubio cognatis. Eos etiam qui per fœminini ſexus perſonas ex tranſverſo, junguntur cognatione, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad ſucceſſionem vocat. Liberi quoq; qui in adoptiva familia ſunt, ad naturalium parentum hæreditatem, hoc eodem gradu vocantur, vulgo quæſitos agnatos nullos habere manifeſtum eſt, cum agnatio à patre ſit, cognatio à matre; hi autem patrẽ intelligantur nullum habere. Eadem ratione, ne inter ſe quidem conſanguinei videri poſſunt: quia conſanguinitatis jus, eſt ſpecies agnationis. Tantum ergo cognati ſunt ſibi, ſicut & matri cognati ſunt. Itaq; omnib. iſtis poſſeſſio bonorum competit ex ea parte, qua cognati vocantur proximitatis nomine.

Commentarius.

Placuit conjunctim hæc uno contextu proponere, in quo referuntur hi qui ex tertio capite, Edicti prætoris, *unde cognati*, vocantur. Et primo loco hi ſunt, qui cũ ẽt agnati eſſent, per capitis diminutionem minimam eſſe deſierunt, & cognati tantum manſerunt: jus enim cognationis minima capitis diminutione non perimitur: quia eſt à jure ſanguinis *l. iura 8. de reg. iur § pen. ſup. de ca. diminut.* itaque hoc modo legitimarum hæreditatum jus perit, quoniã ut *in pr. huius textus* ait Iuſtin. ita capite diminuti ex L. 12. inter legitimos non habentur; & diximus *ad §. 2 tit. præced.* ſed ſalvũ manet: quod eſt à ſanguine & cognatione naturali, quam hoc edicto ſpectaſſe prætorem *in pr. huius textus* ait Iuſtin. Nam bonorum poſſeſſionem ex ſecundo capite, unde legitimi, his qui capite diminuti ſunt prætor non concedit *l. 1. und. legit. l. legitimis §. und. cogn.* Ex hoc numero ſunt emancipati, & proinde frater emancipatus ex capite ſecundo fratri ſuo ſuccedere non poterat, vel ſolus vel cum aliis fratribus integri juris, id eſt, qui capitis diminutionem non paſſi, jus adgnationis integrum habebant. Sed Anaſtaſius Imp. jus agnationis ei dedit, ut fratri ex capite *unde legitimi.* & agnatus ſuccedere poſſit, attamen cum diminutione partis, (ut ſcil. integri juris frater duplũ & alterũ tantũ haberet, ut Theoph. hic ſcribit) ut hic refertur & in *l. ult. §. 1. C. de legit. hered.* Ad quam conſtitutionem cujus veſtigiũ eſt

Digitized by Google

in l.4. C. de legit. tut. Iuſtin. hic nos rem trit: quæ ſcil. extitit in primo Codice, poſtea in ſecundo omiſſa: quoniam dupliciter ei derogavit Iuſtin tum quod æquo jure admiſit emancipatum ſine diminutione aliqua *d. l. ult.* § 1. tum quod emancipati quoq; liberos jure aguatorum admiſit, *d. l. ult.* § *cum autem* 3. *C. de legit. hær.* quos non admiſerat Anaſtaſius hoc textu: adeoq; ipſe hic §. ſimul hactenus correctus eſt per *d. l. ult.* niſi tantum relative id hic propoſitũ quis putet, ſed ſane *d. l. ult.* poſterior eſt Inſtitutionibus, quarum *in d. l. ult.* meminit. Hodie ex *N.* 118. ſublata cognationis & agnationis differentia, jus liquidum eſt. & fit ex eadem Nov. ut non amplius omnibus cognatis anteponi poſſit, contra quam olim ut *h. textu. verſ. aliis vero*, ſiquidem ſi ſit conſanguineus tantum, & ſive emancipatus ſive non, frater ſive ſoror uterini, & ita tantum cognati, cum eo concurrunt. Et ex eadem expeditius eſt, quod hic traditur emancipatum omnibus agnatis inferioris gradus anteponi. Cæterum ad hanc claſſem eorum qui capitis diminutione jus agnationis amiſerunt, pertinent etiam qui in adoptionẽ à patre dati ſunt, aut etiam ipſi cum emancipati eſſent, aut alias ſui juris, adrogandos ſe dederunt: nam & iſti hoc tertio capite, cum natura cognati maneant, vocantur *h. text. verſ. liberi* § *admonendi* 13. *ſup. tit.* 1. de quo itidem hodie poſt *N.* 118. non eſt dubitatio, ex ratione *l.* 1. §. *cognationem* 3. *unde cogn.* qui cum *dicto verſicul. liberi* eſt conjungendus.

Deinde vocantur ex tertio capite, qui numquam agnati, ſed ſemper cognati in ſpecie, dicti fuerunt: & nimirum per fœminas conjuncti *h. text. verſ. eos.* ubi addit, *ex tranſverſo gradu* quia qui ſunt in recta linea, vocantur ex priori capite, cum ius legitimum ex SCtis & conſtitutionibus habeant, juxta ſupra tradita. Neque intereſt an illa coniunctio per fœminam ſit ex legitimo concubitu matrimonij, an ex concubitu extra matrimonium, juxta *verſ. vulgo h. textu*: veluti ſi ſint nati ex concubina vel etiam ex ſcorto: qui concubitus jure Romano liciti, utique extra pœnam erant. Secus dixerim non tantum in adulterinis & inceſtuoſis liberis, quibus nec alimẽta deberi traditur vulgo ex *N.* 98. *cap. ult.* ſed etiam in natis ex ſimplici ſtupro: qui ipſi tamen ſub verb. *damnatis* contineri poſſunt. Et iſti ſcil. de quibus agitur *in d. verſ. vulgo.* penitus ex nullo alio capite quam cognatorũ admitti poſſunt, cum nullos habeant agnatos, ut ibi ait Iuſtin. quos tantum habere poſſunt ex juſtis nuptiis editi, eos videlicet, qui ipſis per patrem conjunguntur, quem hi liberi extra nuptias concepti habere non intelliguntur *l. vulgo* 23. *de ſtat. hom.* & *h. text.* in quo agitur de vulgo quæſitis. nam quod naturales attinet, dicitur concubinatus permiſſus Legib. ſed hi tamen quoq; nihilo magis poſſunt habere agnatos, quoniam non ſunt in familia & poteſtate patris, ex quo pendet jus agnationis: & generaliter traditum eſt, liberos qui extra nuptias nati ſunt, non ſequi patrem ſed matrẽ *L. cum legitimæ* 19. & *L. lex naturæ* 24. *de ſtat. hom.* Quod ſi hujuſmodi liberi non ſunt agnati, nec poterunt, & multo minus eſſe invicem conſanguinei, *d. textu l. ſi ſpurius* 4. *unde cogn.* quoniam aliquanto plus hoc eſt, quippe ſpecies agnationis; & ſemper differentia addita ad genus facit ſpeciem. Relinquitur igitur ut & matri & ſibi invicẽ, tantũ cognati, & quod tandem concluditur, non poſſint ſuccedere niſi ex tertio c. quo prætor pollicetur bonorum poſſeſſionem nomine proximitatis. Quod verbũ quidem ex ſui ſignificatione propria latius patet: ſed fere in hac materia pro conjunctione ea uſurpati ſolet, quæ eſt inter eos qui tantum ſibi cognati ſunt, ut *hoc textu verſ. eos.* & *verſ. vulgo* & § *ſeq. h. t.* & *ſup. de SC. Tertull in pr.* & §. *cæterum* 3. *verſ. ſed quia* & *verſ. donec. prætores ſup. de legit. agn. ſucc. l.* 4. *unde cogn. in pr. infr. de ſervil. cogn.*

TEXTUS.

1. Hoc loco illud neceſſario admonendi ſumus, agnationis quidem iure admitti aliquem ad hæreditatem etſi ſit decimo gradu, ſive quæramus de Lege 12. tabularũ, ſive de edicto, quo prætor legitimis hæredibus daturum ſe poſſeſſionem bonorum pollicetur. Proximitatis vero nomine iis ſolis prætor promittit poſſeſſionem bonorum, qui ſunt uſque ad cognationis gradum ſextum, & ex ſeptimo, à ſobrino ſobrinaque nato natave.

COMMENTARIUS.

1 *An ultra decimum gradum detur ſucceſſio.*

De termino ſucceſſionis uſque ad quem porrigatur: & proponit differentiam inter eam ſucceſſionem: quæ eſt ex tertio capite *unde cognati*: & quæ ex capite *unde legitimi*: quod ex illo tantum ſuccedatur uſq; ad ſextum gradum, ſed capite *unde legitimi*, & omnino iure agnationis ſuccedi etiam decimo gradu: Et prius illud ſatis conſtat, ultra ſextum gradum cognatos à prætore vocatos nõ fuiſſe: *h. textu*

h.textu & l.1.§ hac autem,3.l.pen. unde cognati: nec dubitatur ab Interpp quin ſublata differentia agnationis & cognationis *N.118.* ita quoque differentia ſublata ſit: cum & indiſtincte *in d. N.118 c.3.in f.* ubi pariter de cognatis & agnatis agitur, ſcriptum ſit, omnes deinceps ſuccedere: idque ita receptum ab omnib. teſtatur *Forſter.3.de ſucceſſ.c.9.* Et jejuna eſt diſputatio an idem procedat, ſi cognatus non beneficio *N.118.* ſed ex edicto prætoris velit ſuccedere: de quo *Mynſ.hic & Forſt.d.loco.* Sed hinc differentiæ veteris ratio petenda eſt, ꝙ plus tribui debuit ſucceſſionis ordini qui eſt ex jure civili, veteri & agnationis jure nititur; quam ei quæ nitebatur mera indulgentia prætoris. Cur autem prætor ſexto gradu & non quinto vel ſeptimo terminare voluerit ſucceſſionem, vix dari ratio poteſt: niſi forte hæc eum movit, quod in ſexto gradu finiuntur nomina & appellationes perſonarum, ut patet ex *tit.ſeq. & l.10.§. ſexto 16.cum ſeq.de gradib. l. 4. §. 2. de in jus vocand.* quã rationem perſpicue ponit *Paul.4.ſent. 12.in fin.* Iſtud autem controverſum eſt, an quod dicitur hic
2 de decimo † gradu quo ad ordinem agnationis, pariter determinet, ſicut illud quod dicitur de ſexto gradu quo ad ordinem cognatorum, ita ut ultra decimum gradum cognati non admittantur. Quod ex hoc ipſo rationis videtur, ut æqualis ſit determinatio: cum nec appareat ratio, cur decimi gradus mentionem facere debuiſſet, ſi ultra eum agnatos admitti putaſſet: quod ſuadet vel maxime collatio cum ordine cognatorum, ut utrobiq; numerus terminum ſuccedendi deſignet: quem aliquem eſſe ratio videtur ſuadere, & quem ſi tollas hodie præſertim exæquato agnationis & cognationis jure, numquam quarto capiti ex quo vocantur cõjuges, futurus ſit locus: poſſit alicui ſine ullo uſu videri iſta diſputatio, ſi verum eſt quod hic Weſembecius ait, quod natura non aut vix patiatur ultra ſextum gradum vitam cognatorum conſiſtere: quanto minus ultra decimum gradum: & ita quoq; *Paulus 4. ſent §.ult.* ſucceſſionis, inquit, idcirco ſeptem (ait autem ſeptem, quia duæ perſonæ ex iſto gradu vocantur) ſunt conſtituti gradus, quia ulterius per rerum naturam nec nomina inveniri, nec ſuccedentibus vita prorogari poteſt. Sed quod Paulũ attinet, puto ego eum maxime ad ſucceſſionem ſuperiorũ ſive in recta ſive in tranſverſali inæquali linea reſpexiſſe cæteroquin quoad æqualẽ lineam præcipue, & in ea collaterales, non animadverto, quominus etiam in gradu viceſimo invicem à ſe diſtantes reperiri poſſint: veluti ſi ex duobus fratrib. hinc inde continua ſerie propagatam ſobolem ponas, ideoq; ridicula eſt ratio differentiæ reddita à Mynſ. quod natura neminem ultra ſeptimum gradum vivere permittat, ſed jura civilia in infinitum jura agnationis civilia producere potuerint. Nam 1. non agitur hic de ſucceſſione deſcendentium, ſed collateralium: quos ultra ſeptimum gradum non reperiri, credere & dicere ſit inſanum, 2. utiq; qui per patrem & maſculos naturali generatione conjuncti ſunt, natura quoque ſibi ſunt conjuncti: quos ridicule ultra ſeptimum gradum admitteret jus civile, ſi natura eos vivere non permitteret. Et vero ultra decimum gradum quoq; admiſſos fuiſſe agnatos & admitti hodieque debere, facit, quod nulla ratio dari poteſt, quæ decimo gradu hoc ſuccedendi jus conſtringat; cum etiam L 12 tabularum indiſtincte ſine aliqua determinatione gradus proximo agnato detulerit hæreditatem: convenit quod ſup. *in §.cæterum in pr* bis & iteraro, itemq; *in §. ult. verſ. amotis infr.de ſervil. cognat.* dicitur agnatos admitti, etiamſi longiſſimo gradu ſint: quod non videtur ad decimum reſtringi poſſe. Et in *l.2.§.1.de ſuis & legit.* agnati dicuntur in infinitum: & quoniam ibi de ſucceſſione tractatur, etiam eo reſpectu & effectu hoc dictum accipiendum eſt. Et *in N.118.cap.3.in f.* omnes deinceps à latere cognati vocantur: Et hanc ſententiam probat etiam *Weſemb hic & Forſter. 3. de ſucc. ab int.c.10.in f.* moribus hoc receptum ait: quã ſententiam ſi tenemus, reſpondendum erit ad hunc §. quod exempli tantum cauſa decimi gradus facta ſit mentio, qui numerus ẽt extremus eſt in numerando: quod Iuſtin. non loquatur determinative tamquam excluderet ſequentem, ſed, *etſi decimo gradu ſit.* Alteram tamen opinionem tamquam receptam, ſimpliciter referunt & probant *Schneid. & Mynſing. hic,* & eſt uterque praxeos & fori peritus: & ita *Ioh. Faber, Angel. & Porcius* accipiunt hunc locum, tanquam eo haud dubie decidatur, quod ultra decimũ gradum agnati non admittantur. Quod autem hoc §. dicitur, cognatos ſuccedere uſque ad ſextum gradum, & quidem, ut apparet, incluſive, obiicit, *l. l.2. de veter. & mil. ſucceſſione.* ubi tantum ad uſq; gradũ quintum admittitur Et eſſe ſane ibi ſpeciale aliquid inde eſt manifeſtum, quod etiam hæres legitimus qui cognato ibi opponitur, ex quinto tantum gradu admittitur. Communis eſt reſponſio, quod ſpeciale ſit in bonis caſtrenſibus, de quibus ibi nominatim agit JCtus, quæ cum ſpeciali jure & privilegio militi conceſſa ſint, potuerit etiam circa ſucceſſionem eorum aliquid ſpecialiter eſſe definitum.

Digitized by Google

Alij eum locum de milite damnato ex delicto militari *arg. l. 1 ejuſdem tit.* accipiunt. Plane in *l. ſi quis 6. §. tiius 7. in f. de iniuſt. teſt.* militis inteſtati bona indefinite cognatis tribuuntur, & poſt hos, legioni, *fac l. 2. C. de hæred. decur.* Quis porro ſit ſobrinus cujus mentio in *f. §.* tractatur tit. ſeq.

AD TITULUM VI. LIBRI TERTII INſtitutionum, DE GRADIBUS COGNATIONIS.

TEXTUS.

Hoc loco neceſſarium eſt, exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi ſumus, cognationem aliam ſupra numerari, aliam infra, aliam ex tranſverſo, quæ etiam à latere dicitur: ſuperior cognatio eſt parentum: inferior, liberorum: ex tranſverſo fratrum, ſororumve, & eorum qui quæve ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et ſuperior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea quæ ex tranſverſo numeratur, à ſecundo.

COMMENTARIUS.

VErbum cognationis hoc tit. ſumitur generaliter, ut etiam agnationem comprehendat, quãvis ſane eum in §. *pen.* moneat Iuſtin. agnationis gradus eodem modo numerari: prædicta tantum ad cognationem retuliſſe videatur: ſed utrique exẽpla quæ ſingulis §§. proponuntur agnatorum ſunt: qua de cauſa *Hott. d. § pen* refert ad prox. ante cedẽs, hoc ſenſu, quod itidem agnationis gradus ita computandi ſint, ut ſemper perſona generata adiiciat gradum. E linea cognationis, in qua gradus collocantur, ut hic docet Iuſtin. eſt vel recta vel tranſverſa. Illa eſt aſcendens & deſcendens: hæc vel æqualis vel inæqualis. In recta ſunt parentes & liberi: In tranſverſa, fratres, & qui porro ab his deſcendunt. Semper autem in hac tractatione, & quoad hanc materiam, ſucceſſione quæratur. Recta linea utrimque incipit à gradu primo: quoniam quot generationes, tot gradus: &, ſi de patre quæras hic recta generat filium; & rurſus filius à patre recta eſt generatus, ſed tranſverſa linea incipit à ſecundo gradu: neque enim generat frater fratrem, ſed fratrum conjunctio dependet à ſtipite patre: itaque à filio ad patrem aſcendendum, & ab eo rurſus ad alterum filium deſcendendum eſt, ut quo gradu uterque interſe ſit, poſſit cognoſci: nec ratio patitur, ut eodem gradu quo pater & filius, etiam frater diſtet à fratre, quod tamen non obſervarunt Canoniſtæ, quibus etiam frater à fratre primo gradu diſtat. Et hoc late perſpicue & eleganter explicat Theoph. *ad pr. tit. de leg. agn. ſucc.* quod in linea tranſverſa, cũ quæritur, quoto gradu alter ab altero diſtet, ſit recurrendum & aſcendendum ad τὸ κοινὸν αἴτιον τῆς γενέσεως, id eſt ad communem ſtipitem, & ab eo rurſus ad alterã perſonam de qua quæritur, deſcendendum. Et igitur fratrem eſſe ſecundo gradu, quia cõmunis ſtipes eſt pater, ad quem ab uno fratre aſcẽditur, & inde mox ad alterum deſcenditur. Hinc patruum eſſe tertio gradu: quia communis ſtipes eſt avus, ad quem duobus gradibus à me aſcenditur, & inde uno gradu deſcendendo invenitur patruus meus.

TEXTUS.

1. Primo gradu eſt ſupra, pater, mater: infra filius, filia. Secundo gradu ſupra, avus, avia, infra, nepos, neptis: ex tranſverſo, frater, ſoror. Tertio gradu, ſupra, proavus, proavia: infra, pronepos, proneptis: ex tranſverſo, fratris ſororiſque filius, filia: & convenienter, patruus, amita; avunculus, matertera. Patruus eſt frater patris, qui Græce πατράδελφος appellatur: Avunculus eſt frater matris, qui Græce μητράδελφος dicitur, & uterque promiſcuè θεῖος appellatur. Amita eſt fratris ſoror, quæ Græce πατραδέλφη appellatur: Matertera vero matris ſoror, quæ Græcè μητραδέλφη dicitur, & utraque promiſcuè θεῖα appellatur.

Com-

Commentarius.

1 *Avus unde dictus, Item avunculus.*
2 *Amita & matertera unde.*
3 *De appellatione θεῖος.*

PErſpicua fere ſunt omnia, & quod ad res & verba, pater eſt filio primo gradu conjunctus, & hic illi: Eadem ratione nepos ab avo ſecundo gradu diſtat. Et hic in tranſverſa linea incipit computatio. Tertius gradus ex tranſverſo ſemper eſt in linea inæquali, verbi cauſa fratris filius, & patris frater: nec obſcuritatem habent aut dubitationem, nomina quæ hic referuntur & explicantur. Avum Feſtus ait dictum † vel ductum à Græca voce πάππος, vel à Græca voce πάπα, quod ſignificet magnum, mutatis quibuſdam literis: vel, quod ad duos attineat, quaſi adduum, vel quia ad patrem ſit additus. *Iud.8.orig* 5. avum dictum ſcribit ab ævo, id eſt, antiquitate, Avunculum, idem Feſtus dictum ait, quod ſit æque tertius à me ut avus, ſed non ejuſdem juris, ideoque vocabulo factam diminutionem: ſi-
2 ve ita appellatum, quod avi locum obtineat, & proximitate tueatur ſororis filium Amitam idem † dictam refert, quia ſimiliter tertia à me atque avia: ex eo quod antiquioribus avita ſit vocata: vel quia à patre meo amata eſt: nam plus ſorores à fratribus, quam fratres diligi ſolent. De matertera denique idem Feſtus, eam dictam, quaſi matrē alteram. Græca nomina hujus §. ſunt expeditæ ſignificationis: præterquam quod dicitur, Patruum & avunculum
3 una voce θεῖος † dici, quomodo non ſemel in *Nov* 118. *cap* 3. ratio quidem nominis non apparet: ſed hac appellatione Græcos uſos fuiſſe apparet. Et in Lexicis vulgaris ſcribitur, ὁ τοῦ πατρὸς θεῖος, & ὁ τοῦ μητρὸς θεῖος, patruus & avunculus: & in Lexico Phavorini Camertis hæc extant. Θεῖος ὁ καὶ ἰδιος ... ἀδελφός. Item Suidas in verbo τήθη, notat τηθίδας appellatas θείας τὰς πατρὸς ἢ μητρὸς ἀδελφάς, & mox τηθὶς, θεία, πατρὸς ἢ μητρὸς ἀδελφή: & Lucianus quoque tom. 1. de vita ſua in pr. habet θεῖος πρὸς μητρός. Addamus huc ex Polluce, qui de verbis reliquis teſtimonium perhibet ὁ πατρὸς ἀδελφὸς πατράδελφος ἢ πάτρως. ὁ δὲ μητρὸς ἀδελφὸς θεῖος ἢ μητράδελφος ἢ μήτρως ἢ θεῖος. ἡ δὲ πατρὸς ἀδελφὴ θεία ἢ πατράδελφος: ἡ δὲ μητρὸς θεία ἢ μητράδελφος, ἢ τηθίς. Hæc Pollux. Variat autem quo ad Græca verba hujus §. lectio: & pro πατράδελφος & μητράδελφος, πατρῷοι & μητρῷοι habent: quam lectionem magis probat Ruſſardus: eamque Hottomannus & Weſembecius ſunt ſequuti, itemque Contius & Cujacius, & ex Theophilo confirmatur: qui itidem non agnoſcunt illa verba, (quæ Græce πατραδέλφη appellatur) nec mox illa, (quæ Græce μητραδέλφη dicitur) quæ etiā notat abeſſe debere Ruſſardus, & ut ſpuria virgulis incluſit Gothofr. Et ſane Græci non efferunt compoſita fœminina terminatione: & diſerte Pollux ſupra citato loco patris & matris ſororem μητράδελφον & πατράδελφον dici ſcribit: itaque plane probabile eſt, Iuſtinianum noluiſſe ea repetere quæ jam dixerat de patruo & avunculo, pleræque etiam editiones 10 f. §. poſt verba *& utroque promiſcue θεῖα*, addunt, & à quibuſdam τήθη, (alij τηθίς.) appellatur. *Cuiac. Hott. Cont. Weſemb & Theophilus*, quamvis Theoph. ſæpe multa de ſuo ut paraphraſtes addat. Cæteroquin teſtantur Pollux & Suidas citatis locis θείαν etiam dici τήθην. Et Heſych. τηθὶς ἡ τῆς μητρὸς καὶ πατρὸς, ἡ καὶ μάμμη, καὶ ἡ τῶν γονέων ἀδελφή. Hæc pro curioſis.

TEXTUS.

2. Quarto gradu ſupra abavus, abavia, infra abnepos, abneptis: ex tranſverſo, fratris ſororiſque nepos neptiſve: & convenienter, patruus magnus, amita magna, id eſt, avi frater & ſoror: item avunculus magnus & matertera magna, id eſt, aviæ frater & ſoror: conſobrinus, conſobrina, id eſt, qui quæve ex ſororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam recte conſobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus ſororibus progenerantur, quaſi conſorotinos: eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari: ſi autem ex duobus fratribus filiæ naſcantur, ſorores patrueles appellari. At eos qui ex fratre & ſorore progenerantur, amitinos proprie dici putant. Amitæ tuæ filij te conſobrinum appellant; tu illos, amitinos.

Commentarius.

1 *Matrueles qui ſint.*

CUm ſemper addita perſona per novam generationem, addat gradum, perſpicua ratio eſt, cur

 perſo-

perſonæ hic enumeratæ ſint quarto gradu: in recta linea abnepos & abavus: quem *Iſid.* 8. *orig.* 5. putat dictum, quaſi longe ab avo: ſicut proavum, quaſi prope avum. Incipit autem hic in quarto gradu, ex tranſverſo linea æqualis, in qua ſunt, qui ex fratribus & ſororibus utrimque primo gradu progenerati ſunt: de quorum appellationibus ſatis prolixe hic Iuſtinianus: & de conſobrinorum nomine, an ſit commune etiam his qui ex fratribus naſcuntur, ſatis diximus *ad* §. 1. *ſup. de legit. agn. ſucc.* Patrueles Nonius in extremo ait eſſe matrum fratrum liberos: ſcil. quod alias fratrum appellatione & ſorores continentur: & *Iſidor* 9. *orig.* 6. fratrum filios patrueles dici. Amitinos Nonius citato loco, fratrum, maris & fœminæ liberos eſſe ait: quod & hic refert Iuſtin. & apparet ſane dictos ab amita, quæ eſt patris ſoror, & ita a nitæ meæ liberos. Et eadem diſtinctio hujus §. refertur à *Paulo in l. ult.* §. *quarto* 15. *verſ. matertera, de gradib.* in cujus fin ait, omnes à plerisque generali nomine conſobrinos appellari: idemque *Cajus in l* 1. § 6. *inf. de gradib.*

Amita tua ſi ius.] Recte hinc notat Hottom. diſcrimen inter amitinos, & conſobrinos patruelesque. Nam duorum ſororum fratrumque filii invicem ſibi ſunt conſobrini & patrueles: at duo invicem non poſſunt ſibi eſſe amitini: nam ex amita mea & ſcilicet patris ſorore natus mihi eſt amitinus: at ego ipſi non ſum amitinus, quia pater meus eſt ipſi avunculus, & conſequenter ego ipſi conſobrinus ſum: adeoq; patet, conſobrini nomen ad ſororum duarum liberos reſtringi non poſſe. Videtur tamen amittinorum nomen laxius uſurpatum, ut utrimque ex fratre & ſorore natos ſignificet, ut apud Nonium citato loco: & *Paul. in d. l. ult.* §. 15. *de gradib* & *Caium in l* 1. § 6. *eod tit.* & confirmat *Cuiac. hic.* Sed quinam ſint matrueles *in l.* 1. *ad L. Pomp. de parric.* Goth. ibid. interpretatur fratres ex eadē matre, qui ſunt ὁμομήτριοι. Sed quia præcedit *patrueles*, magis eſt ut ſint materteræ meæ, id eſt, duarum ſororum liberi: quod & hic pro *Cuiac.* & *Gottom.* 5. *obſ.* 31.

TEXTUS

3. Quinto gradu ſupra, atavus, atava: infra, atnepos, atneptis: ex tranſverſo fratris ſororiſque pronepos proneptis: & convenienter propatruus proamita, id eſt proavi frater & ſoror: & proavunculus & promatertera, id eſt, proaviæ frater & ſoror: item fratris patruelis, vel ſororis patruelis, conſobrini & conſobrinæ, amitini & amitinæ filius filia: propius ſobrino, propius ſobrina: hi ſunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ, filius, filia.

COMMENTARIUS.

1 *Propior ſobrino.*

IN linea recta, proavo & pronepoti additi duo gradus, abavus & atavus, item abnepos & atnepos faciunt quintum gradū. Sed in tranſverſa, quoniā frater mihi ſecundo gradu eſt, conſequenter, qui huic in linea recta pronepos tertio gradu eſt, mihi quinto gradu eſt conjunctus: eodemque gradu proavi mei frater à me diſtat. Eodem gradu ſunt duorum fratrum hinc nepos inde filius: id eſt, conſobrini, patruelis vel amitini mei qui mihi quarto gradu eſt, filius aut filia: quibus ego propria appellatione dicor propior ſobrino: quoniam, ut iſtam appellationem hic explicat Iuſtin. ego ſum ejus, qui ipſi eſt patruus magnus, filius, veluti in hoc ſchemate: (nam de hac appellatione & nomine propioris ſobrini, controverſia eſt, de qua pluribus ad §. ſeq.



Me Sejus dicit patruelis filium, ipſe mihi dicitur propior ſobrino, quoniam patruus meus magnus eſt Sempronius, avi mei frater, cujus filius eſt Sejus. Et cum ſobrini ſint ſexto gradu, veluti ſi addas Seji filium, Lucium, qui meus eſt ſobrinus, qui huic in linea aſcendendi proximus eſt, propior ſobrino appellatur.

TEXTUS.

4. Sexto gradu ſupra, tritavus tritavia: infra, trinepos trineptis: ex tranſverſo, fratris ſororiſque abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id eſt, abavi

frater

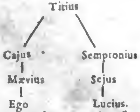
frater & ſoror, abavunculus, abmaterteræ: id eſt, abaviæ frater & ſoror. Item, propatrui proamitæ, proavunculi, promaterteræ, filius filia. Item, propius ſobrino ſobrinave filius filia: Item, ſobrini ſobrinæ, id eſt, qui quæve ex fratribus, vel ſororibus patruelibus, vel conſobrinis, vel amitinis progenerantur.

Commentarius.

1 *Tritavus unde.*
2 *Propius ſobrino ſobrina.*

TRitavum dictum putat Iſidor 8. *orig.* 5. quaſi tetravum, qui ſit quartus ſupra avum. Inepte, ut vox ſit hybrida. Aperta ratio nominis mihi videtur, quod tritavus ſit tertins avus.

Nam primus avus eſt ſecundo gradu. Hujus avus quarto gradu dicitur abavus: & hujus rurſus avus, dicitur tritavus, qui avus eſt tertius, quem Theophil. τρίταππον vocat. Circa exempla lineæ tranſverſalis non conveniunt exemplaria, & videtur ex textu prout illum deſcripſi aliquid expungendum eſſe. Abpatruum ſexto mihi gradu eſſe ſatis conſtat: item propatrui filium: itaque verba uſque ad, *promaterteræ filius filia*, omnino recte ſe habent: itemque quod eſt in fine, de ſobrinis, qui ſunt in ſexto gradu lineæ tranſverſæ æqualis, nati ex patruelibus, vel conſobrinis (qui quarto gradu ſunt) videlicet utrimque, Germani dicunt Nachgeſchwiſtrig. Neque porro video, quare proxime antecedentia verba omiſerint. Hottomannus & alij, *item conſobrini conſobrinæ nepos neptis*, qui enim conſobrino meo, quarto gradu mihi conjuncto, nepos eſt, is utique mihi ſexto gradu eſt. & cum *in § præced.* retulerit Iuſtin. conſobrini mei filium, qui eſt quinto gradu, probabile eſt, eum hoc quoque § referre voluiſſe conſobrini mei nepotem: Illa ſolummodo verba ſuſpecta ſunt, *propius ſobrino ſobrinave filius filia*, & videntur eſſe à gloſſ. & ab interpretatione: faciunt enim ταυτολογίαν. Et ponatur hic ſchema.



Et initio explicandum accuratius eſt: quis ſit propior ſobrino, ſobrina Et explicat Iuſtinianus *in § præced in fin.* eſſe patrui magni, amitæ magnæ, &c. filium. Itaque mihi Sejus eſt propior ſobrino. Et nimirum ut recte ita quis dicatur, ratio ſuadet, ut ſit aut ſobrini filius, aut ſobrini pater. Aut ſobrini mei filius eſſe non poteſt, hic enim mihi eſt ſeptimo gradu. Ergo neceſſe eſt ut ſit ſobrini pater, qui mihi ſcilicet quinto gradu conjunctus eſt. Ex qua ratione efficitur, ut ego viciſſim Sejo non recte poſſim dici propior ſobrino, quia apertiſſimum eſt, me ſobrini neque patrem, neq; filiũ eſſe. Itaq; propius ſobrino eſt, qui ſobrini mei pater, & patri meo conſobrinus eſt: quod latius confirmat *Ant. Auguſtin.* 2. *emend.* 5. Quoniam tamen iſta inter ſe habent relationem, ſicut ſupra diximus, amitinos utrimque dici & mutuo fratrum & ſororum liberos, cum tamen proprie loquendo, amitæ meæ liberi mihi tantũ ſint amitini, non ego viciſſim illis amitinus ſim: ita quoq; fortaſſis obtinuiſſe videtur, ut viciſſim conſobrini mei filius mihi diceretur propior ſobrino, & ita in propoſito ſchemate ego quoque Sejo propior ſobrino dicar. Et ita ſane Sextus Pompejus, quem & Cujac. hic probat, ſcriptum reliquit. Propius ſobrino mihi eſt, conſobrini mei filius, & patris mei conſobrinus. Ubi utramque appellationem conjungit. Et ita poſt Accurſ. Dd. vulgo acceperunt, §. *præced. in fin.* quaſi verba, *propius ſobrino, propius ſobrina*, pertinerent ad explicationem præced. & conſobrini mei filius ita appelletur. Sed ſane licet admittamus iſtam alteram quoque acceptionem cum Pompejo, quam citato loco improbat Ant. Auguſt. tamen probabilius eſt propriam ſignificationem à Iuſtin. in hunc titulum relatam eſſe: Et, ſi ſequaris Accurſium, verba *d.* §. 5. quæ ſequuntur. *Hi ſunt patrui. &c.* commodum ſenſum nullum admittunt. Itaq; omnino rectum eſt, quod cẽſent Auguſtin. his verbis *d.* §. 5 *propius ſobrino, &c.* contineri novum exemplum quinti gradus, quod mox explicetur *per ſeqq.* verba *hi ſunt, &c.* ſcil qui propius ſobrino ſobrina appellantur: quod itidem

ex *l.* 1. §. *ult. in fin de gradibus* confirmatur. Sed ut redeamus ad rem noſtram, dico, quomodocunque accipiamus propiorem ſobrino, tamen verba, quæ paulo ante notavi, *itē propius ſobrino ſobrinave filius filia* eſſe inducenda. Nam ſi juxta veram ſignificationem, propiorem ſobrino ponas patris mei conſobrinum, hujus filius mihi ſobrinus eſt, & nempe in ſchemate Seij filius Lucius mihi eſt ſobrinus: atqui ſobrinorum nominatim *in fin.* §. hujus eſt mētio. Sin ponas conſobrini mei filium mihi eſſe propiorem ſobrino, hujus filius utiq; conſobrini mei nepos eſt; quod exemplum ibidem hoc §. proponitur: nec quidquam intereſſe poteſt, ſi in ſpecie propoſita, ex Lucio porro Mævium addas, an hunc Mævium Lucij filium, an Seij nepotem appelles Itaque eſſet ταυτολογία, ſi hoc iterum alius verbis iisdem ſignificantib. repeteretur. Et vel hac de cauſa exiſtimo, retinenda eſſe verba hujus §. *item conſobrinæ nepos neptis*: quamvis illa nec Theophilus agnoſcat: à quo etiam abeſt, *verſ. Item propatrui*, nec neceſſum habuit Iuſtinianus, nimis multa exempla cumulare, ſed rem aliquibus ſaltem ob oculos ponere ſatis eſſe duxit: utiq; hæc verba optimum ſenſum habent: & non recto judicio Gothofr. ea expunxit: contra vero ea retinuit, quæ inducenda eſſe probavimus.

TEXTUS.

5. Hactenus oſtendiſſe ſufficiat, quemadmodum cognationis gradus numerentur. Namque ex his palam eſt intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus, numerare debeamus, quippe ſemper perſona generata adjicit gradum: ut longe facilius ſit reſpondere, quoto quiſque gradu ſit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare. Agnationis quoq; gradus eodē modo numerantur. Sed cum magis oculata fide, quā per aures animis hominum infigatur: ideo neceſſarium duximus, poſt narrationē graduum eos etiam jam præſenti libro inſcribi, quatenus poſſint & auribus, & inſpectione oculorum adoleſcentes perfectiſſimam graduum doctrinam adipiſci.

COMMENTARIUS.

QUoniam plura cognationum nomina ſunt, & ex relatis gradibus, quidam nomine careant, & cum alias nimis operoſum ſit futurum, gradus plures ita enumerare, ideo Iuſtin. monet, ex hactenus dictis facile intelligi, quomodo porro gradus ſint numerandi, & ita invenire, quo quiſque gradu ab altero diſtet: addita hac generali regula, quod ſemper generata perſona adiiciat gradum.

Adgnationis quoq;.] De ſententia hujus loci diximus *ſup. ad pr. huius tit.*

Magis oculata fide] Pertinet ad locum communem, de ſenſibus, uter certior, & utri magis fides habenda. Vulgatum illud eſt teſti de auditu vix ac ne vix quidem fidem haberi. Sed eſt illud forte paulo hinc alienius. Et non fuerit difficile hic farcire centones. Notum eſt illud Horat. de arte Poët.

Segnius irritant animos demiſſa per aures,
Quam quæ ſunt oculis commiſſa fidelibus, & quæ
Ipſe ſibi tradit ſpectator.

Et ille apud Herodotum lib. I. τὰ ὦτα, inquit, τυγχάνει ἀνθρώποισι ἐόντα ἀπιστότερα ὤτων ὀφθαλμῶν. Auribus minus fidei tribuitur, quam oculis. *Ariſt. in lib. de ſenſu & ſenſili cap.* I. κρείσσων ἡ ὄψις καὶ καθ' αὐτήν: πρὸς δὲ νοῦν κατὰ συμβεβηκὸς ἡ ἀκοή, quod ſtatim explicat; κατὰ συμβεβηκὸς εἰς φρόνησιν πλεῖστον ἡ ἀκοὴ συμβάλλεται μέρος, ὁ γὰρ λόγος αἴτιός ἐστι τῆς μαθήσεως ἀκουστὸς ὤν, οὐ καθ' ἑαυτὸν, ἀλλὰ κατὰ συμβεβηκός. Sed nolo plura: neque enim iſta docere Juriſconſulti officium eſt. Hæc autem deſcriptio ocularis Iuſtinianea iniuria temporum, aut negligentia deſcriptorum periit. Et teſtatur Contius in quibuſdam manuſcriptis, aliquid vacui ſpatij hic relictum: ſed nuſquam extare, nec uſquam aut cuiquam viſam illam deſcriptionem.

AD TITULUM VII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SERVILI COGNATIONE.

TEXTUS

Illud verum eſt, ad ſerviles cognationes illam partem Edicti, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſio promittitur, non

non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur, ſed noſtra conſtitutione, quam pro iure patronatus fecimus, (quod ius uſq; ad noſtra tempora ſatis obſcurum, atque plenum nubē, & undique confuſim fuerat) & hoc humanitate ſuggerente conceſſimus, ut ſi quis in ſervili conſtitutus conſortio, liberum vel liberos habuerit, ſive ex libera, ſive ex ſervilis conditionis muliere, vel cōtra ſerva mulier ex libero, vel ſervo habuerit liberos cuiuſcunq; ſexus, & ad libertatem his pervenièt ibus, ii, qui ex ſervili ventre nati ſunt, libertatē meruerint: vel dum mulieres liberæ erant, ipſi in ſervitute eos habuerint, & poſtea ad libertatem pervenerint: ut hi omnes ad ſucceſſionem patris vel matris veniant, patronatus iure in hac parte ſopito. Hos enim liberos nō ſolū in ſuorum parentum ſucceſſionem, ſed etjam alterum in alterius mutuam ſucceſſionem vocavimus, ex illa Lege ſpecialiter eos vocantes: ſive ſoli inveniantur, qui in ſervitute nati & poſtea ſunt manumiſſi: ſive una cū aliis, qui poſt libertatem parentum concepti ſunt, ſive ex eodem patre, ſive ex matre eadem, ſive ex aliis nuptiis: ad ſimilitudinem eorum, qui ex iuſtis nuptiis procreati ſunt.

COMMENTARIUS.

1 *Cur iure civili nulla ſucceſſio inter natos in ſervitute.*
2 *Emendatur textus.*
3 *An hi liberi ſuccedant cum aliis, & diſputatio pro lectione vulgata.*

NOtant Ruſſard. & Cont. in quibusdam manuſcriptis non incipere hic novum titulum: nec eſt etiam apud Theoph. in veteribus editionibus: quod idem notat Ruſſard. eoq; non ſatis bona fide agit Gothof. qui in editione ſua Inſtitutionum Theophili, novi tituli hic facit principium. Et apparet ſane eſſe textum iſtum partem quandam tituli *de cognat. ſucc.* ſicut & §. *ſeq.* ad totam hanc materiam ſucceſſionis pertinet: quæ ratio procul dubio movit Cuiac. Hottom. & Weſemb. ut textum iſtum conjunctim cum *tit prac.* explicarent. Et tamen cum Iuſtin. abrupta tractatione de ſucceſſione cognatorum, ſubjecerit titulum *t. de gradib cognat.* cum quo iſta tractatio nihil commune habet, non abſurde hinc novus inchoatur titulus, qui utiq; per *praced. tit.* à tractatu *de ſucceſſ cognatorum* abſciſſus eſt: & monet Cont. licet in quibusdam manuſcriptis non ponatur hic diſerte novus titulus, aliquantum tamen vacui ſpacii eſſe relictum, ſed rem ipſam videamus.

Ait Iuſtin. certum eſſe, quod Edictum prætoris, quo cognatos vocat ad ſucceſſionem non pertineat ad cognationes ſerviles: & nimirum licet ad libertatem jam pervenerint; nam dum adhuc in ſervitute ſunt, ridicule quæratur, de cognatione ſervorum quoad hunc effectum ſuccedendi: neque adeo mutatio iuris ad hunc caſum pertinere poteſt; & ut ſervus ab inteſtato ſuccedat aut hæredem habeat, prorſus eſt impoſſibile jure noſtro. Et quidem *in § illud.* 10 *ſup. de nupt* ait Iuſtin. ſerviles cognationes impedimenta nuptiis eſſe, ſi pater aut mater manumiſſi fuerint: quoniam in conjunctionibus naturalis pudor inſpicitur: ſed in iſta materia nulla cognationis (quæ naturaliter etiam inter ſervos eſt) in ſervitute contractæ habetur ratio, etiam ſi poſtea manumiſſi fuerint, & liberi deceſſerint, quod etiam Ulp. ſcribit *l.* 1. § 2. *unde cogn.* itaq; ſi qua fœmina v. c. in ſervitute ſuſceperit liberos, licet & mater & liberi manumiſſi fuerint, tamen matris defunctæ bonorum poſſeſſionem, nec ex capite, unde cognati, liberi petere poſſunt, licet ea parte etiam ſpurii & vulgo quæſiti admittantur. Licet enim parentes & fratres quoque dicantur, qui ſervi ſunt vel fuerunt, tamen ad leges (ſcilic. de ſucceſſione tractantes) ſerviles cognationes non pertinent, ut Paulus ſcribit *in l. ult. §. non parcimus.* 5. *de gradib.* Ita ius conſtitutum eſt, ſed ratio huius non immerito quæritur. Et ICti citatis locis re vera principium petunt, dum ſaltem affirmant ſimpliciter, cognationem hanc ad leges vel Edictum prætoris non pertinere, & Ulp. *in l.* 1. §. 2. *unde cognat.* ſubdubitans, quaſi, nec, enim, inquit, videtur facile eſſe ſervilis cognatio. Atquin imo, ſi dicimus iure naturali omnes homines eſſe æquales, oportet utique ſemel & hoc fateri, iure naturæ ſervos quoq; eſſe ſibi invicem cognatos: & utiq; parentum & fratrum nomina, ſunt cognationis nomina, quæ ta-

 men

men ſervis tribui: nec audet negare Paulus *in d. l. ult. § non parcimus. 5. de gradib.* Quod ſi nulla eſſet plane cognatio, neq; in prohibendis nuptiis attendi poſſet: quod contra eſt, *§. illud ſup. de nupt. l. adoptivus 14. § Idem 3 de rit. nupt.* ubi etiam dicuntur ſerviles affinitates Et ut fateamur, durante ſervitute nullam haberi poſſe in hac quidem materia iſtius cognationis rationem: at poſtquam liberi facti ſunt, & in ſtatum eum reducti, in quo omnes homines ab initio natura quaſi produxit *arg. §. 2. ſup. de iure nat. & pr ſup. de libert.* quid ni ratio haberi poſſit cognationis illius naturalis, quam præſertim in Edicto, unde cognati ſpectaſſe prætorem Iuſtinianus refert *in §. 1. de ſucceſſ. cognat* Sed ita placuit Romano Legislatori: aliud vero viſum nec immerito fuit Iuſtiniano, qui pergit hoc textu. Ait:

Sed noſtra conſtitutione.] Eam non exſtare inter Leges Iuſtiniani conſtat: Epitomen eius & Latinam & Græcam ex Baſilicis edidit *Cujac. 20. obſ. 34.* ubi tamen præcipue de ſucceſſione libertorum agitur: & de ea mox aliquid dicemus. Accuſat autem more ſuo veterem Iuriſprudentiam, quod ante eum jus patronatus fuerit nube plenum & obſcurum. At imo juris Romani tractatio facilior eſſet, ſi ab eo manus abſtinuiſſet Tribonianus, qui dum tot novas Leges identidem condit, omnia magis obſcura reddidit & intricavit.

Humanitate ſuggerente conceſſimus.] Inſumma diſpoſuit, ut liberi ex alterutro vel utroque parente ſervo nati, ubi ſcilicet & parentes & liberi conſecuti ſunt libertatem eo tempore quo de ſucceſſione quæritur & parentibus & ſibi invicem ſuccedere poſſint. Et hoc enim exhaurit omnes caſus, quod diximus, ſive liberi ex utroque parente ſervo, vel alterutro, id eſt, uno ſervo, altero libero, fuerint nati: quod Iuſtinianus diſtinctius & latius proponit: ſi, inquit, ſervus liberos habuerit, ſive ex libera, ſive ex ſervilis conditionis muliere: & contra, ſi ſerva mulier, ſive ex libero, ſive ex ſervo habuerit liberos. Et cum præter hos nullus alius poſſit caſus dari, non animadverto, quorſum pertineat, quod paulo poſt ſequitur, & quid addat novi: *vel dum mulieres erant libera, ipſi* (*ſcilicet* patres, *in ſervitute eos habuerint.* hic enim utique eſt caſus jam ante propoſitus, quo ſervus liberos ex muliere libera ſcripſit. Video ea verba in omnibus editionibus exſtare: nec ullus Interpretum in dubium ea vocat, nec hunc tamen ſcrupulum removet, aut explicat, quod in iſtis verbis diverſum à ſuperioribus contineatur: ſed & otioſa ſunt, quæ proxime jam relata verba ſequuntur: *& poſtea ad libertatem pervenerint*, hoc etiam jam ante ſatis dictum erat in verbis: *& ad libertatem his pervenientibus* (parentibus ſcilicet) *qui ex ſervili ventre nati ſunt libertatem meruerint.* utique enim ut de ſucceſſione quæri poſſit, & parentes & ex eis natos liberos eſſe oportet

Ideoque hunc *verſ.* † *vel dum mulieres* uſque ad 2
verbum *pervenerint*, ut qui ineptam prioris partis repetitionem continet, omnino inducendum puto: ſuadente ratione, ut tollatur putida *ταυτολογία*, tum etiam autoritate Theophili, apud quem hæc tantum habentur: ut ſi ſervus liberos ſuſtulerit, ſive ex libera, ſive ſerva: aut ex contrario ſerva mulier, ſive ex libero, ſive ſervo liberos pariat: & contingat ſervum patrem, aut ſervam matrem liberari, & liberi quoque ex ventre ſervili nati (nam ex libera nati, licet ſervo patre liberi ſunt, cum partus ventrem ſequatur) libertatem adepti fuerint, licentiam habeant ad parentis ſucceſſionem venire.

Et veniunt igitur hi liberi ad parentum ſucceſſionem patronatus jure in hac parte ſopito: ut hic ait Iuſtinian. nam ut titulo ſequenti habetur ex conſtit. Iuſtin. omnino excluditur patronus per liberos & in ſolidum. Et apparet hoc intelligi, ubi de ejus parentis ſucceſſione quæritur, qui ſervus fuit: cæteroquin quæſtio nulla eſt de iure patronatus.

Sequitur alius ſcrupulus & nodus † *in verſ. ſive* 3
ſoli inveniantur, quæ continent ampliationem: quod hi liberi non tantum ſuccedant, cum ſoli ſunt, ſed etiam ſuccedant & concurrant, cum aliis, qui poſtea ex parentibus jam manumiſſis, nati ſunt. Et hoc quidem in matre nihil abſurdi habet, cui liberi quomodocunque nati etiam ex SCto Orphitiano ita ſuccedunt, ut omnibus quoq; agnatis præferantur, ut diximus *ad § pen. ſup. de SCto Orphit.* In patre autem pluſculum dubitationis habet, maxime ut concurrant cum his, qui ex nuptiis nati ſunt, ut *in fin. huius §. legimus.* Itaque cum hoc abſurdum videretur, non defuerunt, & ex eorum numero *Cujac. & Hottom.* qui textum corruptum putarent. Et Cujac. hic ita legendum cenſet, *ſive ex eodem patre, ſive ex eadem matre, ſive ex alia qualicunq; copulatione nati, ad ſimilitudinem coniuncti*, ut ſaltem cum his concurrant, qui itidem extra nuptias procreati à patre jam libero fuerunt: quam lectionem etiam repræſentavit Cont. Hottom. autem ita: *ſive ex eodē patre & eadem matre, ſive ex aliis, ad ſimilitudinem, &c.* ut expungatur verbum *nuptiis*, quod etiam delendum cenſet Ruſſardus, & ſecutus eſt Weſembecius. Quæ

lectio

lectio hactenus ideo concinnior eſt, quod proculdubio hæc eſt Iuſtin. ſententia, ſuccedere ante natos, cum natis poſt libertatem liberis, ſive hi ſint nati ex iiſdem parentib. & utroq; ſive ex aliis, ubi videlicet v. c. ſervus, qui in ſervitute liberos ex fœmina aliqua ſuſtulerat, poſtea cum alia conſuevit, & ex ea liberos generavit. Pro qua ſententia exprimenda concinnior eſt lectio Hottom. quam vulgata quam & Cujac. retinet: ſiquidem his verbis, *ſive ex eodem patre ſive ex eadem matre* ſatis videtur contineri uterq; caſus, quo vel uterq; parens eſt idem, vel alteruter: ut proinde verba, *ſive ex aliis*, ſublato verbo *nuptiis*, non videamur habere, quo referantur. Et tamen ita quoq; extat apud Theoph. *εἴτε ἐκ τῆς αὐτῆς μητρὸς εἴτε τοῦ αὐτοῦ πατρός*, nec temere mutandi ſunt textus: nec à Iuſtiniano eiuſmodi accuratio exigenda eſt: & vulgata quoq; lectio admittit hanc ſententiam: ut Iuſtin. reſpexerit ad utrumq; caſum quem ſupra propoſui: quo vel maſculus ſuſtulit liberos ex ſerva aut libera, & rurſus fœmina, aut ex ſervo, aut libero generavit liberos: & ad priorem caſum reſpiciunt verba *ſive ex eodem patre*, ad poſteriorem, *ſive ex matre eadem*: quorum ſcilicet alteruter poſt ex eodem conſorte, vel etiã cũ alia perſona conſueſcendo, liberos procreavit. Reliquum ſaltē eſt ut videamus, an verbũ, *nuptiis* defendi poſſit. Et Ruſſardus improbat illud autoritate Theophili, apud quem ita legitur, *εἴτε ἐκ διαφόρων*, id eſt, ſive ex diverſis ſcilicet parentib. Sed non inde efficitur, quod improbarit verbum *nuptiis*: & in dubio legitimam conjunctionem intelligere debemus. Cujacii contra vulgatam lectionem hæ ſunt rationes 1. quod verba *ex aliis nuptiis* præſupponant alias nuptias priores, quæ tamen nullæ eſſe potuerint, ubi alterutra perſona fuit ſerva. 2. quod cum liberis ex iuſtis nuptiis procreatis, non poſſint concurrere naturales. 3. quia ſequatur in textu, ſuccedere ad ſimilitudinem procreatorum ex nuptiis: Ergo non intelligi natos ex nuptiis. Atqui hæ objectiones tanti non ſunt, ut à conſtante omnium exemplarium lectione recedere debeamus. Neq; enim ita facile fidē habeo Cujacio provocanti ad libros ſcriptos: & Hottom. unius tantum autoritate ſe tuetur, & verbum *nuptiis* tantum tollit, non autem librum ſcriptum, aut Contius, aut Ruſſardus citant. Neq; ſi pro verbo *nuptiis* reponamus cum Cuiacio, *qualicunq; copulatione*, aut verbum iſtud inducamus, objectiones Cuiacii ceſſant, ſiquidem copulationis verbum generale eſt, & nuptias quoq; cõprehendit, & de his in dubio explicandum eſt: &, ſi nimis late accipias, etiam continebuntur ex damnato coitu nati, qui utiq; non ſuccedunt: & fuerit inepta conſequentia, ſi ſublato eo verbo inferre propterea velis, excluſos intelligi à Iuſtin. qui ex nuptiis nati ſunt. Quin imo ſi ponas extra nuptias natos, aut erunt nati ex ſcorto, aut ex concubinatu. Illi nullo modo ſuccedunt patri, cum nec habeant patrem: hi certiſſimo quoq; jure ab inteſtato patri non ſuccedunt, niſi ex *Nov.* 89. demum in duas uncias.

Atqui ſine dubio præſupponit Iuſtinianus tales liberos poſtea natos, qui ab inteſtato ſuccedendi jus habeant: & caſum hunc tanquam magis dubitabilem, ut liberi antea nati, cum poſt natis ſuccedere poſſint. Et ridiculum ſit exiſtimare plus juris habere liberos ex ſervo manumiſſo & concubina ſuſceptos, quam ex concubina & eo, qui nunquam ſervus fuit: & apertiſſimum eſt non tantum de matris, ſed etiam patris defuncti ſucceſſione tractari. Quæ faciunt, ut verbum *nuptiis* omnino ſit retinendum.

Et in primo argumento Cuiacii eſt cavillatio verbi *aliis*, neque neceſſum eſt id ſemper eſſe relativum ad aliud ejuſdem plane qualitatis & conditionis: tum etiam oſtendimus *ad §. illud. 10. ſupra de nupt.* inter ſervos quoque eſſe eſſentiam matrimonij: neque enim intelligimus ſervum fœmina aliqua pro ſcorto, aut libidinis tantum gratia abuſum, ſed affectione quadam maritali cum ea, ſive ſerva, ſive libera, conſueviſſe. Nec movet, quod ex Senatusconſulto Claudian. mulier libera, quæ ſervo alieno, ſe junxiſſet, ipſa fiebat ancilla: vel quod denuntiationibus aliquot opus erat, de quo dicemus *infra tit. 13.* & potuit ſervus clam ſub fide conjugali propinqua ſpe libertatis, cum libera conſuetudinem habuiſſe: vel potius, quia Senatusconſultum iſtud à Iuſtiniano ſublatum eſt.

Et hinc præter jam dicta, corruit alterum Cuiacii argumentum; & nimirũ nihil abſurdi eſſe, dicemus, ſi potior ſit conditio liberorum, qui nati ſunt ex alterutro, vel utroque parente ſervo, quam qui ex concubina & homine libero nati ſunt: affectio enim conjugalis ibi præſumitur, ſed cui obſtitit ſervilis conditio: qua à ... quoque ratio differentiæ redditur, & ex ... Angelus hic, quod homo liber ſi velit, poteſt uxorem ducere, & ex ea juſtos liberos ſuſcipere: id autem non eſt in poteſtate ſervi: & præſuppoſita affectione maritali, quæ conſiderato iure gentium primævo non impe-

impeditur per ſervitutem, poſt etiam inter ſervos dici conjugium, & liberi, quadantenus legitimi cenſeri, quod & ius Canonicum eſt ſecutum: de quo diximus §. *Illud* 10. *ſup. de nuptiis.*

Tertiam objectionem Cujacij aut non intelligo, aut perſpicue Cuiacius errat, loquitur enim Iuſtinian. non de liberis poſt natis, qui ſuccedant ad ſimilitudinem, &c. ſed de ante natis, qui ad ſimilitudinem & inſtar & jure eorum, qui ex juſtis nuptiis nati ſunt, ſuccedant. Et confutatur lectio Cujacii ex conſtitutionis epitome, quam ipſe edidit 20. *obſer.* 34. in qua diſerte legitur, vocari omnes liberos, & ante & poſt natos *ἢ ἐκ τῶν αὐτῶν γάμων ἢ ἐξ ἑτέρων.* & ita & conſtitutionem priorem videtur appellare *γάμον*, niſi forte intelligit nuptias poſt cū eadem fœmina contractas, vel cum alia: quæ optima ad hunc locum eſt interpretatio. Obiicitur autem hic *l. ex libera.* 6. *C. de ſuis & legit.* ubi dicitur, eum, qui ex libera & ſervo conceptus eſt, pro ſpurio haberi. An cum Cujacio dicimus textum eſſe fugitivum, nec ad materiam ſucceſſionis ab inteſtato pertinere, ſed ad privilegia decurionum. An accuſamus incuriam Triboniani, qui immemor hic fuerit conſtitutionis novæ. Utique enim Codex quo utimur poſt Inſtitutiones demum compoſitus fuit, ut apparet ex *l ult C. de legit. hæredib.* Et ſane non poterit abſolui à culpa Tribonian. ſi cum Barone & Mynſ. per conſtitutionem, cujus hoc loco mentio eſt, dicamus abrogatam *d. l.* 6. *C. de ſuis & legit.* Facilius admittam poſt iſtud ius novum non amplius locum eſſe ſententiæ *l ſi qui.* 7. *unde cognat.* quæ etiā relata eſt *in fin.* §. *pen. ſub. de Capit. dim.* quod ſemel factus, manumiſſus non recipiat cognationem.

Neq; enim alia eius eſt ſeniētiæ ratio, quā quod perinde hic habetur, ac ſi ſemper ſervus fuiſſet: ſervilis autem nulla cognatio eſt, & ſi qua ita dici poteſt, eius nullus effectus quo ad ius ſuccedendi, eſt: Itaq; non removetur iſta obiectio per Cuiaciū, qui manumiſſos ex conſtitutione Iuſtiniani tantū ait libertinis ſuccedere non aliis cognatis. Etenim certū eſt, ſtante illa ſententia §. *pen. inſ de capit. dimin.* nec his quidem poſſe ſuccedere manumiſſum.

Quin & amplius verior eſt opinio, quod ex ſententia Iuſtiniani, liberi in ſervitute ſuſcepti & manumiſſi, non ſolum parentibus, nec ſolum fratrib. in eodem ſtatu natis, ſed etiam poſtea natis ſuccedant, quod & Baro hic probat, & firmatur ex hoc textu, ex quo apparet, quod dicitur *in fin.* de liberis ex nuptiis aliis natis, non tantum pertinere ad ſucceſſionem parentum, ſed etiam ad mutuam ſucceſſionem liberorum inter ſe. Tanto abſurdius eſt, quod referente Acc. & magis probante, Ioh. defendit, nec quidem liberos ante natos & manumiſſos invicem ſuccedere. Sed nimirū uſus eſt ille ſpeciali ratione, quod patronus præferatur fratri, per *l. liberto.* 17. *de bonis libert. l.* 3 *in pr. de ſuis & legit.* &, ne quis hæc iura abrogata dicat, per text. § *ſed noſt. verſ. ſin autem tit. ſeq* ubi Iuſtin. ait, ſi libertus inteſtatus deceſſerit, non relictis liberis conſervare ſe patrono jus integrum, quod ex L. *XII.* tabb. habuit: atqui ex hac l. non dubitatur, prælatum fratri liberi fuiſſe patronum. Et videtur iſte *verſ.* cum hoc textu *in verſ. hoc enim*, implacabiliter pugnare. Et quod patroni jus ſit potius quam fratris, hinc quoq; confirmant Interpp. quod patronus prætеritus omnimodo habet bonorū poſſeſſionem contr. tabb, juxta *tit. ſeq.* ſed frater præteritus non niſi turpi perſona inſtituta impugnare poteſt teſtamentum. Bart. ad hunc tit ait, quod Iuſtin. ſuſtulerit ius patroni, ubi exiſtūt liberi, fratres vel parentes liberti. At enim id repugnat textui citato ex *tit. ſeq.* ubi diſerte Iuſtin. patrono reſervat jus antiquum, ſi libertus liberos non habeat. Sed neq; expedit nodum, ꝙ Fab. & alij reſpondent, verba huius loci, de mutua ſucceſſione, nō de fratribus inter ſe, ſed invicem de liberis & parentib. eſſe accipienda. Etenim iuxta *d.* §. *ſed noſtra verſ. ſin autem tit. ſeq.* excluditur patronus tantū per liberti liberos, nō etiā per ejus parentes. Et ex ratione juris veteris potior in ſucceſſione fratrum quam parentū ratio & cauſa fuit arg. *l.* 2. *C. ad Tertull. in pr ſup. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt verſ. ſi vero.* Deinde etiā, & verbis repugnare mihi & menti Iuſtin. videtur, ut quod de mutua ſucceſſione hic dicitur, reſtringatur ad liberos & parentes Ait enim Iuſtin. ſe hos liberos nō ſolum in parentum, ſed etiam alterū in alterius ſucceſſionem admittere: quod ſane Latine loquentib. & intelligentibus ſignificat liberos ipſos invicē ſibi ſuccedere, quod & probat diſerte cōſtitutionis Græca epitome ex Baſilicis edita a *Cuiac.* 20. *obſ.* 34. *καὶ αὐτοὺς τοὺς παῖδας εἰς τὴν ἀλλήλων κληρονομίαν καλεῖσθαι βούλεται ἡ διάταξις* addit autem eſſe *παραδοξότερον*: & ibidem additur, parentes quoq; ſuccedere libertis, & huiuſmodi perſonis, parentibus, liberis & fratribus extantibus, patrono non fieri locum: quod profecto non convenit cum §. *ſed noſtra tit. ſeq.* & tamen una conſtitutione hæc omnia definita ſunt, & ergo erunt conjungenda. Illud vero commentū eſt, quod *Robert.* 2. *lect. rec.* 24. ſcribit Iuſtiń. ita *in* § *ſed noſtra*, locutum eſſe, quod rarius contingeret, ut liberi una & parētes manumiſſi eſſent, cæteroquin ſi ſuperſint

&

& parentes & fratres libertos potiores eſſe patrono: & adeo abſurdus eſt, ut idem putet obtinuiſſe ante Iuſtin. non obſtantibus text *in l. 3. in pr. de ſuis & leg. l. liberta 17. de bon. lib.* qui etiam ſint reſtringendi ad caſus, quo fratres non ſuperſint: abſurde inquam, cũ patronus veniat quodam agnatorum jure & libertus nullos habeat agnatos: ut tanto abſurdius etiam jure quodã agnationis Robertus fratres liberti venire contendat. Prorſus ait *in d. §. 3.* Iuſtin. ſe liberto inteſtato ſine liberis mortuo conſervare jus integrum, quod habuit ex L. 12. tabb. atqui ex eo jure certum eſt, nec patrem, nec fratres liberti vocari potuiſſe, cum non eſſent agnati, ſed ſatis hæc fuit ratio Lex duodecim tabular. quod libertus nec patrem, nec fratres habere potuerit, cum agnationis ſervilis habita fuerit ratio nulla: quod cum mutaverit Iuſtin. etiam fratrem præferre patrono non eſt à ratione alienum, per ea, quæ dicuntur *ad. §. ſunt autem de bon. poſſ.* de ea bonorum poſſeſſione, quæ datur decem perſonis. Dicerem alias deciſionem huius loci procedere, ſalvo jure tertij, & ſi non concurrat patronus. Hic enim fuit unicus ſcopus Iuſtiniani, ut quod ante non habebant, ſuccedendi jus, perſonæ *h. t.* enumeratæ, id conſequerentur nova iſta conſtitutione, quæ ante nullo modo ſuccedere poterant. Nec uno caſu contingere poteſt, ut patronus non concurrat. Quid enim ſi ipſe aut liberi eius mortui ſint? Quid ſi repudiet bonorum poſſeſſionem aut ſucceſſionem? quid ſi libertus orcinus ſit? aut aliquid aliud acciderit, ob quod ſuccedere patronus non debeat, ut in ſpecie *l. ſed ſi hoc 10. in pr. & §. 1. de in ius voc.* & in ſynopſi conſtitutionis de jure patronatus, quam edidit *Cuiac. 20. obſ. 43. in pr.* multæ referuntur ſpecies etiam ex jure veteri, quibus jus patroni ceſſat. Sin hoc non placet, ſecundum eſt Iuſtin. *inf. ut ſeq.* oblitum ſui, aut caſum quo parentes aut quicunq; fratres non adſunt cogitaſſe. Sed nimis multa de re, cuius hodie nullus aut exiguus uſus. Nobis nihil inexplicatum prætermittere conſtitutum eſt. Denique addo uti hoc textu Iuſtinianum verbo fortaſſe au non Latino, *liberum* pro filio: de quo diximus *ſup. ad § hoc quoque 2. per quas perſ. nob. adq.*

TEXTVS.

1. Repetitis itaq; omnibus, quæ jam tradidimus, apparet, nõ ſemper eos, qui gradum parem cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius, ne eum quidem qui proximus ſit cognatus ſemper eſſe potiorem. Cum enim prima cauſa ſit ſuorũ hæredũ, & eorũ quos inter hæredes ſuos enumeravimus, apparet, pronepotẽ vel abnepotẽ defuncti, potiorẽ eſſe, quã fratrẽ aut patrẽ matremve defuncti: cũ alioquin pater quidẽ & mater, ut ſupra quoq; tradidimus, primum gradum cognationis obtineãt, frater vero ſecundũ, pronepos autẽ tertio gradu ſit cognationis, & abnepos quarto. Nec intereſt, in poteſtate morientis fuerit, an non, ꝙ vel emancipatus vel ex emancipato, aut ex fœminino ſexu propagatus eſt. Amotis quoq; ſuis hæredib. & quos inter ſuos hæredes vocari diximus, adnatus, qui integrum jus habet agnationis, etiãſi longiſſimo gradu ſit, plerũq; potior habetur, quã proximior cognatus: nã patrui nepos vel pronepos, avunculo vel materteræ præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorẽ haberi eũ, qui proximiorẽ gradũ cognationis obtinet; aut pariter vocari eos qui cognati ſũt: quoties neq; ſuorũ hæredũ, quiq; inter ſuos hæredes ſunt, neq; agnationis jure aliquis præferri debeat, ſecundum ea quæ tradidimus: exceptis fratre & ſorore emãcipatis, qui ad ſucceſſionẽ fratrũ vel ſororum vocantur; qui etſi capite deminuti ſunt, tamen præferuntur ceteris ulterioris gradus agnatis.

1 COMMENTARIUS.

Abſoluto tractatu de ſucceſſione, quæ jure civili ex cognatione defertur, monet non ſemper eum præferri qui proximior eſt gradu, ſed aliquando gradu remotiorẽ eſſe potiorem: quod oſtendit initio exemplo ſuorum hæredum & qui inter eos à prætore vel ex conſtitutionibus vocantur: & quod nimirum abnepos qui quarto gradu eſt, præferatur defuncti patri, & fratri, qui ſunt primo & ſecundo gradu. Si accuratius rem intuearis, dicitur iſtud non valde ſubtiliter. Nam ubi de prærogativa gradus quæritur, oporter concurrere eos qui ſunt in eodem

Digitized by Google

ordine ſuccedendi. Et ex. L. 12. tabb. ſunt duo ordines, ſuorum & agnatorum. Poſt ordinem totum ſuorum, vocat L. 12. tabb. demum agnatos. Itaque non poteſt concurrere agnatus cum ſuo, qui propter hoc quod ſuus eſt, citra aliquam conſiderationem gradus præfertur agnato. Ubi autem ſui cum ſuis, & agnati cum agnatis concurrunt, tum demũ quæritur, uter prior ſit gradu: ubi ruſſus in ordine ſuorum conſtat locum eſſe iuri repræſentationis, ex ipſa L. duodecim tabularum: quo jure poſito dici ruſſus ſimpliciter non poteſt, quod remotior cõcurrat cum proximiori: ſiquidem in ſuis id obtinet, ut remotior patris vel avi verbi cauſa præmortui locum occupet & in eum ſubintrando, gradu eodem cenſeatur, quo eſt, imo fuit eius pater. In ordine agnatorum ius repræſentationis, (extra liberos fratrum concurrentes cum patruis ex N. 118. c. 3.) non habet locum, ubi diſtinguẽdum initio ex Iuriſprudentia media, (cuius meminit Iuſtin. *in §. cæterum 5. ſup. de legit. agn. ſucc.*) eſt, inter maſculos & fœminas, quod cum eo jure hæ licet agnatæ, non haberent ſuccedendi jus extra ſorores conſanguineas, efficitur, ut maſculus etiam remotior, prælatus fuerit fœminæ proximiori: Iſto jure ſublato, fœminæ juxta cum maſculis agnatis ex prioritate gradus vocabuntur. Nã itidem inter ſe conferendi ſunt, nõ cum cognatis, quod iterum inſubtiliter fit *in h. §. verſ. amotu.* quoniam cognati ſunt demum in tertio ordine. Et ſicut ſine conſideratione gradus, ſui propter hoc quod ſui ſunt, agnatis: ita hi viciſſim quocunque gradu ſint, toti ordini cognatorum anteferuntur; præterquam quod Iuſtinianus *in §. hoc quoque ſup. de legit. agn. ſucc.* unum gradum cognationis in ordinem & jus agnatorum tranſtulit: qui proinde inter agnatos eſt referendus. Etenim ſicut quoad ſucceſſionis jus nihil intereſt, an ſint revera ſui, an ex Edicto prætoris, vel ex principum conſtitutionibus inter ſuos vocentur, ut hic docet Iuſtin. *in verſ. nec intereſt.* (ubi meminit emancipatorum & nepotum ex filia, de quibus ſup. *t. t. 1. §. pen. & ult.*) ita quoq; non intereſt, an quis vere agnatus ſit. an jus agnatorum poſteriori aliqua Lege acceperit, cujuſmodi ſunt liberi & matres, hinc inde ex SCtis Tertulliano & Orphitiano, juxta ſup. tradita *tit. 3. & 4.* Itemq; frater emancipatus ex conſtitutione Anaſtaſij, & ex Lege Iuſtiniani ejus liberi quoque, ut tractatum *ſup. §. 1. de ſucc. cogn.* adeoq; rurſus parum ſubtiliter in extremo tituli frater & ſoror emãcipati ſpecialiter excipiuntur: (propter quos etiam videtur in *verſ. amotu in prin.* uſus verbo *plerumque.* cæteroquin matres & liberi quoque excipiendi fuiſſent: ſicuti nec recte hoc loco cognationis verbũ uſurpatur confuſim, modo in ſpecie, ut tantum iis competat, qui ex tertio ad ſucceſſionem ordine vocantur: modo in genere, ut competat etjam agnatis. In ſumma, regula hæc firmiter ſtatuenda eſt. Quod qui ſunt in eodem ordine ſuccedendi, præferantur vel admittantur ex gradus prærogativa, quem obtinent vel vere vel repræſentative. Itaq; cum hodie ſublata differentia agnationis, unus ſit ordo ſuccedendi agnatorum & cognatorum, nulla quoq; amplius prærogativa, ordo agnatorum cognatorum ordinem excludere poteſt: ſed totus ille collateralis ordo excluditur per deſcendentes & aſcendentes, (hos enim novos tres ordines fecit Iuſtinianus) exceptis fratribus utrimq; conjunctis, qui cum defuncti parentibus admittuntur, ubi autem concurrunt duo ordines ſuccedendi, non quæritur de gradu, ſed qui in priori eſt, omnimodo excludit poſteriorem. Idque eleganter hic docuit Theoph. ordo, inquit, (nec enim libet deſcribere Græca verba) ordini præfertur: & qui in priori eſt ordine, etſi poſterior ſit gradu, (ſcil. quam is qui eſt in ſecundo ordine) quia ordine potior eſt, potior quoque eſt in hæreditate: tunc vero fit comparatio graduum, cum plures perſonæ ex eodem ordine veniunt. Hęc Theophilus. Ex iis autem quæ dixi, ſumenda eſt explicatio *l. in ſucceſſione 9 C. de legit. hær.* ubi Impp. reſpondent ſororem potiorem eſſe avo materno & avia. Nimirum ex Tertulliano SCto vocabatur tantum mater, ut ſoror conſanguinea cũ ea concurreret *§. 1. ſup. de SC. Tertull.* ex quo mater quaſi agnata admittebatur. & conſequenter proculdubio excludebat ſororẽ uterinam, quæ non niſi ex tertio ordine cognatorũ venire poterat: ſicut & eodem ordine demum vocabantur avia & avus maternus. Et adeo omnino de ſorore conſanguinea *d. l. 9.* accipienda eſt, quæ jure agnationis aviam excludebat. Cæteroquin omnino affirmo, ſororẽ uterinam & aviam ex tertio ordine cognatorum, utpote gradu pares, ſimul admiſſos fuiſſe. Sed Iuſtinianus quoq; ſorori uterinæ jus agnationis dedit *in §. hoc quoq; ſup. d. legit. agn. ucc. & in § ſed cum 5. de SC Tertull* ubi eam cũ matre, quã omnib. aliis agnatis anteponit, admittit: poſt quod jus, fatebor, uterinam quoq; ſororem, avia in ſucceſſione eſſe potiorem: & ob hoc forte detractum fuit à Triboniano ex *d. l. 9. C. de legit. hæred.* verbum, *conſanguineam*, ſed hodie poſt N. 118. avia quoque cum ſorore & fratre defuncti concurrit, & ſororem uterinam excludit.

Ad

Ad Titulum VIII. LIBRI TERTII INſtitutionum, DE SUCCESSIONE libertorum.

TEXTUS.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum ſuum impune teſtamento præterire: nam L. 12. tabularum ita demum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, ſi inteſtatus libertus mortuus eſſet, hærede ſuo nullo relicto, Itaq; inteſtato mortuo liberto, ſi is ſuum hæredem reliquiſſet, patrono nihil in bonis eius juris erat. Et ſiquidem ex naturalibus liberis aliquem ſuum hæredẽ reliquiſſet, nulla querela videbatur: ſi vero adoptivus fuiſſet filius, aperte iniquũ erat, patrono nihil iuris ſupereſſe.

Commentarius.

Varium & multiplex hoc tit. jus refertur, de ſucceſſione libertorum, id eſt, quomodo iis ſuccedatur. Primum eſt ex L. 12 tab. quod & refert *Vlpian. tit. ult. in princ.* ſecundum quod jus libertus aut teſtatus decedit aut inteſtatus. Priori caſu nullum jus in bonis liberti habet patronus, niſi ſi quid ipſe libertus ipſi legavit, aut eum hæredem inſtituit, teſtamẽtum autem liberti quo impugnet, remediũ nullum habet: Poſteriori caſu poſt ſuos hæredes, ſed ante omnes alios agnatos vocabatur patronus *h. tex. l. 3 de ſuis & legit. l. liberto 7. de bon. libert.* Adeo apparet, quod patronus acceperit ex L. 12 tabb. jus agnationis & agnatorum, ſed ut primo & potiori gradu collocaretur. Nam & agnatus teſtamento licite excludi poterat, & ab inteſtato poſt ſuos vocabatur. Idque etiam eſt, quod ſcribit Ulp. in *l. 2 §. 1. unde legit.* ea parte edicti etiam deferri libertinorũ poſſeſſionem bonorum: quod ita intelligo ut deferatur patronis, cum liberti non habeant agnatos. Ex illa autem parte conſtat vocari agnatos, & qui quacunque Lege iura agnatorum acceperunt. Duplici autem injuria hoc jus 12. tabb. laboraſſe videtur 1. quod patronus per quemvis hæredem ſcriptum extraneum quoque excludebatur. 2 cuius hic meminit Iuſtin. quod non tantum per ſuos hæredes, liberos ex juſto matrimonio natos, ſed etiam per adoptivos ab inteſtato excludebatur patronus, atque ita in poteſtate erat liberti, per commentum adoptionis, ut vocatur in *l. ſi deicommiſſa 76. de condit. & dem.* efficere ut excluderetur patronus. Sed prius illud pendebat à poteſtate libera teſtandi, quæ L. 12. tabb. cuius erat permiſſa: tum cõſtat per adoptivos quoq; liberos, omnes alios coniunctiſſimos, etiam defuncti parentes excluſos fuiſſe. Et cur igitur patronus conqueratur injuriam factam ſibi, quam ferre coguntur parentes? Putat Hott. ideo mutatum à prætore jus 12. tabb. & plus conceſſum patrono, quod alias domini nimis duras conditiones ſervis manumiſſis imponere, & ita libertos onerare ſolebant, arg *l. 1 de bon. libert. l. 2. de operis libert.* futuri enim hic ſunt mitiores, ſi mortuo quandoq; liberto ſciant plenius ſibi de jure ſuccedendi eſſe cautum.

TEXTUS.

1. Qua de cauſa poſtea prætoris Edicto hæc juris iniquitas emendata eſt: ſive enim faciebat teſtamentum libertus, iubebatur ita teſtari, ut patrono partem dimidiã bonorum ſuorũ relinqueret: & ſi aut nihil, aut minus dimidia parte reliquerat, dabatur patrono contra tabulas teſtamẽti partis dimidiæ bonorum poſſeſſio: Sive inteſtatus moriebatur, ſuo hærede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc ſuum hæredem partis dimidiæ bonorum poſſeſſio. Liberto autem prodeſſe ſolebant ad patronum excludendum naturales liberi, non ſolum quos in poteſtate habebat mortis tempore, ſed etiam emancipati, & in adoptionem dati; ſi modo ex aliqua parte erant ſcripti hæredes, aut præteriti bonorum poſſeſſionem contra tabb. ex edicto prætorio petierant: nam exhæredati nullo modo repellebant patronum.

Commentarius.

SEquitur jus prætorium: quod tamen non plane latis exponit Iuſtinianus. Ego ita diſtinguendum cenſeo. Patronus decedit aut inteſtatus, aut teſtatus. Illo caſu ſiquidem non relinquat liberos, procul dubio iure 12. tabb. ſuccedit in ſolidum patronus. Liberi ſunt aut naturales, id eſt (ita enim accipiuntur, dum opponuntur adoptivis) nati ex legitimo matrimonio, aut adoptati. Contra hos in dimidiam partem bonorum admittitur patronus *Vlp. in f. pr. tit ult. h. §. verſ. ſive inteſtatus.* Naturales liberi aut ſunt ſui & mortis tempore in poteſtate, quibus prætor jus 12. tabb. integrum reliquit, ut nimirum in ſolidum excluderent patronum: (quod colligitur ex *d. verſ. huius* §. ubi prætor tantum contra adoptivos dicitur dediſſe bon. poſſeſſionem) aut non ſunt in poteſtate: & hi vel ſunt in familia aliena, aut non ſunt: veluti emancipati qui ſe aliis adrogandos non dederunt: Et hi procul dubio excludunt patronū in ſolidum, ſiquidem ex Edicto prætoris jus ſuorum hæredum habent, ut ſupra nō uno loco diximus, & inprimis *ad* § 3 *de exhæred. lib* & §. 9 *de hær. ab int.* Illi autem qui tum in aliena familia ſunt, cum jus ſuccedendi non habeant, præterquā ex tertio capite, cum cognati §. *at h.* 10. §. *Eadem* 12. *cum* §. *ſeq.* nec poterunt excludere patronum. Nam quod in *f. huius* § dicitur, de liberis in adoptionem datis ad caſum quo inſtituti ſunt pertinet: ſed quid ſi liberi ſui abſtineant, vel emancipatus repudiet bon. poſſeſſionem? Crediderim admitti patronum: cæteroquin locus fieret agnatis aut cognatis, quibus ſane potior eſt patronus. Hic primus eſt principalis caſus, liberti inteſtato defuncti: ſequitur alter, quo teſtamentum fecit. Et hic aut reliquit liberos, aut non reliquit: Et hoc caſu omnino datur patrono contra liberti teſtamentum bonorum poſſeſſio partis dimidiæ. Liberi aut ſunt adoptivi, & eſt omnimodo idem jus: aut naturales: Et duplex diſtinctio eſt, tum, quam modo propoſuimus inter eos qui tempore mortis in aliena familia ſunt, aut non ſunt, tum an ſint inſtituti, an exhæredati, an vero ſint præteriti. Ego ſecundum juris rationem has conſtituo propoſitiones. Exhæredati liberi indiſtincte non repellunt patronum, *h.* §. *in f.* in genere enim & de omnibus liberis verum eſt; quod ibi dicitur: hoc ita, ſtante teſtamento: Quid ſi enim liberi per querelam everterint teſtamentum, ſane excludetur tum patronus. Querelа autem poſſunt uti liberi ſui & emancipati, ſed qui eo tempore in poteſtate & familia ſunt aliena, non puto uti poſſe querela: & in horum perſona inutilis & minime neceſſaria eſt exhæredatio, cum neq; ab inteſtato jus ſuccedendi habeant, nec per bon. poſſ. contra teſtamentum impugnare poſſint. Quod attinet ad præteritos, patet ex jam dictis removendos hinc, qui tempore mortis ſunt in familia aliena, qui non poſſunt ullo remedio contra teſtamentum venire: ſed tractatio hæc pertinet ad ſuos & emancipatos, & omnino eos qui tum in aliena familia non ſunt. Et hi aut utuntur jure ſuo, aut non utuntur. Ius quo uti poſſunt, eſt in ſuis, jus dicendi teſtamētum nullum: in utriſque bonorum poſſeſſio contra tabulas. Hoc ſi utantur, excluditur patronus: ſi non utantur nō excluditur: Et tum ſuo iure contra hæredes ſcriptos, petita bon. poſſ. in dimidiā partem utetur patronus. Idq; in emācipatis liquidū eſt, cum jure valeat teſtamentum. Suo abſtinente res redigitur ad cauſam inteſtati, vel potius cum teſtamentū ſit nullum res initio eſt in cauſa inteſtati. Itaq; idem erit, quod ad caſum præced. diximus, ſi ſuus abſtineat, nec præterea alij ſint liberi, fore patronum potiorē. Denique tertius caſus liberorum eſt inſtitutorum. Et hic iſtud ſingulare eſt, quod etiā qui in adoptionem dati & ita in familia aliena ſunt, inſtituti excludunt patronum, ut diſerte a Iuſtin. hic ſcriptum eſt *in verſ. prodeſſe,* ad hos enim communiter cū emancipatis pertinet, quod ibi de inſtitutis iis hæredibus ſcriptum eſt, nam quod de bon. poſſ. contra tabulas adiicitur, ad emancipatos debet referri ſolos, cum ea bonorum poſſeſſio non detur iis, qui tempore mortis aliena familia exſiſtūt. §. *Eadem* 12 *ſup. de hæred. ab int.* in quo aperte labitur Hotrom. hic. Et diſerte ut diximus hæc diſtinguit Theophilus. Inſtituuntur liberi vel in ſolidum, vel pro parte. Illo caſu in ſolidum excludunt quoque patronum: cui fit nulla iniuria, cum ab inteſtato illum excluſuri quoque fuiſſent, ſui videlicet & emancipati. Nam quod attinet ad datos in adoptionem, qui ab inteſtato cum non excluſiſſent patronum, nec videntur in ſolidum quaſi in fraudem patroni inſtitui potuiſſe. An forte hoc datum eſt naturali affectioni & pietati, quæ manet erga liberos, etiam in adoptionem datos? quæ tamen cauſa ex ratione juris veteris non ſatis momenti habet, quo pater adoptivus in ſolidum fiebat hæres, ut merito in adoptionem datio & ſecuta inſtitutio in fraudem patroni facta videri poſſit, & forte non ſine cauſa mētionem facit Iuſtini. inſtitutionis *ex parte.* Quod ego quidem in medium relinquo. Quo ad ſuos

& emancipatos, qui ab inteſtato in ſolidum ſuccedebant. crediderim ſi ex parte tantum ſcripti hæredes fuiſſent, dato extraneo cohærede, contra hunc pro dimidia patroni jus integrum fuiſſe non ſecus ac ſi in ſolidum inſtitutus fuiſſet: ceteroquin potuiſſet facile fraudem comminiſci libertus, inſtituto filio in portione, quæ legitimam faciebat, in reliquis partibus, adiectis cohæredibus extraneis.

TEXTVS.

2. Poſtea vero Lege Papia adaucta ſunt jura patronorum, qui locupletiores habebant libertos. Cautum eſt enim, ut ex bonis ejus, qui ſeſtertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quam tres liberos habebat: ſive facto teſtamẽto ſive inteſtatus is mortuus erat, virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum quidem filium filiamve hæredem libertus reliquerat, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac ſi is ſine ullo filio, filiave inteſtatus deceſſiſſet: cum vero duos duasve reliquerat hæredes, tertia pars debebatur patrono: ſi tres reliquerat, repellebatur patronus.

COMMENTARIVS.

TErtium hoc jus eſt, ex Lege Papia, quæ jus anterius cõſervavit & reliquit ſuo loco in liberto pauperiori, ſed ſi locupletior eſſet libertus & qui centum millia in bonis habebat adauxit jus patronorum: nam cum ex edicto quoque prætoris omnimodo per liberos patronus excluderetur, Papia Lex ſive ab inteſtato, ſive facto teſtamento libertus eſſet mortuus, patronum cum duobus liberis in viriles partes admiſit: ubi adeo unicus ſupererat filius, conſequebatur patronus dimidiam partem hereditatis, & conſequenter, eam quam ſi juxta prætoris edictum libertus teſtatus deceſſiſſet ſine liberis: quoniam hoc caſu bonorum poſſeſſionem in partem dimidiam patrono dabat prætor. Ita enim legendum eſt, & emendandus textus, qui habet, *inteſtatus.* ſiquidem inteſtato mortuo ſine liberis liberto & ex L. XII. Tabb & ex edicto prætoris patronus in ſolidum ſuccedebat liberto, ut ex *pr. &* § 1. *h. t.* & quæ ibi diximus, apparet. Et ita *Cujacius* 3. *obſ.* 3. & huic emendationi aſſentitur paraphraſis Theophili, quippe qui ponit libertum mortuum eſſe *ἐνδιαθέτως*. Et iſtam emendationem probant Hotto. Ruſſar. Cont. Pacius, Weſemb. Et fruſtra lectionem vulgatam defendit *Rober.* 2. *rec. lect.* 24. ubi contendit liberto mortuo inteſtato, agnatos (abſurde liberto tribuit agnatos) & ſcilicet fratres concurrere cum patrono, *ex pr. ſup. de ſervil. cognat.* cujus ſententiam ibidem quoque exploſimus: nec uſquam pictum aut ſcriptum eſt ab inteſtato, cum patrono concurrere aut parentes, aut fratres liberti: & cur potius in dimidiam concurrunt fratres, & non in tertiam, aut in viriles? & *in d. pr. tit. præced.* ſimpliciter loquitur Iuſtinianus admitti fratres, ſive, ut volunt alii, parentes liberti, ut appareat ibi de ſucceſſione in ſolidum agi, maxime cum ibi pariter agat de jure ſuccedendi liberorum liberti, qui ſane ex ſententia Iuſtiniani omnimodo etiam unus aut duo, præferuntur patrono, qui cum iis ex L. Papia concurrebat, ut in *fin. hujus* §. traditur.

Seſtertium centum millium.] Denarius apud Rom. antiquitus fuit decem aſſium, quod ipſum nomen arguit, poſt autem ſervato eodem nomine ſedecim aſſium fuit. Itaque cum in denario eſſent quatuor ſeſtertii, conſequens eſt, ſeſtertium initio duos aſſes & dimidium ſeu ſemiſſem, poſt quatuor aſſes valuiſſe, quæ petenda ſunt ex *Budæo de aſſe & Hotomann. in lib. de re nummar.* qui accurate refutat Budæum exiſtimantem, ſeſtertium maſculino genere ſignificare nummum, & in denario ejuſmodi nummos quatuor eſſe, (quod verum eſt) ſeſtertium autem neutro genere ſignificare mille ſeſtertios. Docet ibidem enunciandi uſum fuiſſe olim duplicem, ut interdum plena oratione diceretur: quinquaginta ſeſtertiûm millia: interdum præciſe, quinquaginta ſeſtertiûm. Et igitur Iuſtinianus hoc loco plenam orationem uſurpavit, dum dicit, patrimonium centum millium ſeſtertiûm ſive ſeſtertiorum: Africanus autem *in l. liberto* 26. *de bon. lib.* procul dubio per *octoginta*, totidem millia ſeſtertiûm intelligit. Pluribus in hanc tractationem excurri non eſt inſtituti noſtri: monendum hoc ſaltem fuit, ne quis à Budæo in errorem induceretur, ſecundum cujus ſententiam ingens hæc nimis ſumma fuerit, ſi ſeſtertia de mille ſeſtertiis explices, & neutro genere ſeſtertia hic à Iuſtiniano dicta accipias: & vero recte docet Hottom. d. loco, ſeſtertium, neutro genere à probis Latinis autoribus uſurpatum non fuiſſe, niſi quod poe-

tæ metri cauſa ita eo verbo abuſi fuerint, non tamen pro nummo, ſed ut ſubintelligerent millia. In eo autem convenit inter Budæum, Hottom. Agric. & reliquos, ultra nongenta millia ſeſtertiûm vel ſeſtertiorum non pronunciaſſe Romanos, ſed cum ad mille millia ventum eſſet, tunc adverbio numerãdi uſos decies ſeſtertiùm, & porro ita excudiſſe. Iſtud non injuria quis quæſiverit, quæ ratio fuerit, definiendi locupletiorẽ libertum, ex patrimonio, centum millium ſeſtertiorum. Fortaſſis hæc reddi poſſit non improbabilis, quod cenſus is apud veteres dicebatur, qui centum millia ſeſtertium poſſideret, & hanc profeſſionem in cenſum detuliſſet, ut ſcribit *Aſcon. Pad. in orat. 3. Verr.* quæ dicitur de prætura urbana. At qui ita neceſſum eſt veterem rationem pleane immutatam fuiſſe, auctis civitatis opibus. Nam ut conſtat ex Livio & Dionyſio Halicarnaſſeo, cum Servius Rex primo cenſum cõſtitueret, fecit quatuor claſſes eorum qui bona in cenſum deferebant & ære cenſebantur, & in primum, qui centum millium æris, in ſecunda, qui LXXV. in tertia qui quinquaginta, in ultima qui XXV. poſſidebant, collocavit. Et cum ut diximus ſeſtertius poſtea quatuor aſſibus æſtimaretur, efficitur, ut eum, qui XXV. millia ſeſtertium poſſideret, haberet eum cenſum qui maximus fuit ætate Servij Regis. Ita videtur κατ' ἐξοχὴν cenſus dictus, qui maximum olim cenſum poſſidebat, ſubrogatis in locum aſſium, ſeſtertiis. Et hanc ſummam centum millium ſeſtertium, confeciſſe olim cenſum Decurionum, patet ex *Epiſt. Plinij ad Romanum 19. lib. 1.* & ex eodem cenſum equeſtrem fuiſſe CCCC. millium, & Senatorum fuiſſe DCCC. millium, ampliatum ab Auguſto docet *Sueton. in Auguſto ca. 41.* Ita vetus illa ſumma in omnibus procul dubio aucta, imo nova plane conſtituta fuiſſe videtur, quoniam ſumma hujus §. centum millia, conficiunt CCCC. millia aſſium. Et eum qui tantum poſſideret, placuit pro locupletiore haberi, & in ejuſmodi liberto patroni jus augeri.

TEXTVS.

3. Sed noſtra conſtitutio, (quam præ omni natione Græca lingua compendioſo habito tractatu compoſuimus) ita definivit hujuſmodi cauſam, ut ſiquidem libertus vel liberta minores ſint centenariis, id eſt minus centum aureis habeant ſubſtantiam, (ſic enim Papiæ Legis ſummam interpretati ſumus, ut pro mille ſeſtertiis unus aureus computetur) nullum locum in eorum ſucceſſione patronus habeat, ſi tamen teſtamentum fecerint. Sin autem inteſtati deceſſerint, nullo liberorum relicto, tunc jus patronatus, quod erat ex L. XII. Tabularum integrum reſervavit. Cum vero majores centenariis ſint, ſi hæredes, vel bonorum poſſeſſorum liberos habeant, ſive unum ſive plures, cujuſcunque gradus vel ſexus, ad eos ſucceſſiones parentum deduximus, patronis, cum ſua progenie omnibus modis ſemotis. Sin autem ſine liberis deceſſerint, ſiquidem inteſtati, ad omnem hæreditatem, patronos patronaſque vocavimus. Si vero fecerint quidem teſtamentum, patronos autem aut patronas præterierint, cũ nullos liberos haberent, vel habentes, eos exhæredaverint, vel mater ſive avus maternus eos præterierint, ita quod non poſſint argui inofficioſa teſtamenta eorum, tunc ex noſtra conſtitutione per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non dimidiam, ut antea, ſed tertiam partem bonorum liberti conſequantur, vel quod deeſt eis ex noſtra conſtitutione repleatur, ſi quando minus tertia parte bonorum ſuorum libertus vel liberta ejus reliquerit, ita ſine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte fideicommiſſa vel legata præſtentur, ſed ad hæredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis caſibus à nobis in conſtitutione præfata congregatis, quos neceſſarios eſſe ad hujuſmodi juris diſpoſitionem perſpeximus, ut tam patroni patronæque, quam liberi eorum, necnon qui ex tranſverſo latere veniunt, uſque ad quintum gradum ad ſucceſſionem libertorum libertarum-

tarumve vocentur, ſicut intelligendum eſt ex ea conſtitutione. Et, ſi ejuſdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi ſint, qui proximior eſt, ad liberti vel libertæ vocetur ſucceſſionem, & in capita, non in ſtirpes dividatur ſucceſſio, eodem modo & in iis, qui ex tranſverſo latere veniunt, ſervando. Pene enim conſonantia ingenuitatis & libertinatis iura in ſucceſſionibus fecimus.

Commentarius.

Nimis loquax eſt Tribonianus, cujus ſententiam ſtrictim & ſummatim proponamus. Libertus eſt aut pauperior, cujus patrimonium eſt infra centum millia ſeſtertium, vel infra centum aureos (de quare mox dicemus) aut eſt locupletior quem Iuſtin. centenarium dicit. Uterque aut moritur inteſtatus aut teſtatus. Si inteſtatus, ſiquidem liberis relictis, quocunque numero, vel uno tantum, & omnino excluditur patronus, atque ita derogatum eſt Legi Papiæ, quæ cum uno aut duobus liberis patronum admittebat) ſin ſine liberis in ſolidum, ſicut olim ex L. XII. Tabb. admittitur patronus; & de ſententia *tit. ſup. de ſervil. cogn. in pr.* qui huic loco repugnare videtur, ibidem diximus. Intelligendi ſunt autem liberi naturales non adoptivi. *arg. pr. ſup. h. t.* Si teſtamentum fecit libertus, diſtinguitur inter centenarium & minorem centenario. Hic teſtamento facto impune poteſt præterire patronum, adeo licet non habuerit liberos, ſed alios heredes inſtituerit *h. §. verſ. ſiquidem* atque ita reditum hactenus ad jus antiquum XII. Tabb. quod refertur *in pr. tit.* Ille aut nullos liberos habuit, & datur contra hæredem ſcriptum bonorum poſſeſſio in tertiam partem, aut quod deeſt ſuppletur, ſi minus relictum ſit: quomodo diſceditur ab Edicto prætoris, ex quo bon. poſſeſſio contra Tabb. in dimidiam partem dabatur *§ 1. h. t.* ſin liberos habeat libertus, itidem diſtinguendum eſt, ſicut diximus *ad § 1. h. t.* an ſint præteriti, an exhæredati an inſtituti, & an ſui an non ſui, an in poteſtate morientis an extra eam & in aliena familia: quæ huc repetenda ſunt: cum ſit eadem plane ratio: nam & quod *in fin. d. §. 1* dicitur, exheredatos non excluſiſſe patronum, intelligitur de caſu, quo vel non poſſunt movere querelam inofficioſi liberi, quem caſum *hoc §* proponit Iuſtin. vel in ea ſuccumbunt, vel querelam repudiant, qui duo caſus jure eodem utuntur. Hæc ſumma eſt conſtitutionis Iuſtinianeæ, jam verba quædam textus videamus.

Pro omni natione Græca lingua.] Iam enim imperio in Orientem translato, ante 200. annos, Græcæ linguæ uſus latius patebat, quam Romanæ ſive Latinæ.

Compendioſo tractatu] Quam compendioſa fuerit iſta conſtitutio, quæ non exſtat, judicium facere licet, ex prolixa Epitome quam refert Cujac. 20. *obſ.* 34.

Minus centum aureis.] Ergo pro centum millibus ſeſtertium, computat Iuſtinianus centum aureos. Iſtud vero minime liquidum eſt. Glarean. *ad lib.* 1. *Livij*, centum millia æris, qui primæ claſſis cenſus erat, conficere docere centum minas, & cũ talentum Atticum haberet 60 minas, & talentum iſtud æſtimari ſoleat ab ejus rei peritis 600. coronatis, conſequenter 100. minæ fecerunt mille coronatos. Et cum, ut diximus: ſeſtertius poſt valeret quatuor aſſibus, centum millia ſeſtertium fecerunt, CCCC. millia æris, & ita IV. millia coronatorum, à quo immane quantum abit, ut pro C. millibus ſeſtertium centum aurei computẽtur. Plane efficitur ex dictis, quod centum aſſes confecerint aureum unum, & conſequẽter centum ſeſtertii, aureos quatuor. Cõvenit, quod *Budæus 5. de aſſe:* dena millia æris, explicat de centum coronatis. Plane autem diſcrepat Hottoman. qui in lib. de re numar. cap. de aureo Iuſtinianeo, & hæc ſcribit, centum ſeſtertios, tantum aureum confeciſſe. Et alterutram opinionem falſam eſſe oportet, vix enim quis dicere poſſit, fortaſſis poſt minuta æſtimatione monetæ ſeſtertium unum, & quatuor aſſes, novos, tantum fuiſſe pretio unius aſſis antiqui, quomodo & Budæus, pro mille ſeſtertiis decem aureos computat. Quod ego ſane non exputo. Sed & juxta Hottomanni computationem centum millia ſeſtertium, non centum, ſed mille aureos efficiunt. Itaque Hottomannus pro *centum* ſubſtituit *mille*, & viciſſim pro *mille* legendum cenſet, *centum in pr. h. §* hoc modo, *ſi minus mille aureis habeant ſubſtantiam*, (*ſic enim L. Papia ſummam interpretati ſumus, ut pro centum ſeſtertiis unus aureus computetur:*) quod & Weſemb. ſed præterea nemo probat. Et me vel præcipue movet authoritas Theophili, qui aureum per *νόμισμα* exponit. & diſerte addit, *ὥστε τὰ χίλια σεστέρτια ἓν νόμισμα ποιεῖν*, id eſt, ita ut mille ſeſtertia faciant unum aureum, & ſiquidem hæc erat vetus ratio,

tio, ut centum ſeſtertij facerent unum aureum, & eam ſequi propoſitum fuiſſet Iuſtiniano, nulla interpretatione opus fuiſſet.

Ait autem Iuſtinian ſe ita L. Papiæ ſummam interpretatum eſſe ut appareat, eum ab veteri illa cõputatione diſceſſiſſe, vel quod tum & ipſius ætate cenſus & facultates hominum eſſent imminutæ, vel ut Baro hic ait. in favorem patronorum, ut his facilius locus eſſet, & quidem contra alios hæredes, quippe cum contra Legem Papiam omnimodo per liberos, etiam per unum, patronum excludi diſpoſuiſſet. Sed & Epitome edita à Cujacio 20. *obſ.* 34. diſerte exprimit *ἰσχυρὸν νομίσματι*. Et facit contra Hottomann. quod Iuſtiniani ætate imminuto aureorum pretio, conſtat non amplius 48. aureos, ut olim, ſed 72. aureos libram confeciſſe; & omnino apparet Iuſtinianum hactenus à L. Iulia Papia & veteri æſtimatione recedere voluiſſe.

Sin autem ſine liberis.] Liberi omnino juxta Iuſtinianum excludunt patronum; quod de liberis naturalibus, non adoptivis accipiendum ſupra monui, nec adeo dubito errare Hottom. qui per liberos quoque adoptivos patronum excludi putat; cum ipſe Iuſtinian. in *princ. h. tit.* dicat, aperte iniquum eſſe, ut patronus excludatur per hos liberos adptivos; & mox in §. 1. per edictum prætoris emendatam fuiſſe hanc iniquitatem; neque ſit veroſimile, hanc iniquitatem reducere voluiſſe Iuſtinianum. Et inepto argumento utitur Hottomann. quod Iuſtinianus hic in *fin. huius text. & infr. de bon. poſſ. in §. ſed eas verſ. cumque antea* exæquarit libertinorum & ingenuorum ſucceſſionem; nam & in *fin. h text* addidit, *pene*, & exæquatio procedit in terminis comparabilibus, ingenui autem non habent patronum, de cujus excluſione queri poſſit. Et decidit hoc diſerte epitome conſtitutionis Iuſtinianeæ relata à Cujacio 20. *obſ.* 34. ſub fin. his verbis *ἐὰν δὲ θετοὺς παῖδας ἔχωσιν οἱ ἐλευθερωθέντες, ἢ οἱ πάτρωνες, εἰ τυχὸν καὶ ὑπεξουσίους ἔχωσιν, οὐ δεχόμεθα ἐν τάξει παίδων, ἀλλὰ ἐν τάξει ἐξωτικῶν.* Si autem adoptivos liberos habeant, aut liberti, aut patroni, hos etiamſi in poteſtate adhuc ſint, non recipimus in numero, vel ordine liberorum, ſed in numero extraneorum.

Vel mater ſive avus maternus.] Horum enim præteritio pro exheredatione eſt, & plane fuit etiamnũ hoc jure, ſed quod iſtud mutatum poſt ſit novo jure, *N. 115. cap. 3. ſup. de inoffic. teſt.* oſtendimus.

Bon. poſſeſſionem contra tabb.] Notanda hic differentia bonorum poſſeſſionis, quæ liberis & quæ patronis datur. Nam illa quidem nec dum adita hæreditate contra lignum dari dicitur; hæc autem demum adita hæreditate, *l. illud in pr. 4. de bon. poſſ cont. tabb. l. 3. §. ut patronus 5. de bon lib.* Cujus differentiæ hanc rationem Dd. reddere ſolent, quod bonorum poſſeſſio quæ liberis datur totum evertit teſtamentum ſed quæ datur patrono, tantum partem, itaque fieret ut libertus pro parte eſſet teſtatus & inteſtatus; quod ante aditã hæreditatem admitti nequit, ut not. Fab. hic. tum etiam facit, quod jus liberorum plenius & certius eſt & omnimodo iis competit, ob hoc ſolum, quod præteriti ſunt, ſed jus patroni habet ſuos limites, & contradictore adeo eſt opus, qui cauſam contra patronum tueatur.

Ex conſtitutione noſtra ſuppleatur.] Procul dubio intelligit conſtitutionem *l omnimodo 30. C. de inoff. teſt.* ut hactenus eadem ſit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere.] Et hic quoque exæquata à Iuſtiniano eſt portio patrono debita, liberorum legitimæ; & à veteri jure diſceſſum; quo portio dimidia patroni, quæ debebatur ex edicto prætoris, poterat & legatis gravari, & univerſali quoque fideicommiſſo, ut docet *l. 4. de cond. & demon.* & apertius *l. ſi ejus 64. §. ult. ad Trebell* hactenus ſcil. ſi fideicommiſſa & legata liberis præteritis, vel etiam exhæredatis relicta eſſent, nec immerito: ſiquidem liberi ex edicto prætoris, ſive inſtituti, ſive nullo teſtamento facto, in ſolidum ab inteſtato patronum excludebant. Itaque ad legata vel fideicommiſſa liberis tantum relicta hoc refero & reſtringo, cum alias ſi liberi præteriti, bon. poſſeſſione contra tabb. patris teſtamentum evertiſſent, parentibus etiam relicta conſervarentur: quoniã & hi jus ſuccedendi habent; atqui ut Theoph. *in pr. huius tit.* vere ſcribit, liberti non cenſebantur habere parentes, cum in ſervitute reali eſſent, cujus cognationis nullam olim habitam rationem fuiſſe in ſucceſſione diximus *ad pr. tit. præced.*

Multis aliis caſibus.] Cum conſtitutio cujus meminit, perierit, quid diſpoſitum ea fuerit, non aliũde quam ex hoc loco & ſæpe memorata epitome, quæ apud *Cuiac. 20. obſ. 34.* exſtat, reperi poteſt. Illud autem obſervandum, quod nõ tantum jus ſuccedendi liberto habeant patroni & ejus liberi, ſed etiam agnati ejus uſque ad gradum quintum; probatur ex *l 3 §. utique 6. de ſuis & leg.* in qua cum agatur de hæreditate liberti; dicitur & poſtumus

(videl.

(videl. patroni,) admitti, & remorari *ADGNATOS* ſequentes. Item in *l liberto* 17. *de bon. li.* proximos admitti ſimul ait JCtus poſt patronum aut patronam; hos enim præmortuos eſſe ponendum eſt, cũ nemo una cum patrono vel patrona admitti poſſit, per ea quæ jam diccemus. An autem L. 12. tabb. hic gradus quintus ſit definitus, an Gonſtitutione Iuſtiniani, non liquet. Ita ſane definit conſtitutio apud *Cuiac.* 20. *obſ.* 34 ut, qui ex obliquo etiam patrono conjuncti ſunt gradu quinto, ad ſucceſſionem liberti loco ſuo vocentur. Tractant Dd. an quod de quinto gradu dicitur, æque ad deſcendentem lineam pertineat; quod magis putant, quia conjunctim de utraque linea loquatur textus: Sed non tamen ita conjunctim ut non poſſit reſtringi ad lineam tranſverſam. Sed rem decidit (ſi illi fides) epitome apud *Cuiac* 34. *lib.* 20. *ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομοῦσι τὸν ἀπελεύθερον* id eſt, uſque ad quintum gradum, qui ex tranſverſo conjuncti ſunt patrono, & ab ipſo deſcendentes, ſuccedant liberto.

Qui proximior eſt.] Proximus gradu vocatur ad ſucceſſionem liberti, ex patroni liberis vel agnatis, & ita ut hæreditas dividatur in capita, non in ſtirpes, ut mox additur. Et ita jus eſſe refertur quoque in liberis plurium patronorum, ut remotior excludatur à proximiori. Et igitur ſi ex uno patrono ſit filius, ex altero nepos, filius ſolus ſuccedit & præfertur nepoti. Ulp. *tit.* 27. §. 1. *de lib ſucc.* Eademque ratione patronus ſuperſtes, alterius prædefuncti patroni filium excludit *Vlp d. loco* §. 1. cum quo convenit Iulianus in *l. ſi libertus* 23. §. 1. *de bonor lib* & citato loco Ulp. plurium patronorum liberos non in ſtirpes, ſed in capita ad liberti ſucceſſionem admitti ſcribit. Adeoque hactenus nihil novi à Iuſtin. conſtitutum apparet. Neque movet, quod ſupra *tit.* 1. *in* § *cum filius* tractatur liberos in locum parentum ſubintrare, & non in capita ſed in ſtirpes ſuccedere. Hoc etenim obtinet, cum ſuccedunt parenti ut ſui, hic autem non de ſuccedendo in bona parentis; ſed liberti tractatur, & ad *pr. huius tit.* diximus, patronum venire ad ſucceſſionem liberti agnatorum inſtar, quod & docet *d. l.* 3. §. 9. *de ſuis & legit.*

Qui ex tranſverſo latere.] Relative ad patronum, cujus & liberi & agnati jus ſuccedendi habent Nam liberto omnes perinde ſunt, ac qui ex tranſverſo veniunt.

Pene conſonantia.] De hoc agemus *inf. tit.* 10 §. *ſed cum verſ. cumq; antea,* ubi etiam videbimus, an quod de agnatis patroni uſque ad quintum gradum dicitur, pariter ad ſucceſſionem ab inteſtato ad bon. poſſeſſionem quoque contra tabulas pertineat.

TEXTUS.

Sed hæc hodie dicenda ſunt, de iis libertinis, qui in civitatem Romanam pervenerunt: cum neq; ſint alii libertini ſimul & dedititiis & Latinis ſublatis: cum legitimæ Latinorum ſucceſſiones penitus nullæ erant: quia licet vitam ſuam, ut liberi peragebant, attamen ipſo ultimo ſpiritu ſimul animam amittebant, atque libertatem: & quaſi ſervorum ita eorum bona, jure quodam modo peculij, ex Lege Iunia Norbana manumiſſores detinebãt. Poſtea vero Senatuſconſulto Largiano cautum fuerat, ut manumiſſoris liberi, non nominatim exhæredati facti, hæredibus extraneis eorum in Latinorum bonis præponerentur. Quibus etiam ſupervenit D. Trajani edictum, quod eundem hominem, ſi invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire feſtinarat, ex beneficio principis, vivum quidem faciebat civem Romanum, Latinum vero morientem. Sed noſtra conſtitutione propter huiuſmodi conditionum vices, & alias difficultates, cum ipſis Latinis, etiam Legem Iuniam, & SCtum Largianum, & edictũ Divi Traiani in perpetuũ cenſuimus deleri: ut omnes liberti civitate Romana fruantur: & mirabili modo, quibuſdam adjectionib⁹, ipſas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam tranſpoſuimus.

COMMENTARIUS.

DE *iis libertinis.*] Quoniam agitur de ſucceſſione libertorum; qui autem hæredem vel ex teſtamento vel ab inteſtato debent habere, eos neceſſum eſt eſſe cives Romanos. Et hinc *Vlp in l.* 3. *de ſuis & legit.* hanc eandem rem tractans, libertum, inquit,

Digitized by Google

quit, intelligere debemus eum, quem quis ad Romanam civitatem ex ſervitute perduxit; non obſcure innuens, aliud eſſe in ceteris ſpeciebus, cum Latini, ut hoc loco Iuſtin refert, vitam quidem peragerent, ad inſtar liberorum, ſed ultimo ſpiritu, ſimul animam & libertatem amitterent; eo reſpectu nimirum (ceteroquin id inepte diceretur & abſurde) quod hæredem non poterant habere, ſed patronus, eorum bona jure peculij, non ſecus ac dominus ſervi peculium, occupabat, ut ipſe explicat Iuſtinianus, & extat in eandem ſententiam reſcriptum Conſtantini, in *leg. un. Cod. Theod. de petit. hæred.* idque Legi Iuniæ Norbanæ tribuit *Iuſtin hic* Ipſe autem cum omnes exæquarit libertos, parum ſubtiliter ita ait in *prin. h. t.* quod dicenda ſint de his libertinis, qui perducti ſunt ad Romanam civitatem; ita enim arguit, eſſe quandam ſpeciem libertorum, qui Rom. ſint expertes civitatis, quod ipſe ſtatim hic negat, dicens nullos alios eſſe libertos, quam cives Romanos. Notum autem eſt Iuſtin. *propriis titulis lib. 7. Cod.* ſuſtuliſſe & deditiam & Latinam libertatem; & nos ea de re diximus, ad *lib. 1. ſup de libertinis.*

Latinorum legitimæ ſucceſſiones.] Et fuerunt ergo Legitimæ ſucceſſiones, libertorum, qui erant cives Romani; nam & ſuos hæredes, liberos ſcil. poſt libertatem natos habebant: & ut non ſemel ante diximus, patroni jure agnatorum libertis his ſuccedebant, quæ hæreditas in edicto prætoris in ſpecie dici ſolet legitima.

Poſtea SCto Largiano.] Hujus SCti etiam meminit in *l. un. C. de Lat lib toll & in pr. N. 78.* ubi SCtũ Largianum ſe odiſſe profitetur. Ejus loco hoc ſententiam plenius proponit, quod ex illo liberi manumiſſoris non exhæredati, extraneis hæredib. eorum in bonis Latinorum fuerint præpoſiti. Quod Hottomann. ita explicat; quod ſi libertus teſtamẽtum feciſſet, & in eo hæredes extraneos inſtituiſſet, ablatam his fuiſſe hæreditatem, & patroni liberis datam. Miror quo ipſi mens fuerit cum hæc ſcriberet. Quod ſi enim dominus iſtorum bona occupabat iure peculij (loquitur enim perſpicue etiamnum de Latinis Iuſtin.) &, ſi cum ipſo ſpiritu libertatem amittebant, nec ulla eorum erat ſucceſſio, qui fieri potuit, ut teſtamentum condere illis liceret, cum nec ferant illam explicationem verba Iuſtiniani; quod præponantur extraneis hæredibus, in bonis Latinorum; ut proinde ipſius hæredes Latini intelligi non poſſint. Recte itaque Accurſius explicat, hæredes extraneos non liberti, ſed manumiſſorum, (qui genitivus eſt pluralis, non à *manumiſſus*, ſed à manumiſſor) & quod nimirum, ſi patronus libetos ſimul, & extraneos inſtituerit hæredes, in occupandis bonis Latini liberti, potiores eſſe liberos patroni; quod vel ex Theoph. didiciſſe potuiſſet Hottoman. apud quem diſertis verbis ita caſus firmatur. Apparet adeo nihil conſtituiſſe SCtum Largianum de jure Latinorum libertorum, aut quicquam in eorum conditione mutaſſe. Fruſtra autem hic objecerit quis, jus patroni ad extraneos hæredes non tranſiviſſe, ideoque fruſtra mutatum id dici SCto Largiano; etenim ut ex hoc loco apparet, non tam jure patroni, ſed magis domini jure & inſtar peculij bona liberti defuncti, occupabat qui fecerat libertum Latinum.

D. Traiani Edictum.] Hujus quoque mentio eſt in *d. l. un in pr & § ult. C de Lat. lib. toll.* Nimirum ſicut reſtitutio naturalium petenda erat à principe conſentiente patrono, quoniam ea impetrata, jus patroni ceſſabat *l. 2 l. pen & ult de natalib. reſtit.* Ita quoque quoniam libertus civis Romanus poterat hæredem ab inteſtato & ex teſtameto habere, & ita ejus bona amplius patronus jure peculij occupare non poterat, ideo conſtituit Trajanus edicto ſuo, ut patroni jus in eum, qui Latinus libertus fuerat, maneret integrum, ſi is invito paterno, aut ignorante civitatis jus à principe impetraſſet, ut itidem viveret quidem ut civis, ſed moreretur ut Latinus.

In fin §. refert ſe Iuſtinian. ad ſæpe *d. l. un. Cod. de Lat. lib. toll.* qua conditionem Latinam, (ſicut tit. præced deditiam) tollit, & omnes manumiſſos fecit cives Romanos; nam, quod *ſup. de libertin.* monuimus, per ſanctionem Antonini *l. in orbe 17. de ſtat. hom.* non libertini exæquati inter ſe, ſed ingenuis omnibus civitas Romana data eſt: Iuſtin & libertos invicem & poſt N. 78. fere etiam libertos ingenuis exæquavit.

Mirabili modo.] Non animadverto, quid hac in re poſſit eſſe admiratione dignum; conſtituere pro Imperio, ut omnes liberti ſint cives Romani, & hoc adiicere libertati, qua pene impefecta olim Latini utebantur: quod videtur intelligere per adjectiones quarum in extremo §. meminit, aut etiam quod adiecerit aliquid iis modis, quibus olim Latinitas competebat, veluti quod in *d. l. un § ſed & ſi 2. C. de Lat. lib. toll.* in manumiſſione inter amicos quinque teſtes requitit, quin & unum alterumq; modum libertatis de novo adipiſcendæ videtur introduxiſſe *d. l. un. § ſimilique 4. cum §. ſeq.*

An

Ad Titulum IX. LIBRI TERTII Inſtitutionum,

DE ADSIGNATIONE LIBERTORUM.

TEXTUS.

In ſumma, quod ad libertorum bona attinet, admonendi ſumus, cenſuiſſe Senatum, ut quamvis ad omnes liberos patroni, qui ejuſdem gradus ſunt, bona libertorum æqualiter pertineant, tamen licere parenti, uni ex liberis, libertum adſignare, ut poſt mortem ejus habeatur is ſolus patronus cui adſignatus eſt: & ceteri liberi, qui ipſi quoq; ad bona eadem, nulla adſignatione interveniente, pariter admitterentur in his bonis nihil juris habeant, ſed ita demum priſtinum jus recipiant, ſi is cui adſignatus eſt, deceſſerit, nullis relictis liberis. Nec tantum libertum, ſed libertam etiam: & non tantum filio nepotive, ſed etiam filiæ neptive adſignare permittitur.

COMMENTARIUS.

PLenius hoc jus, de quo in *princ. h. t.* exponitur in *l. 1. h. t.* ubi Ulpian. refert SCtum, quo id patronis conceſſum fuit. Et eſt adſignatio liberti nihil aliud, quam juris patronatus, quod alias omnibus liberis commune futurum erat, in unum ex ijs vel aliquos, vel maſculos ſive fœminas, ſive primi, ſive ſecundi gradus *h. text in fin. l. 1. l. 3. §. 1. eod* tranſcriptio, qua facta, ceteri quādiu vel ipſe cui adſignatio facta eſt, vel liberti ex eo ſuperſunt, ceteri a jure patronatus excluduntur *h text & leg. 1. in fin. princ. D. eod.* poteſtas hæc detur parenti patrono, qui libertum ipſe manumittendo adquiſivit; non etiam liberis ejus porro, nec his quidem quibus libertus à patre adſignatus fuit *l. liberi 8. h. t.* adeo arcte & ſtricte hæc poteſtas adſignādi accepta fuit; forte quoniā Lex 12. tab. jus hoc in liberis æqualiter transfundere viſa fuit, p nec in hæredem extraneum potuit transferri.

TEXTUS.

1. Datur autem hæc adſignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos habuerit in poteſtate: ut eis quos in poteſtate habet adſignare liceat libertū libertamve. Unde quærebatur, ſi eum, cui adſignavit, poſtea emancipaverit, nū adſignatio evaneſcat. Sed placuit evaneſcere: quod & Iuliano & aliis pleriſque viſum eſt. Nec intereſt, an teſtamento quis adſignet, an ſine teſtamento, ſed & quibuſcunq; verbis patronis permittitur hoc facere; ex ipſo SCto, quod Claudianis temporib. factū eſt, Aſterio Scapula, & Sabellio Rufo conſulibus.

COMMENTARIUS.

1 *An* l 9. de adſign. lib.

QVI duos pluresve.] Cum adſignatio ſit translatio in unū, aut aliquos, juris illius, quod alias pluribus erat competiturum, ridiculum fuerit dubitare, an adſignationi ſit locus, ubi unus tantum eſt filius. Itaq; non exiſtimādum eſt hoc proponi, quaſi de eo dubitari poſſit: Sed tantum doceri quid ſit adſignatio, & quod, cum L. 12. tabb. hoc jus ad familiam reſtrinxerit, nec poſſe id extra familiam transferri; idque eſt quod & in *princ l. 1. h t. & h. §.* traditur, adſignari libertū uni ex liberis, qui ſunt in poteſtate, adeo quidem, ut adſignatio facta, poſtea ſecuta emancipatione evaneſcat, h. §. quamvis ex hoc ſane, non videatur ſatis probari, quod emancipato non poſſit adſignari libertus: quippe quod ubi pater libertum adſignavit filio in poteſtate exiſtēti, poſtquam per emancipationem filium ex familia ſua ſubmovit, adſignationem factam revocaſſe videtur. Ceteroquin emancipato poſſe adſignari libertum, contra quam aperte ſcribit Theophil. hic, bene probat *l. utrum. 9. h. t.* dum enim JCtus reſpondet, *magis eſt poſſe.* apparet, eum reſpondere ad eam partem quæſtionis initio propoſitæ, an etiam emancipato poſſet libertus adſignari, & utique numquam de eo, qui in poteſtate eſt, an ei poſſet libertus adſignari, fuit dubitatum ut mirari ſatis nō poſ-

ſim, quod Azo & Acc. reſponſum illud, ad liberos in poteſtate referunt. Sed illud in *d. l. 9.* obſcurum, quod admittit adſignari poſſe emancipato, ſi pater præter emancipatum non pauciores quam duos habeat in poteſtate. Cur enim non ſatis ſit vel unũ filium præterea ſupereſſe? Hottom. ita explicat hãc rem; quod uni & ſoli emancipato nequeat fieri liberti adſignatio, ſed ipſi & alii ſimul, qui eſt in poteſtate poſſe adſignari libertum: & quia illa dubitandi ratio occurrebat, quod illo, qui conjunctus fuit mortuo jus liberti totum extra familiam tranſiturum fuiſſet, ideo reſpondiſſe JCtum oportere ut præterea unus adhuc ſit in poteſtate, in quẽ pars juris patronatus tranſeat. Verum 1. exiſtimo uno ex conjunctis mortuo, jus totum ad ſolum ſuperſtitem pertinuiſſe; tum etiam quid ſi uterque, qui in poteſtate fuit mortuus ſit? & cur non igitur tres aut quatuor requirimus, qui ſint in poteſtate? 3. quod jus liberti adſignati tranſeat etiam in liberos emancipatos auxilio juris prætorij etiam quo ad ſucceſſionem, probat *lex 3. §. emancipatos. 4. h. t.* quo argumento Iohan. Faber defendit, tranſire in nepotes ex filia cui libertus fuit adſignatus, juxta §. 1. *h. t.* Itaque Hottom. ſcrupulum non ſoluit, neque transfert me hærentem in *d. l. 9. D. de adſignat. lib.* & etiamnum quæro, cur ut adſignari poſſit libertus emancipato, neceſſum fuerit, ut præterea duo in poteſtate liberi ſuperſint. An fortaſſis hæc ratio eſt, quod ubi ſuperſunt duo liberi in poteſtate, & adſignatur libertus emancipato, neuter ex iis, qui ſuperſunt in poteſtate, pot eſt conqueri de injuria ſibi illata, cum & alterutri ex illis jus ademptum in unum ſolum transferre pater potuiſſet. Atquin cum unus tantum ſupereſt in poteſtate, habet quod ſibi injuriam factam conqueratur ille; quod ſolidum ſit translatum in emãcipatum, quum alter in poteſtate ſolidum ex L. 12. tabb. habere deberet; nam cum jus patroni & ejus in ſucceſſione liberti effectus ſit à L. 12. tabb. & hæc Lex nullos agnoſcat emancipatos, nec jus patroni ex hac L. poteſt habere emancipatus: prætor autem, qui inter ſuos, vocat emancipatos, & ex hæreditate partem illis abſtractam his tribuit §. *emancipa. 9. in fin. ſup. tit.* 1. etiam quo ad partem ratam in jure patronatus defendiſſe emancipatum videtur ea ratione qua & ejus cui libertus fuit adſignatus, liberos emancipatos tuetur *d. l. 3. §. 4. h. t.* Cæteroquin SCtum nihil mutavit, ſed tantum eorum, qui in poteſtate ſunt, mentionem fecit, ſecutum hactenus Legem 12. tabb. hoc tantum immutato, ut jus iſtud in unum ex liberis transferri poſſit, ſed quoniam edictum prætoris ad ſucceſſorum vocabat emancipatos quoque, ſenſim & ab hoc jure diſceſſum videtur, juxta modo explicata, ex quibus partim & his, quæ paulo ante contra Hottomanni ſententiam diſputavimus, ſatisfieri poſſet. Fortaſſis nec male hanc rem expedit Cujac. qui itidem, ut Hottom. putat emancipato ſimul ſuo factam eſſe adſignationem, & quæ valeat propter eum qui conjunctus eſt, adeoque oportere præterea eſſe adhuc alium in poteſtate, quoniam nonniſi inter duos ſit locus electioni & adſignationi. Ergo ſi unus tantum ſit in poteſtate, nulla eſt adſignatio, nec propterea emancipatus facere poteſt ut valeat, cum tantum valeat propter ſuum; cum quo proinde alium ſuum concurrere oportet, inter quos fiat electio.

Nec intereſt.] Teſtamento poteſt fieri adſignatio, & ab inteſtato quoque, & igitur in codicillis quoque. Quin & amplius extra ultimam voluntatem, per modum contractus, & per donationem adſignari poſſe libertum, colligitur ex *l. 1. §. 3. adſignare 7. h. t.* Ex quo non bene inferunt Dd. etiam teſtamento contractum celebrari poſſe; quia, ut diximus, ad § *ſed cum 3. de teſtam.* quædam jura & res & teſtamento conſtitui, & per contractum poſſunt transferri.

Quibuſcunque verbis.] Epiſtola, chirographo, quin & nutu; & rurſus & pure, & ſub conditione *l. 1. §. 3. l. adſignare 7. h. t.*

Senatuſconſulto.] Cujus ſententia refertur *l. 1. h. t.* Sed ſine nomine, adjectis tamen nominibus Conſulum, Sabellio Rufo, & Oſterio Scapula. Sed pro Sabellio, Hottoman. Cujac. Weſemb. legunt *Suellio*, quod nomen valde inſolens Romanis, nec puto uſquam alibi lectum, & in Plinij meo exemplari *lib. 3 cap. 7.* ad quem provocat Cujac. legitur *Suilio Rufo* & apud Theoph. *Suillio.* & magis probo Ant. Auguſt 3. emend. 7. *Vellio Rufo.* quomodo & Florentinæ editiones habent.

AD TITULUM X.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

TEXTUS.

Ius bonorum poſſeſſionis introductum à præto-

prætore eſt, emendãdi veteris iuris gratia. Nec ſolum in inteſtatorum hereditatibus vetus ius eo modo pętor emendavit, ſicut ſup. dictum eſt: ſed quoq; in eorum qui teſtamento facto deceſſerint. Nam ſi alienus poſthumus fuerit hæres inſtitutus, quamvis iure civili adire hæreditatem non poterat, cũ non valebat inſtitutio, honorario tamen iure bonorum poſſeſſor efficiebatur, videlic. cum à prætore adiuvabatur. Sed & is à noſtra conſtitutione hodie recte hæres inſtituitur, quaſi civili etiam jure non incognitus. Aliquando tamen, neq; emendandi neque impugnandi veteris iuris gratia prætor pollicetur poſſeſſionem bonorum. Nam illis quoq; qui recte teſtamento facto hęredes inſtituti ſunt, dat ſecundum tabulas bon. poſſeſſionem. Item ab inteſtato ſuos hæredes & agnatos vocat ad bonorum poſſeſſionem. Sed & remota quoque bon. poſſeſſione ad eos hæreditas iure civili pertinet.

COMMENTARIUS,

1 *Quomodo prætor emendaverit ius civile.*
2 *Quomodo confirmaverit.*

PRincipaliter hactenus egit, de ſucceſſione ex jure civili, ita ut occaſione ſeſe offerente, imo ipſa materiarum connexione flagitante ſimul inſereret ius prætorium. Hic autem ex profeſſo & in ſpecie, de ſucceſſione prætoria agit. Apparet ex hactenus tractatis, L. 12. tabb. iura ſucceſſionum anguſtiſſimis finibus & omnino ordine ſuorum &
1 † agnatorum fuiſſe concluſa & tum prætorem tum Senatusconſulta, & conſtitutiones, multas perſonas, tum inter ſuos, tum inter agnatos & jure agnatorum vocaſſe, prætorem & tertium ſuccedendi ordinem, præter ſuos & agnatos: videl. eorum qui tantum naturali jure cognati eſſent, feciſſe. Idq; eſt, quod ait *Iuſtin. in pr. h tit.* introductum eſſe jus bonor. poſſeſſionis emendandi juris civilis gratia. Ita ſcilic. emẽdandi, ut ſuccurrat iis, qui iuris civilis rigore ſunt excluſi, dum id ſolos ſuos & agnatos vocat; non autem prohibet eos nominatim capere. Ceteroquin & bon. poſſeſſio (quoniam prætor directo jus civile abrogare & tollere non poteſt) ceſſaret *l non eſt 12. §. 1. h. t.* Et ita emendatum fuiſſe à prætore jus civile in ſucceſſionibus ab inteſtato, ex ſuperioribus titulis abunde ſatis patet. Idem factitaſſe prætorem in ſucceſſione ex teſtamento *h. text. in verſ nec ſolum*, docet Iuſtinianus, idque illuſtrat exemplo poſthumi alieni in *l. 3. nam ſi*, qui quamquam iure civili inſtitui non poterat, (cuius rationem reddidimus ſup. §. poſthumo d. legat.) tamen jure prætoris admittebatur, data ei bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas. Quis ſit poſthumus alienus tractavimus ad d. locum, & ibidem diximus, ſententiam eſſe probandam Baronis & Hottom. quam & loco iſto reperit, ut poſthumus alienus dicatur & intelligatur tantum, qui eſt in utero nurus, & quem tempore inſtitutionis filius præcedit. Nec enim hic ſimpliciter haberi potuit pro alieno poſthumo, qui filio præmortuo omnino inter ſuos eſſet futurus; nec opus huic fuiſſet edicto prætoris, cum ex formula Aquilii Galli recte inſtitueretur. Divinatorium enim eſt, quod hic ſcribit Hottom. Edictum prætoris formula Galli fuiſſe poſterius, neque enim ſi ita fuiſſet, tam accurate etiamnum de illa formula Iuriſconſulti diſputaſſent, ut patet ex *L. Gallus de liber. & poſthum.* Nec minus falſum puto, quod poſt formulam Galli tantum ad eum caſum pertinuerit auxilium prætoris, quo poſthumus hic & nepos ex filio naſciturus, non obſervata præciſe Galli formula, & omiſſa particula *TVNC* inſtitutus fuiſſet. Ita enim nimis hoc, quod de poſthumo alieno jure prætorio admiſſo hoc loco ſcribit Iuſtinianus, reſtringeretur. Et igitur ſtatuimus, latius patuiſſe prætoris edictum de admitendo poſthumo alieno per bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, cum & fratris poſthumum alienum nominatim appellet *SCtus inſt. pen. de legat.* 1. Atq; his modis ius civile emẽdavit prætor, & eo ipſo impugnavit, ut loquitur Iuſtin. in hoc textu *verſ. aliquando*, eo ſcilicet modo ut paulo ante declaravimus, dum eos admittit, qui iure civili non poterant ſuccedere; ſiquidem directo contra jus civile pugnare, & capere prohibitos admittere prætor non potuit *d. l. 12. §. 1. h. t.* Docet Iuſtin. inde in *d verſ. aliquando* prætorem aliquando confirmandi juris civilis cauſa pollicitum poſſeſſionem bonorum. Quod explicatione indiget, quia ambigue dicitur: & variis enim modis hoc accipi poteſt. Et 1. dicitur prætor per productionem con-

Digitized by Google

firmandi juris civilis gratia poſſeſſionem bonorum dediſſe. Verbi gratia bonorum poſſeſſionem *unde liberi* itemque contra tabulas, & hanc magis primo & præcipue, imo ratione primæ intentionis tantum pro iis induxit, qui jure civili nec ab inteſtato ſuccedere, nec teſtamentum in quo à patre præteriti erant, impugnare poterant, & nimirum pro liberis emancipatis, ut apparet ex *§. emancipati 9. & §. eadem 12. ſupr de hæred. ab inteſt.* Cum autem remedia prætoria eſſent expeditiora, ea quoque ſuis deneganda eſſe non exiſtimavit, ſi vel ab inteſtato, bonorum poſſeſſionem *unde liberi* & ipſi petere, aut præteriti contra tabulas bonorum poſſeſſione uti vellent, *d. verſ. aliquando & §. ſequent h. t.* licet alterutrum remedium illis non eſſent neceſſarium, ſed jure civili ab inteſtato ſuccedere, & eodem iure præteriti dicere teſtamentum nullum poſſent; idque eſt quod in *fin. huius textus* ait, etiam remota bonorum poſſeſſione ad eos iure civili hæreditatem pertinuiſſe, ubi concinnius, pro *ſed &* legetur *nam &*. Quin & amplius poſſit exiſtimari prætor dum ordines illos tres ſuccedendi conſtituit, *unde liberi, unde legitimi, & unde cognati*, hoc animo fuiſſe, ut indiſtincte quoſuis liberos etiam qui in poteſtate non fuiſſent tempore mortis, admitteret: idque ex hoc apparet; quod aperte propoſuit ordinem ſuccedendi pro perſonis legitimis & agnatis, vel, qui inter agnatos ex SCtis, aut alio jure civili vocabantur, non excluſi adeo jure civili, & quorum nomine neceſſaria erat bonorum poſſeſſio; quoniam voluit omnino, edicto ſuo omnes vocare, quibus & ſuo noviter, & ex alio jure hæreditas & ſucceſſio deberetur; quod ipſum quoque in fi. huius textus inſinuat Iuſtinianus, dum meminit agnatorum, quos (& ſcilicet jure civili vocatos) proprio Edicto ex ſecundo capite ad bonorum poſſeſſionem admittit. Et hæc eſt ſententia ICti in *leg. ius autem 7. §. 1. de iuſt. & iur.* quod prætor introduxerit edictum, ſupplendi, adjuvandi & corrigendi juris civilis gratia. Ait Iuſtinianus:

Quamvis iure civili adire non poterat.] Non probo hic ſententiam Hottom. & Weſembecij, qui non volunt intelligi L. 12. tabb. ſed Iuriſconſultorum diſputationes. Cum inquiunt illi L. 12. tabb. poſthumum ſuum inſtitui permitteret, rationi ſunt ICti. alienum inſtitui non poſſe: inepte; quorſum enim adhuc diſputatione ICtorum opus fuit? quod ex ipſa L. 12. tabb. ſatis apparebat; ea Lege quæ nominatim inſtituere poſthumum ſuum permiſerit, non poſſe inſtitui poſthumum alienum. Et igitur veriſſime, vel ob hoc ipſum dicitur, poſthumum alienum non potuiſſe inſtitui L. 12. tabularum. Quin imo nec verum videtur, quod Lex 12. tabb. nominatim permiſerit inſtitui poſthumum ſuum; ſed ſupra ad *d. §. poſthumo de legat.* diximus, poſthumum quemcunque tamquam perſonam incertam ex L. 12. tabb. non potuiſſe hæreditatem adire, ſed id ſenſim humaniter eſſe admiſſum, ut liceret inſtituere ſuum poſthumum, cum alias id eventurum fuiſſet, ut teſtator præcavere non poſſet, quamvis teſtamentum rumperetur.

A noſtra conſtitutione.] Intelligit haud dubie eum, quæ intercidit penitus, aut in priore Codice fuit: cuius meminit *ſup de leg. §. ſed nec huiuſmodi 27.* ubi de incertis perſonis.

TEXTVS.

1. Quos autem ſolus vocat prætor ad hæreditatem, hæredes quidem ipſo iure non fiunt, (nam prætor hæredem facere non poteſt: per legem enim tantum vel ſimilem iuris conſtitutionem hæredes fiunt, veluti, per Senatuſconſulta & conſtitutiones principales) ſed cum eis prætor dat bonorum poſſeſsionem, loco hæredum conſtituuntur, & vocantur bonorum poſſeſſores. Adhuc autem & alios complures gradus prætor fecit in bonorum poſſeſſionibus, dum id agebat, ne quis ſine ſucceſſore moreretur. Nam anguſtiſsimis finibus conſtitutum per Legem XII. Tabb. ius percipiendarum hæreditatum, ex æquo & bono prætor dilatavit.

COMMENTARIUS.

1. *Prætor non facit hæredem.*
2. *Qid ſit bonorum poſſeſſio*
3. *An v. c. ſuus, qui agnovit bon. poſſ. ſit etiam iure civili hæres.*

PErtinet ad effectum juris prætorii, quod ſucceſſor ex iure prætorio non fiat hæres Scilicet hæc eſt argumentatio: Hæres efficitur per Legem, vel eiuſmodi ſanctionem quæ æquipollet Legi. Atquin edictum prætoris non eſt Lex. Ergo per illud nec efficitur hæres. Ad declarationem aſſumptionis

nis pertinent quæ diximus ad §. *Edicta ſup. de iur. nat.* ubi plene hæc de re egimus, & quod prætor revera fuerit legislator. ſed quod tantum magiſtratus ſui qui annuus erat, poteſtate Edicta ſua defenderit. Hæres autem perpetuum jus conſequebatur & rerum omnium, quæ defuncti fuerant dominium plenum. Propoſitionis ratio pendet ab autoritate Legis, quæ *in l. 2. d LL.* dicitur domina omnium rerum. Legem nemo poteſt ferre proprie accepto verbo legis, quam qui ſummum in Rep. jus, quod Ariſtot. ἀξίωμα vocat, & imperium in omnes habet: itaque quod à tali poteſtate ſancitur, id in Repub. plenum obtinet vigorem & robur. Hæc autem differentia juris civilis & prætorii magis in quadam ſubtilitate quam in rebus ipſis ſita eſt: non minus ac illa, quod jus civile directas actiones, prætor autem utiles, quas πλαγίως appellat paſſim Theoph. introducere poteſt: poſtquam eo itum eſt, tacita approbatione ut Edicta prætorium etiam poſt annum, & perpetuum obtinerent vigorem, ut ad *d. § Edicta ſup. de iur. nat.* tractavimus. Et prætor igitur eum ex ſuo tuli ratione hæredem facere non poſſit, ſucceſſores ſuos, qui ex edicto ipſius ad bona defuncti vocabantur, appellavit bonorum poſſeſſores, quibus utiles accommodando actiones, efficiebat, ut tantundem conſequerentur, atque illi, qui civili jure hæredes & domini erant, quo reſpectu hic ait Iuſtinianus, quod habeantur loco hæredum, & non uno in loco ſimpliciter hæredum appellatione veniunt *l. in condit. 19. §. 2. de condit. & demonſtr.* & hinc generali textu *in l. hæreditatis 138. de verb ſignif.* hæreditatis appellatione & bonorum poſſeſſio dicitur ſignificari. ſicut non minus verum eſt, quod per ſolam legem dominium rerum transferatur, & hæres dominus eſt: attamen ex edicto prætoris quoque dominos effici, probatur ex *l. ſi finita 15. §. Iulian. 16. & §. poſtea 33. de dam. inf.* & in his ipſis terminis poſſeſſionis bonorum ex *l. 1. h. t.* quod tamen non de dominio Quiritario, ſed ut appellant, bonitario accipiendum eſt, aut potius prætorio, ut ita dicatur à cauſa efficiente, quomodo & bonorum poſſeſſionem recte dicemus hæreditatem prætoriam. Neque enim poſſeſſio bonorum hic ſignificat actualem detentionem rerum, quomodo uſurpatur *lib. 41. Digeſt. tit. 3.* ſed inſtar hæreditatis ſignificat rerum univerſitatem, quæ fuerunt defuncti: ideoque non minus ac hæreditas in jure conſiſtere dicitur *l. 3. in pr. h. t.* quia conſideratione etiam definitur jus *in d. l. 3. §.* & quidem jus perſequendi, generе aliquantum tropico quoniam ipſa bonorum poſſeſſio ſive univerſitas rerum & bonorum, jus perſequendi non eſt, ſed qui eam univerſitatem agnovit & adquiſivit, hinc tamquam ex cauſa efficiente conſequitur jus perſequendi. Hæc pro explicatione huius rei. Iam quædam in textu videamus. Ait Iuſtinianus.

Quos SOLVS prætor.] Videatur fortaſſis emphaſis eſſe in voce *Solus*, verbi cauſa, cognati, per fœminas qui ex tertio capite vocantur, ſunt fere excluſi 1 jure civili: itaque non niſi bonorum poſſeſſores eſſe poſſunt, cum non niſi prætorium remedium habeant. Atquin in agnatis dubitatio eſſe poteſt & in ſuis: in iſtis vel maxime. Finge patrem inteſtato mortuum: ſuus ipſa poteſtate juris ſtatim à morte patris hæres inſiſtit etiam ignorans: hic poſtea agnoſcit bonorum poſſeſſionem ex prima parte Edicti prætoris *unde liberi*: numquid non utroque jure & cujus erit hæres & bonorum poſſeſſor & utroque jure poterit ex arbitrio uti: neque enim fieri poſſe videtur, ut propter agnitam bonorum poſſeſſionem ex prætorio jure amittit jus quæſitum poteſtate Legis XII. Tabb. Neque hoc in verbis, ſed in rebus ipſis conſiſtit. Etenim cum multæ actiones prætoriæ annales ſint, & non niſi prætoriis actionibus bonorum poſſeſſor uti poſſit, prout dicemus iſtum vel uno tantum jure hæredem eſſe, ita cum vel ſolis prætoriis actionibus, vel etiam poſt annum adhuc exercere civiles actiones poſſe. Plane conſtat penes hæredem ſuum, abſtinentem etiam, manere directas actiones *l. ult. de adquir. hær.* & multo magis igitur, eas fatendum eſt manere apud eum, qui bonorum poſſeſſionem agnovit. Sed ſicut abſtinenti ab hæreditate actiones negat prætor, ita etiam crediderim negaturum ei actiones directas, qui quaſi repudiato jure civili ex Edicto ipſius hæres eſſe maluit. Itaque expeditior in agnatis res eſt, quoniam hi non ipſo jure, ſed per aditionem hæredes fiunt. Et argumentatio Doctorum relata ab Angelo, mihi captioſa & cavillatoria videtur. Qui declarant, inquiunt, ſe velle eſſe hæredes, illi jure civili hæredes fiunt: aditio enim contingit per nudam voluntatis declarationem, ut notamus ad *§ ult. ſup. de hæred. qual.* Atquin quiſquis ex Edicto prætoris, poſſeſſionem bonorum petit, hoc ipſo declarat ſe velle eſſe hæredem. Ergo efficitur etiam jure civili hæres. Etenim non poteſt cauſa operari effectum alium niſi ad quem deſtinatur. Atqui petitio bonorum poſſeſſionis tendit & eſt deſtinata ad adqui-

quirenda bona ex prætorio jure, igitur non poteſt operari, ut qui petit bon. poſſeſſionem jure civili fiat hæres. Confirmatur bene per textum *in l. 2. §. ſi duo 8. de bon poſſeſſ ſec. tab.* ubi hæres inſtitutus poteſt jure civili hæreditatem adire, &, ſi malit, bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accipere: Ait ICtus, *ſi noluerit hæreditatem adire, vel accipere bonorum poſſeſſionem &c.* quibus verbis ſatis innuit petitione bonorum poſſeſſionis non intelligi aditam hæreditatem. Et ita recte concludit Fab. hic, quod tantum ſit hæres ex jure prætorio, poſtquam ex eo expreſſe bonorum poſſeſſionem agnovit.

Alia quæſtio eſt, an ſi agnatus hæreditatem adierit, bonorum poſſeſſionem poſtmodum nihilominus petere poſſit. Quod forte admiſerim, ſed eo facto directas ei prætor actiones negabit.

Diximus porro bonorum poſſeſſorem & hæredem prætorium non habere directas, ſed ſolummodo utiles actiones. Quærunt Interpp. quid igitur fiat de directis actionibus. Et ſiquidem hæreditas adquiſita civili jure fuerit, per exiſtentiam ſui hæredis aut aditionem (poſtea beneficio ætatis repudiata hæreditate) ubi tum bonorum poſſeſſionem dedit prætor, penes eum, qui ſemel hęres factus, manet hæres *l. 7. §. ſed quid 10. de minorib. l. & qui 88. de hæred. inſt.* actiones directæ manebant, ſed ſine effectu, quippe eas Prætor negat. Quod ſi vero hæreditas jure civili adquiſita non ſit, actiones directæ non manebunt in eſſe, ut hic Ioan. Fab. loquitur, ſed ab initio nullæ penitus erunt.

Neque tamen tum verum erit, quod poſt Bart. hic ſcribit Angelus, quod bonorum poſſeſſor ſit futurus directo hæres, ſed actiones utiles ſive prætoriæ ſolæ ſunt futuræ: Eſt enim perpetuo verum, quod hæredem directo prætor non poſſit facere, ut hoc loco affirmat Iuſtinianus.

Per Legem enim tantum] Legem in ſpecie accipit pro Lege veteri, & antiquo jure civili, cui non uno in loco conſtitutiones principum opponi ſolent, ut notatum ad *§. ſed cum 3. ſup. de teſtam* cæteroquin in ſtatu Monarchiæ, in quem ſub Impp. Romanis Reſpublica tranſlata fuit, principis ſanctiones veræ ſunt Leges, non tantum ſimiles Legibus, ut hic ait *Iuſtin.* Quæ fuerit autoritas SCtorum, & unde diximus ſup *ad §. SCtum de iur. nat.*

Alios complures gradus.] Gradus intelligit, ordines ſuccedendi: Et ex his duorum paulo ſuperius meminit, agnatorum & ſuorum. Sunt alii duo, *unde cognati, & unde vir & uxor*, quibus effecit, ut defunctus (quod ſubiicit ſtatim) non moreretur ſine ſucceſſore, nec ad fiſcum tamquam vacua hæreditas perveniret. Plures ordines generales non ſunt: ſed ſunt tamen alii: de quibus *in § ſeq.* ſed & poſſunt per gradus, intelligi variæ rationes, quas invenit prætor, ut (veluti ſubiicit Iuſtin.) dilataret jus ſuccedendi, quod Lege XII. Tabularum finibus anguſtis erat circumcluſum, quippe ex qua tantum ſuj & agnati admittebantur, & ita quidem, ut in primo gradu totum jus ſucceſſionis conſumeretur, nec eo deficiente ſequens admitteretur, ut traditum *in §. placebat 7 ſup. de legit. agn. ſucc.* prætor autem edicto ſucceſſorio & ſequentes gradus, & priori ordine excluſum ex ſequenti capite admiſit *l. 1. & 2. de ſucc. edicto.*

TEXTUS.

2. Sunt autem bonorum poſſeſſiones, ex teſtamento quidem, hæc prima, quæ liberis præteritis datur, vocaturque contra tabulas: ſecunda, quam omnibus iure ſcriptis hæredibus prætor pollicetur: ideoque vocatur, ſecundum tabulas teſtamenti. Et cum prius locutus eſt de teſtatis, ad inteſtatos tranſitum fecit. Et ſuis hæredibus primo loco, & iis qui inter ſuos hæredes ex edicto prætoris connumerantur, dat bonorum poſſeſſionem, quæ vocatur *unde liberi.* Secundo legitimis hæredibus. Tertio decem perſonis, quas præferebat extraneo manumiſſori., ſunt autem decem perſonæ hæ: pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni: item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia, frater ſororve, conſanguinei vel uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto *tamquam ex familia.* Sexto patrono, patronæque liberiſve eorum & parentibus. Septimo viro & uxori. Octavus, cognatis manumiſſoris.

Com-

COMMENTARIVS.

1 *Bonorum poſſeſſio pro decem perſonis.*
2 *Bon. poſſeſſio tanquam ex familia.*

TAmquam per indicem veteres bonorum poſſeſſiones & earum gradus exponit: & huius quidem juris pene nulla hodie eſt utilitas, cum præſertim *in* §. *ſeq.* totum hoc jus immutet Iuſtinianus. Interpreti tamen hoc non negligendum, ſed quantum fieri poteſt, iſta res ex antiquitate explicanda eſt, ſed paucis. Bonorum poſſeſſio competit vel teſtamento facto, vel ab inteſtato. Illa duplex eſt, contra tabulas, & ſecundum tabulas. Et cum per illam teſtamentum impugnetur & evertatur, paulo pinguius loquitur, Iuſtinianus, dum utramq; ait eſſe ex teſtamento: Ceteroquin bon. poſſeſſio, quæ datur contra teſtamentum, non poteſt dici eſſe ex teſtamento. Et illam quæ eſt contra teſtamentum priori loco proponit Iuſtinianus, quem etiam ordinem ſecutus eſt prætor Edicto ſuo, quo merito fecit conditionem liberorum potiorem, qui præteriti à patre fuerunt, & tum demum alios ad poſſeſſionem bonorum ſecundum tabulas admiſit *l. æquiſſimum 2. in principio de bon. poſſeſſ. ſec. tabulas.* Eſt tamen & alia ſpecies huius bonorum poſſeſſionis contra tabb. quæ patrono datur præterito, in partem quam ei dat Edictum prætoris, vel etiam conſtitutio Iuſtiniani, juxta tradita *ſup. de ſucceſſ. libert.* Altera hinc eſt ſecundum tabulas, modo rite ſint compoſitæ, de quo ſupra in materia teſtamentorum diximus, nihil præterea requirere prætorem, quam ut ſeptem teſtium ſignis ſint ſignatæ tabulæ, nec attendere alias ſolennitates iuris civilis.

Sequuntur bonorum poſſeſſiones ab inteſtato. Semper enim teſtati cauſa potior eſt, itaque ait Iuſtin. prætorem poſtquam de teſtatis locutus eſt, ad cauſam inteſtati tranſitum feciſſe. Sed non tamen eo ſenſu, ut teſtati cauſa ſimpliciter præferri poſſet: nam per bonorum poſſeſſionem contra tabulas evertitur teſtamentum, & res deducitur ad cauſam inteſtati: & iſta bonorum poſſeſſio prior eſt bonorum poſſeſſione, quæ datur ſecundum tabulas, ſcilicet imparibus poſitis terminis perſonarum, quæ petunt bonorum poſſeſſionem, ubi nimirum liberis præteritis inſtituti ſunt extranei hæredes *l. 2. in pr. de bon. poſſ. ſec. tab.* nam hæredibus ſuis ſcriptis primo loco ſecundum tabulas datur poſſeſſio, ſed & ſi ſui ſint præteriti & alii hæredes ſcripti, ratio propria eſt, quod quamvis teſtamentum ſeptem teſtium ſigna habeat, & poſſeſſio bonorum ſecundum illud peti poſſit, tamen propter jus liberorum, & quod ejuſmodi diſpoſitio jure civili, cuius miniſter eſt prætor, nulla eſt, fit, ut iſta poſſeſſio bonorum ſecundum tabb. ſit ſine re, & ut potior ſit ſucceſſio ab inteſtato, dum liberi jure ſuo utuntur, per *l. 1. §. ult. und. liberi, iunct. l. ult. de lib. & poſth.*

Dicamus jam de bonorum poſſeſſionibus ab inteſtato. De duabus prioribus res liquida eſt, quæ ſunt, *Vnde liberi* &, *unde agnati ſive legitimi* & ex ſuperioribus quorſum illæ pertineant, & quibus competant, ſatis conſtat, quod nimirum illa liberis, ſive ſuis ſive emancipatis detur, hæc agnatis & qui quacunque L. aut SCto veluti Tertulliano aut Orphitiano inter agnatos aut jure agnatorum vocantur *l. 3. und. legit.* Tertiam dicit Iuſtin. propoſitam decem perſonis, quæ præferebantur extraneo manumiſſori. Ubi repetendum eſt, quod non ſemel, & præcipue ad §. *præterea ſup. quib. mod. ius pat. pot. ſolv.* diximus emancipationem ita fieri ſolitam, ut imaginarius emptor adhiberetur, qui filium ſibi mancipatum à patre primo, ſecundo & tertio, manumitteret, quo demum facto filius liberabatur à poteſtate patris. Et, ut ad §. *ult. ſup. de legit. agn. ſucc.* quoque notatum, ſub tertiam venditionem fiducia contrahi ſolebat, ut imaginarius ille emptor ſive pater (ita enim quoque appellatum fuiſſe docet *Caius lib. 1. Inſtit. 6.*) filium patri naturali remanciparet, ut hic ipſe filium tertio manumittens, jus patroni haberet, quid ſi neglectum & non contracta fiducia, imaginarius ille emptor filium manumiſiſſet, ipſe ſumma & ſtricta ratione jus patroni in eo conſequebatur, quod aliis patronis, ſive ex L. X I. Tabularum, ſive ex Edicto prætoris, aut ex Lege Papia competebat. Quod cum prætori non immerito iniquum videretur, ut homo alieniſſimus in filio alterius, emancipato jus patroni haberet, & ab inteſtato omnibus pene præferatur propoſita hac bonorum poſſeſſione decem hic numeratas perſonas ei prætulit, qui dicitur extraneus manumiſſor, & opponitur patri manumiſſori.

Et hanc bonorum poſſeſſionem intelligit ICtus *in l. ſi ad patrem 10. de ſuis & legit.* quoniam nimirum ille eſt pater non manumiſſor, qui filium emãcipavit non contracta fiducia, & per hanc bonorum poſſeſſionem filio ſuccedit, cum ceſſante jure pa-

tronatus non poſſit ad legitimam filii hæreditatem, (quæ patrono L. XII. Tabul. defertur) admitti. Et eodem ſenſu dicitur pater manumiſſor cui ius vetus, (ſcil. patroni) ſit ſervatum *in l. 2. C. ad SC. Tertull.* Et iſtæ ſunt decem perſonæ, quæ in aliis terminis præferuntur fiſco *in l. 1. C. de ſecund. nupt.* Sed quæritur de ipſarum decem perſonarum hic enumeratorum ordine inter ſe, quem Iuſtinianus non videtur obſervaſſe, hoc loco: cum ex *d. l. 2.* poſt liberos demum & fratres pater manumiſſor vocetur. Nec dubium eſt liberorum cauſam omnino eſſe fratres præferuntur manumiſſori patri, ſcrupulo non caret. Et ut hoc addam ad ea quæ tractavi ſupra ad *pr. de ſervil. cognat. & § ſed noſtra. ſup. de ſucceſſ. libert.* Siquidem liberto inteſtato ſine liberis mortuo omnino ſuccedit patronus, ut traditur *in d. §. ſed noſtra.* non video quomodo frater præferatur patri manumiſſori, quem conſtat jus patroni in filio manumiſſo habere *tot. tit. ſi quis à par. §. ult. ſup. de leg. agn. ſucc. §. præterea C. ſup. quib. mod. ius pat. pot. ſolvitur.* Veniebat in mentem ideo ex L. XII. Tabb. omnino poſt ſuos hæredes vocatum patronum, quia libertus nec parentes nec agnatos habebat, & cognationis, quæ initium in ſervitute cepiſſet, nulla penitus habebatur ratio, & alias quoque cum ſolo iure cognationis citra agnationem ſuccedi ex XII. Tabulis non poſſet, utique nec emancipati fratres aut ſorores ex ratione L. XII. Tabb. fratri emancipato ſuccedere, aut patri manumiſſori præferri potuerint. Et ſi adeo nihil mutatum à Triboniano *in d. l. 2. C. ad Tertull.* &, ſi argumentum validum à contrario ſenſu inde poteſt deduci, fateri oportebat, habitam poſtea rationem cognationis, & Impp. quoque hac in re ſecutos jus prætorium fratres liberti ante patronum admiſiſſe. Cum enim in jure antiquo manumiſſoris ſe fundet *d. l. 2.* efficietur, ut poſtquam Iuſtinianus ſervilium cognationum in ſucceſſione voluit haberi rationem *d. pr. de ſervil. cognat.* hodie & juxta illud jus quivis frater liberti cuicunque patrono præferatur. & ita recte ſe habebit illorum opinio, qui excluſo patrono manumiſſi fratris, unum in alterius locum admitti defendunt, de quo *ad d. pr.* ſupra diximus. Verum poſito iſto iure, quo frater & ſoror præferuntur etiam patri manumiſſori, juxta *d. l. 2. C. ad SC. Tertull.* quid tandem neceſſe fuit fratrem & ſororem ſpeciali hac bonorum poſſeſſione vocari? Qui enim præferuntur naturali patri & habenti jus patroni, illi utique multo magis præferuntur extraneo manumiſſori. Rurſus quid neceſſe fuit vocare filios & filias, & omnino liberos, cum hi ex primo capite Edicti prætoris ante omnes vocentur, & ex L. quoque XII. Tabularum excludant patronum? Vix video huius rei rationem, niſi ſi forte prætor omnino proprias voluit eſſe & diſtinctas bonorum poſſeſſiones, circa bona & ſucceſſionem liberti, ſive proprie dicti, ſive etiam filii emancipati. Aut an dicimus pertinere hanc bonorum poſſeſſionem ad eos, qui propter capitis diminutionem amplius agnati & ſui non ſunt, veluti, ſi quis nepotem ex filio emancipaverit: qui cum ſit in aliena familia, (ubi ſcilicet pater in poteſtate retentus eſt) ex prioribus poſſeſſionibus non ſuccedet. (Et quo ad *l. 2. C. ad Tertull.* nondum mihi liquet, quomodo fratres præferantur patrono.) Et hinc apparet ratio cur iſta poſſeſſio tertio loco poſt agnatos propoſita fuerit. Ridiculus autem cum aliis eſt Myns. qui putant agi hic de perſonis iſtis decem, præferendis patri naturali, qui non contracta fiducia emancipavit, hic enim nec eſt nec dicitur manumiſſor, hæ autem perſonæ extraneo manumiſſori præferuntur. Sed nimis multa de hac re.

Sequitur quarta bonorum poſſeſſio, quæ defertur proximis cognatis, cuius conditio quæ ſit, ſatis ex iis quæ diximus *ſup. ad tit. de ſucceſſ. agnat.* intelligi poteſt.

Quæ autem ſit ea quæ quinto loco proponitur, † *tamquam ex familia*, ut vulgo legitur, ſatis eſt ob- 2
ſcurum: Et hoc modo quoque apud Theophil. extat. Ruſſardus tamen notat hic miram varietatem exemplarium: Hotoman. legit, *Tum qui ex familia*. Cuiacius, *Tum quis ex familia*, nam & ad eum modum locutus eſt prætor alibi in hac materia, ut docent *l. 1 & 4. unde legit. l. un. in fin. ut ex LL. l. ex illa 227. de verb. ſign.* Explicationes quoq; variant. Alciat. 1 *par.* l. 2. intelligit hac fuiſſe vocatos gentiles, ſed ipſe necdum quid inter gentem & familiam intereſſet, intellexiſſe videtur, ut non ſemel attigimus, gens una multas familias continebat: neque appellatione familiæ gentem veniſſe, unquam legimus: Ceteroquin facile conceſſerim, deficientibus his qui eiuſdem familiæ erant, gentiles, admiſſos fuiſſe & quidem ſub appellatione agnatorum, nec ratio eſt, cur hæc bonorum poſſeſſio ita fuerit appellata, ſi ad gentiles pertinuiſſet. Communior explicatio eſt, quod vocentur hac bonorum poſſeſſione agnati patroni, quod & Acc. pro-

probat. Et oſtendimus *ſup. de ſucc. lib.* etiam adgnatos patroni ad ſucceſſionem liberti admiſſos fuiſſe. Adeo cum in ſpecie parentibus & liberis patroni, itemque cognatis eius propoſuerit poſſeſſionem, non veroſimile eſt agnatos omiſſos fuiſſe. Et hac de cauſa Cujac. legiſſe videtur, *Tum quem ex familia.* neque enim verbum, *tamquam* quod improprietatem denotat, ſatis convenit. Qui nimio quadrat licet explices de agnatis patroni: quoniam patronus non eſt agnatus liberto: ſed jure agnati, & ita tamquam agnatus venit ad bonorum poſſeſſionem. Sed præterea repugnat ordo Edicti, nec enim credibile eſt, prius patroni agnatis, quam liberis bonorum poſſeſſionem fuiſſe propoſitam, quamvis, quidquid etiam videatur Hottomanno, dici poſſit, nec prætorem ipſum accuratum ordinem ſervaſſe: aut ſi ille maxime ſervarit, eum forte à Triboniano neglectum fuiſſe: cui nec obſervare eum neceſſe fuit, cum ei propoſitum eſſet, iſtas ad liberti bona pertinentes poſſeſſiones tollere: & non levis eſt Theophili autoritas, qui etiam patroni agnatos hoc bonorum poſſeſſione vocatos fuiſſe cenſet. Hottoman. refert ad familiam ipſius liberti, ita ut eius liberos & uxorem intelligat, argumento ſane levi ex *Vlp tit. ult. in pr.* ubi agitur de uxore liberti, quæ in manum convenerat. Et apparet ex illo ipſo loco, talem uxorem olim inter ſuos hæredes fuiſſe. Et hic poterat ſufficere generalis ſucceſſio, *Vnde vir & uxor* Siquidem ad libertum referre id licet, malim intelligere eos, qui quaſi agnati ſunt liberto. Veros enim agnatos libertus non habet, ſed utique habere poteſt, qui ipſi per maſculos ſunt conjuncti, quam improprietatem verbo *tamquam* prætor ſignificare voluiſſe videtur, quid enim ſi duo fratres manumiſſi fuerint. ex altero genitus filius, poterit venire ad ſucceſſionem quaſi patrui tamquam agnatus. Sed ſane iſtos inter cognatos (ſcilicet poſt manumiſſionem ſuſceptos & genitos) vocaſſe videtur prætor: ac me ea ſemper ratio movet, quod veroſimile non eſt, nullam agnatorum patroni factam mentionem. Et videtur prætor circa libertos tot ordines facere voluiſſe, quot circa ingenuos.

Ad hos pertinent tres ordines, ſuorum, legitimorum & cognatorum. Ita & tres ordines voluit facere eorum qui liberto proprio jure ſuccedunt, patronos ipſos cum liberis & parentibus, eorum agnatos & cognatos. Et cum diſtinctam bonorum poſſeſſionem propoſuerit patrono, quamvis hic etiam ex Edicto *unde legitimi* venire poſſet *l. 2. §. 1. unde legitimi*, quid ni ſeparatim quoque agnatos vocaverit, cum & cognatorum propriam fecerit mentionem. Sed non ſunt iſta tanti.

Neque vero placet, quod Hottoman. hic iſtam bonorum poſſeſſionem, quæ patrono & liberis competit, reſtringit ad caſum, quo liberi non naturales ſunt liberto; ſed adoptivi vel uxor materfam. quæ in manum convenerat quoniam ab his quidem patronus à L. XII. Tabb. excludebatur, ſed ex Edicto prætorio vocabatur in partem contra iſtos liberos §. 1. *ſup. de ſucceſſ. lib.* per enim abſurdum eſt, verba ſimpliciter loquentia, reſtringere ad caſum ſingularem. Et cum prætor ordines ſuccedendi faceret, laxius illos patere voluit, & etiam lis proprios eſſe, qui alias ex communi quodam ordine venire poterant. Sexta datur patrono, parentibus & liberis eius, ubi hoc ſaltem annotandum, comprehendi libertos tantum naturales, non etiam adoptivos, Quod expreſſum eſt Epitome conſtitutionis apud *Cuiac. 20. obſ. 34. in fin.* ex qua ea verba retulimus ſup. ad *§. ſed noſtra 3. de ſucceſſ. libert.* Septima bonorum poſſeſſio eſt conjugum, qui admittuntur ante fiſcum *l. 1. unde vir & uxor. l. un. C. eod.* Quod Hottoman. notat ad eas pertinere uxores, quæ matronæ dicebantur, non matresfam. & quæ per conventionem in manum non factæ erant uxores: Cæteroquin eas jure ſuorum hæredum admiſſas primo loco fuiſſe. Sed iſta quidem probantur ex antiquioribus autoribus: ætate autem Iuriſconſultorum noſtrorum obtinuiſſe, & id temporis conjuges invicem ſibi & ſuos hæredes ſucceſſiſſe, procul dubio falſiſſimum eſt, quod ad *Treutl. diſp. de nupt.* apertius & plenius oſtendi.

TEXTUS.

3. Sed eos quidem prætoria introduxit Iuriſdictio: à nobis tamen nihil incurioſum prætermiſſum eſt, ſed noſtris conſtitutionibus corrigentes, contra tabulas quidem & ſecundum tabulas bonorum poſſeſſiones admiſimus, utpote neceſſario conſtitutas: nec non ab inteſtato, Vnde liberi & unde legitimi, bonorũ poſſeſſiones, quæ autẽ quinto loco erat poſita in prætoris Edicto, *Vnde decem perſonæ,*

eam pio propoſito & compendioſo ſermone ſupervacuam oſtendimus. Cum enim præfata bonorum poſſeſſio decem perſonas præponebat extraneo manumiſſori, noſtra conſtitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eiſdemque manumiſſoribus contracta fiducia manumiſſionem facere dedit: ut ipſa manumiſſio eorum hoc in ſe habeat privilegium, & bonorũ poſſeſſio ſupradicta fiat ſupervacua. Sublata igitur prædicta quinta poſſeſſione bonorum, in gradum eius ſextam antea bonorum poſſeſſionem induximus, & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur.

Commentarius.

Mutatio juris veteris. Et initio iſtud quamvis leve hic notandum: Iuſtinianum, qui cap. præced. poſſeſſiones eas bonorum, quæ teſtamento facto competunt, computavit disjunctim, ab iis quæ ab inteſtato dantur, hoc §. utraſque conjunctim recenſere, ut quæ §. *præced.* tertia, ea hoc §. quinta vocetur, & ita porro in cæteris.

Ait Iuſtinian. ſe duas illas bonorum poſſeſſiones, quæ teſtamento facto competunt, contra tabulas & ſecundum tabb. conſervaſſe tanquam neceſſarias. Quod ad priorem attinet, ea ſuis præteritis nec olim neceſſaria fuit emancipatis a patre tantum (nam à matre præteritis olim data non fuit §. *ult. ſup. de exher. lib.*) neceſſaria olim fuit, hodie an neceſſaria ſit diſputatur, *poſt N.* 115. *cap.* 2. de quo dixi *ſup. ad pr. tit. de inoff. teſtam.* Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas olim neceſſaria non eſt, ut ipſe *in pr. h. t.* tradit. Nec iis qui legitime teſtamento valido ſcripti ſunt, neceſſaria eſſe poteſt, cũ poſſint iure civili adire hæreditatem. Quod ſi teſtamentum aliqua ſolemnitate civili deſtituatur, & ſaltem teſtium ſignis ſit ſignatum, diximus ſupra dari quidẽ ſecundum illud bonorum poſſeſſionem, ſed quæ fere ſit ſine re & effectu, cum teſtamento jure civili invalido proximi ab inteſtato facile evincant hæreditatem. Itaque neceſſariam hic Iuſtinianus pro utili dixiſſe videtur, aut intellexit neceſſariam ex hypotheſi, ſi quis intercedere, & remediis prætoriis veluti Interdicto: Quor. bonorum, uti velit: quæ non temere aliis quam bon. poſſeſſoribus accommodabat prætor.

Sequuntur duæ poſſeſſiones ab Inteſtato: *Unde liberi* & *unde legitimi* quas & ipſas, ut neceſſarias conſervat, ſed enim illa ſuis neceſſaria nec olim fuit, qui ipſo jure exiſtebant heredes: Emancipatis neceſſaria fuit: hodie non eſt poſt N. 118. ex qua ab inteſtato pariter emancipati, ut ſui ſuccedant, licet non perinde, ut ſui exiſtant hæredes, quomodo nec olim jure prætorio exiſtebant. Unde *legitimi* nec olim neceſſaria fuiſſe videtur: quippe cum agnati ex L. XII. Tab. venirent, & qui ex Senatuſconſultis aut conſtitutionibus jure agnatorum & ante proprie dictos agnatos vocabantur, ex illis ipſis Senatuſconſultis & conſtitutionibus ſuccedere poſſent: neque ullam perſonam ſupra retulit Iuſtin. cui prætor jus agnatorum dederit: Quod ſi quod SCrum aut qua alia Lex bonorum poſſeſſionem dare jubebat, his ſpecialis bonorum poſſeſſio propoſita erat, quæ ex LL. diceebatur, de qua *in §. ſeptima infra h. t.* nec bon. poſſeſſio *unde legitimi* neceſſaria erat. *l. 3. unde legit.*

Porro poſſeſſio bonorum *unde decem perſonæ* ſponte ſua ceſſavit, poſtquam ſublatum eſt jus extranei manumiſſoris: quod neceſſario ceſſavit, poſtquam emancipationes ex nova L. Iuſtiniani citra ullas ſolemnitates venditionum aut manumiſſionum fiunt: cum ita nec ullus talis manumiſſor fingi poſſit.

Itaque cum ad eam ipſam conſtitutionem, quæ *in l. pen. C. de emancip.* extat, hic ſe referat Iuſtin. parum ſubriliter ait, ſe dediſſe omnibus parentibus contracta fiducia manumiſſionem facere, nam non entis nullæ ſunt qualitates, & ceſſante vetere illo emancipandi modo non niſi ridicule de contracta fiducia, vel omiſſa tractari poteſt, ſuccedit igitur in numerum bonorum poſſeſſionum, ea quæ dicitur *unde cognati*, ut ait Iuſtin. *in verſ. ſublata.* Quæ nec ipſa hodie neceſſaria eſt poſt ſublatam per N. 118. agnationis prærogativam, & exæquata agnationum & cognationum jura, cum ex d. N. cognati vocentur æqualiter cum agnatis, qui & hodie cum ex eadem N. ſuccedant, tanto minus bon. poſſeſſio. *Unde legitim* neceſſaria eſſe poteſt.

Textus.

4. Cumque antea fuerat ſeptimo loco bonorum poſſeſſio, tamquam ex familiæ & octa-

ctava, unde patroni patronæque liberi & parentes eorum: utramque per conſtitutionem noſtram[l], quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cùm enim ad ſimilitudinem ingenuorum ſucceſsionis, libertinorum ſucceſsiones poſuerimus, quas uſque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut ſit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia: ſufficit eis tam contra tabulas poſſeſsio, quam *unde legitimi*, & *unde cognati*, ex quibus poſſunt ſua jura vindicare, omni ſcrupuloſitate & errore inextricabili iſtarum duarum bonorum poſſeſsionum reſoluta. Aliam vero bonorum poſſeſsionem, quæ, *unde vir & uxor* appellatur, & nono loco inter veteres poſſeſsiones bonorum poſita erat, & in ſuo vigore ſervavimus, & alteri loco, id eſt, ſexto eam poſuimus: decima quoque veteri bonorum poſſeſsione, quæ erat, unde cognati manumiſſoris, propter enumeratas, cauſas merito ſublata: ut ſex tantummodo bonorum poſſeſsiones ordinariæ permaneant, ſuo vigore pollentes.

COMMENTARIUS.

1. *Bon. poſſ. tamquam ex familia.*

ULterior mutatio veteris juris. Et tollit hic tres bon. poſſeſſiones, quæ patronis eorumque liberis, parentibus, quæ agnatis, & quæ cognatis patroni dabatur. Eruitur duplici ratione, cur iſtæ poſſeſſiones amplius neceſſariæ non ſint. Prima, quia conſtitutione ſua de patronatus jure ſatis definierit, quomodo libertis patroni ſuccedant. Altera eſt, quod libertinorum & ingenuorum ſucceſſiones fere exæquaverit. Quæ poſterior ratio ſi ad idem thema referas, de ſucceſſione patronorum in bona libertorum, nihil plane concludit: quoniam ingenui nullos habent patronos, ſed ea ratio ſi alicujus debet momenti eſſe referenda eſt ad ſucceſſionem libertorum inter ſe, qui ſcilicet ex eodem capite, *unde cognati*, poſſint petere bonorum poſſeſſionem, ex quo eam petunt ingenui. Ex quo mihi probabilis ſit ſententia quam ad §. præcedentem popoſui, quod bonorum poſſeſſio, quæ dicitur tamquam ex familia, pertineat ad familiam non patroni, ſed liberti; illa enim poſterior ratio hujus loci, cauſam reddit, cur bonorum poſſeſſio tamquam ex familia ſit ſublata. Urget quidem objectio, quam *præcedent.* §. propoſuimus, quod non conveniat, prætorem, qui parentibus, liberis & cognatis quoque propoſuit bonorum poſſeſſionem, nullam propoſuiſſe pr. agnatis ſed fortaſſe an reſpondere poſſit, iis ſuffeciſſe bonorum poſſeſſionem *unde legitimi.* argument. *leg.* 2. §. 1. *unde legit.* Et ideo liberis parentibuſque fuiſſe propoſitam, ut etiam patronis parentibus, etiam emâcipatis, (quibus etiam nominatim jus ſuccedendi liberto tribuit epitome conſtitutionis apud *Cujac. lib.* 20. *obſ.* 34. *in fin.*) etiam ex filia natis poſſet ſuccurrere prætor; qua occaſione ipſo quoque adiecit patronos, qui alias, *Unde legitim*, bonorum poſſeſſionem haud dubie petere potuerunt.

Et ſane non eſt de nihilo, quod movet Hottomann. non eſſe probabile, ut Iuſtinian. priori loco eam retulerit, quæ agnatis detur patroni, poſt demum eam quæ ipſis patronis; cum ex toto contextu ſatis pateat Iuſtinian. eum ordinem obſervaſſe, quem ipſe prætor tenuerat. Et tamen Iuſtinian. *ſupr. de ſucc. libert.* §. 3. *in fin.* ubi tantum tractat, quomodo patroni & ejus liberi cognative ſuccedant libertis, hac eadem utitur ratione; quod pene conſonantia fecerit jura ingenuorum & libertinorum. Cruces ubique ingeniis figit Iuſtinian. Et ita ratio mea ſuperior pro explicatione *tamquam ex familia*, nulla erat, ſed ea hic quoque erit ſententia Iuſtiniani, quod ita ſuccedant patroni libertinis ſicut alias ſucceditur ingenuis. Et id tamen mihi non ſapit, & forte nec mẽs fuit Iuſtiniani. Sed videamus cetera hujus textus. Ait.

Ad ſimilitudinem ingenuorum.] Cum mox relinquat hanc differentiam, ut libertinis tantum uſque ad quintum gradum ſuccedatur, repetenda huc eſt particula PENE quam poſuit in §. 3. *in fin. de ſucceſſ. lib.* ubi eam particulam ex hoc loco explicat Theophil. Addit duas alias differentias ad *d.* §. 3. Accurs. quod ubi ſucceditur libertinis, à pluribus patronorum liberis, fiat diviſio in ſtirpes; Item quod unius patroni filius excludat nepotem alterius patroni, de quo ibidem egimus. Sed ſunt illæ

illæ differentiæ parum ſubtiles, quoniam patronus ſuccedens liberto, venit tamquam agnatus, & liberi plurium patronorum ibidem, tamquam ex latere, non tamquam patri ſuo ſuccederent. Hodie ſi agamus de ſucceſſione, libertorum inter apertius eſt, quod ſuccedatur ad ſimilitudinem ingenuorum, poſt N 78. qua, ſalvo ſaltem jure patronatus liberti ingenuorum jure utuntur.

Sufficit eis tam contra tabulas.] Hoc itidem ad patronos pertinet; nam liberis præteritis à patre liberto, communi alias & ordinario jure datur jus dicendi nullum, neque de hac ſpecie ſuccedendi iſto loco agitur. Itaque ſignificat ſufficere patronis iſtam bonorum poſſeſſionem, (circa quam nihil quoque immutavit) de qua in §. 1. *&* 3. *ſup. de ſucc libertorum.* Sed an iſta bonorum poſſeſſio contra tabulas, etiam datur liberis, parentibus, & agnatis patroni? Probo ſententiam Fabri, eam agnatis non dari, ſed eos tantum ab inteſtato admitti; Liberis olim datam fuiſſe non dubito; an parentibus etiam competierit, ambigo. Sed decidit rem conſtitutio, cujus epitome eſt apud *Cujac.* 20.*obſ.*34.& ejus huc verba transſcribere libet: ubi de caſu liberti, qui teſtatus eſt non relicta tertia parte, καλοῦμεν (ait cōſtitutio) αὐτοὺς, ἵνα μόνον τὸ τρίτον τῆς τοῦ ἀπελευθέρου κληρονομίας μέρος δίμοιρον ὂν λαβεῖν, οὐ πάντες οἱ καλούμενοι πρὸς τὴν πατρωνικὴν κληρονομίαν, ἀλλὰ πάτρωνα καὶ πατρώνισσα, καὶ παῖδες αὐτῶν, καὶ ἔγγονοι καὶ ἀπόγονοι τούτων οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων, καὶ μόνοι, οἱ ἂν ποτε πέρα αὐτῶν κατιόντες ἢ ἐκ πλαγίου, οὐκ ἔχουσι τὴν ἐναντίωσιν τῆς διαθήκης, ἐξωτικῶν γεγραμμένων κληρονόμων ἐπὶ τῷ λαβεῖν τὸ τρίτον τῆς οὐσίας, id eſt. Vocamus eos (ſcilicet per bonorum poſſeſſionem contra tabulas) ut ſaltem tertiam partem (ante enim dimidia erat) liberti hæreditatis poſſint accipere, non tamen omnes (ſcilicet poſſint accipere,) qui vocantur ad patronalem hæreditatem (quæ ſcilicet defertur patronali jure,) ſed patronus & patrona, ſed eorum liberi, nepotes, & pronepotes, & qui uſque ad quintum gradum à patrono deſcendunt, qui igitur ulteriori gradu deſcendunt, vel à latere ſunt, non habent contradictionem teſtamenti (ſcilicet ut poſſint id impugnare per bonor. poſſeſ. contra tabb.) ſcriptis (à liberto) extraneis hæredibus, pro tertia illa parte capienda.

Unde cognati & unde legitimi.] Has ſane bon. poſſeſſiones videtur prætor tantum pro patrono ejuſque agnatis & cognatis propoſuiſſe, id eſt voluiſſe, ut hi ex ordinibus iſtis aliorum agnatorum & cognatorum admittantur. Cum tamen ex *pr. ſup. de ſer vil. cogn.* Iuſtin. etiam cognationem ſervilem admittat, & iis quoque, qui ſunt in ſervitute nati, jus ſuccedendi & parentibus & invicem concedat, conſequentia neceſſaria, & hi utique ex capite, *unde cognati*, erunt admittendi.

Omni ſcrupuloſitate.] Quæ fuerit iſta ſcrupuloſitas & inextricabilis error, a nemine video explicari. Neque enim ſatisfaciat, quod Hottoman. ſcribit, magnas probabiliter controverſias incidiſſe in partiendis bonis inter patronum, & hæredem extraneum, vel etiam ſuum, non naturalem filium. An enim.

Hic labor ille domus & inextricabilis error. Ubicunque quarta vel quæcunque portio detrahitur, ut plurimum lites oboriri contingit; & Iuſtinian. dimidiam partem in tertiam mutavit. In more eſt hoc Triboniano, ut veteri Iuriſprudentiæ contentiones, ambiguitates, & ſcrupuloſitates ſoleat obiicere. & in primis in *leg.* 1. *Cod. comm. de legat.* ubi vocat *inextricabiles circuitus*; & in *leg.* 3. §. 2. *eod. tit. tenebroſiſſimum errorem.* Scilicet ut extrudat merces ſuas. Mihi ſane non ita facilè perſuadet.

Suo vigore pellentes.] Quam exiguus iſtarum hodie ſit uſus ad *textum præcedentem* diximus. Notant tamē ſatis multos caſus, ſed fere ſingulares, Interpretes noſtri, quibus hodieque ſit neceſſaria bonorum poſſeſſio: quos videre eſt apud *Angel ad tit. ſupr. de exhared. lib. in princ. numer.* 7. *& Iaſon in addit. ad Porcium hic*, & in eo fere conveniunt, quod trium illarum poſſeſſionum, *unde liberi, unde legitimi. & unde cognati*, neceſſitas hodie ſit nulla, poſt differentias ſublatas *N.* 118. emancipationis, & poteſtatis patriæ, itemque agnatorum & cognatorum.

TEXTUS.

5\. Septima eas ſecuta, quam prætores optima ratione introduxerunt. Noviſſime enim promittitur edicto iis etiam poſſeſſio bonorum, quibus ut detur, Lege vel Senatuſconſulto vel conſtitutione comprehenſum eſt, quam neq; bon. poſſeſſionibus, quæ ab inteſtato veniunt, neq; iis quæ ex teſtamento ſunt, prætor ſtabili jure connumeravit, ſed quaſi ultimum & ex-

extraordinarium auxilium, (prout exigit res) accommodavit; ſcilicet iis, qui ex legibus, SCtis, conſtitutionibusve principum ex novo jure, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato veniunt.

Commentarius.

HActenus bonorum poſſeſſiones ordinariæ relatæ fuerunt, quæ certis perſonarum gradibus ſive ordinibus deferuntur, & inſtar hæreditatis Lege delatæ, agnoſcuntur. Aliæ ſunt extraordinariæ; quæ cauſa cognita dantur, & hæ vel determinatæ, velut quæ datur ventri *l. 1. de ventr. in poſſeſſ. mitt.* Itemque Carboniana, quæ datur impuberi filiæ, cui controverſia ſtatus movetur, dilata hac quæſtione in tempus pubertatis *leg. 1. & l. 1. de Carboniano edicto*, vel vagæ & indeterminatæ, quæ variis caſibus cauſa cognita & interpoſito ſpeciali decreto à prætore conceduntur; & hodie quoque neceſſariæ ſunt; qualis ſpecies eſt in *leg. ventre 84. de adquiren. hæredit.* Sub quod genus hæc quoque bonorum poſſeſſio referri poteſt, quæ dicitur ex Legibus, iis promiſſa, quibus bonorum poſſeſſionem dare jubet jus civile, ut docet *hic §.* & apertius *L. un. ut ex Legibus, &c.* quæ docet tunc illam bonorum poſſeſſionem habere locum, ubi ſpecies ad qua juris civilis non hæreditatem defert, ſed bonorum poſſeſſionem dare jubet; quod etiam docet *l. 3 unde legit.*

Neque movet quod cum Lex ſit ex ſe potens deferre hæreditatem, fruſtra videatur recurrere ad prætorem, & ei injungere, ut det poſſeſſionem bonorum; quoniam legi eſt liberum, quod velit, remedium eligere, & proponere; Et iſta bonorum poſſeſſio pertinet ad caſus ſingulares, in quibus neceſſaria fere eſt cognitio cauſæ, quam prætori Lex permittere; & ad eum voluit remittere. Neque adeo Lex poſſeſſionem bonorum dat (omnis enim bonorum poſſeſſio prætoria eſt,) ſed a prætore eam dari jubet, ubi & illud notandum, quod ut plurimũ hæc bonorum poſſeſſio incidit in aliquam ſpeciem ordinariæ bonorum poſſeſſionis; ſed ob proprias rationes opus eſt auxilio Legis & prætoris, citra quod alias auferret hæreditatem; veluti contingit in ſpecie *lex poſthumus 12. in pr. de iniuſt. teſtament.* ubi rupto ſummo jure teſtamento, ab inteſtato agnatus ſuccederet niſi juxta Hadriani conſtitutionem prætor bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ſcripto hæredi daret: cum alias illa quæ ex ſimplici edicto prætoris competit, ſine re eſſet futura.

Itaque non obſtat, quod Fab. movet, hanc bonorum poſſeſſionem eſſe ſeptimam; illam ſecundũ tabulas, ſecundam: eoque non poſſe concurrere. Et proinde nihil prohibeat exemplum quoque petere ex § *non tamen ſupr. quibus modis teſtament. infi m.* ut apparet ex *dd. textibus* eſt iſta generalis bonorum poſſeſſio non ad certam ſpeciem reſtricta, & quæ adeo omnibus ordinibus, ſingularibus caſibus poſſit accommodari. Exemplum ſingulare quoq; prodidit *Cuiacius 14. obſ. 11.*

Textus.

6\. Cum igitur plures ſpecies ſucceſſionum prætor introduxiſſet, eaſque per ordinem diſpoſuiſſet, & in unaquaque ſpecie ſucceſſionis ſæpe plures, gradu diſpari exſtent perſonæ: ne creditorum actiones differentur, ſed haberent quos convenirent, & ne facile in poſſeſſionem bonorũ defuncti mitterentur, & eo modo ſibi cõſulerent, ideo bonorum poſſeſſioni petendæ certum præfinivit tempus. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum poſſeſſione ſpatium anni, ceteris autem agnatis vel cognatis, centum dierũ dedit. Et, ſi intra hoc tempus aliquis bonorum poſſeſſionem non petierit, ejuſdem gradus perſonis adcreſcit, vel ſi nullus ſit, deinceps ceteris bonorum poſſeſſ. perinde ex edicto ſucceſſorio pollicetur, ac ſi is, qui præcedebat, ex eo numero nõ eſſet, ſi quis itaq; delatam ſibi bonorum poſſeſsionẽ repudiaverit, non quouſque tempus bonorum poſſeſsioni præfinitũ exceſſerit, expectatur, ſed ſtatim ceteri ex eodem edicto admittuntur. In petenda autem bonorum poſſeſsione, dies utiles ſinguli conſiderantur. Sed bene anteriores principes & huic cauſæ providerũt, ne quis pro petenda bonorũ poſſeſsione curet, ſed quocunque modo admittentis

eam

eam iudicium (intra ſtatuta tamen tempora) oſtenderit, plenum habeat earum beneficium.

Commentarius.

Connexa hæc tractatio eſt, de modo adquirẽdi bonorum poſſeſſionem, & intra quæ tempora; itaq; uno contextu iſta proponere viſum fuit.

Eaſque per ordinem diſpoſuiſſet.] Ut altera alteri eſſet ſubalterna, & ab una ad alteram tranſiretur. Primo enim vocantur ſui, poſt agnati, mox cognati, quæ eſt ſucceſſio de ordine in ordinem, quas ſpecies ſucceſſionis hic vocat Iuſtinian. Eſt alia in eodem ordine de gradu in gradum: quæ jure civili locum non habebat, ut dictum in §. *placebat, 7. ſupra de legitima agnatorum ſucceſſione.* Sed prætor ei locum fecit, & ei fini præcipue ſucceſſorium edictum introduxit *leg. 1. & t. t. de ſucceſſione Edict.* quod ſignificat Iuſtinian. hoc §. dum ait, in una ſpecie ſucceſſionis, veluti agnatorum & cognatorum, ſæpe extare gradu diſpares perſonas; ita ut priori gradu deficiente ſequens admittatur. Et hac ipſa gratia certum tempus petendæ bonorum poſſeſſioni definitum eſt ut ſciri poſſet, quando finito jure prioris, gradus ſecundus eam petere poſſet, & nullo petente tandem ſequens ordo, aut fiſcus admitteretur. Sed & alia ratio additur hoc §. *& in l. 1. in princ. de ſucceſſ. edict.* Nimirum ſicut in debitore vivo latitante jus eſt, ut niſi ab alio defendatur, mittantur creditores in poſſeſſionem bonorum, & porro bona diſtrahantur; ita & mortuo debitore, ſi nemo ſit, qui actiones excipiat, & reſpondeat creditoribus, jure hi petunt immitti in bona.

Quod adeo cum ignominioſum eſſet, ne facile permittere cogeretur prætor, certum tempus conſtituit, intra quod petenda eſſet bonorum poſſeſſio, & quod citra injuriam cogantur expectare creditores. Ex quibus apparet, triplex commodum in hac temporis definitione ſpectari, ipſius teſtatoris, ut ne ob moram bonorum poſſeſſoris in bona ipſius immittantur creditores: ſequentium graduum, ut ſciant an jus bonorum poſſeſſionis ad ipſos devolutum ſit: & creditorum denique, ne eorum actiones diutius differantur.

Liberis & parentibus.] His anni ſpatium datum eſt, ceteris, agnatis cognatiſque, centum dierum. Ratio diverſitatis eſt in *leg. 1. §. Largius 12. de ſucceſſione edict.* quod illi non ſint arctandi, nec tam facile excludendi, qui tamquam ad bona propria veniunt. Quæ ratio cum in liberis magis proprie vera ſit quam in parentibus, per ea quæ ſupr. ad §. 1. *de inoffic. teſtament.* diximus, ex ea laxius tempus liberis quam parentibus erat tribuendum. Plane nullus eſt ordo proprius ex quo vocentur ad bonorum poſſeſſionem parentes, uti eſt liberorum agnatorum & cognatorum: itaq; quod hic de parentibus dicitur, locum habet, ſi v. c. pater bonorum poſſeſſionem contra emancipati filij tabulas petat *d. l. 1. §. penult. de ſucceſſ. edict.* item ſi mater cui ex Tertull. SCto defertur hæreditas, petat bonorum poſſeſſionem ex capite, *unde legitimi*, juxta *l. 3. unde legit.*

Et ſi intra hoc tempus] Ius adcreſcendi habet locum in ſucceſſione teſtamentaria, & ab inteſtato, §. *ultim. ſupr. de SC. Orfit.* itemque in ſucceſſione civili & prætoria; ut hic locus oſtendit; ſi nimirum ex eodem gradu perſona aliqua defecerit; id eſt mortua ſit, vel repudiaverit: quæ repudiatio hic eſt vel expreſſa, vel tacita, veluti ſi quis intra tempus præfinitum bonorum poſſeſſionem non petierit h. §. eoſque omnes caſus complexus eſt Iuriſconſultus in *l. 4. de bonorum poſſeſſ.* Sed an ita accreſcit vel accedit, ut illa pars quæ defecit, ſit de novo petenda à prætore an ut citra novam petitionem accedat? Et poſterius magis probo exemplo juris accreſcendi, quod in ſucceſſione civili obtinet, ut pars vacans neceſſario accedat portioni occupatæ, idque etiam confirmat *lex 3. §. ultim. cum 2. ll. ſeqq. h. t.* ubi & in *dict. leg. 5.* dicitur, ei qui admiſit, accreſcere portiones quæ ceteris competerent, ſi petiiſſent bonorum poſſeſſionem.

Deinceps ceteris.] Hoc jam diximus, per edictum ſucceſſorium deferri bonorum poſſeſſionem ſequenti gradui, quam præcedens non admiſit; & quidem ita juxta hunc textum, ac ſi præcedens gradus in eo ordine non fuiſſet: quod ideo mihi videtur ita receptum, ut removeretur ratio, qua ex Lege 12. tabularum ſucceſſioni locus eſſe negatur, juxta not. ad §. *placebat ſupr. de legit. agnatorum ſucceſſione* quod proximo deferatur hæreditas, in quo cum ſpectandum ſit tempus mortis defuncti, utiq; proximus non eſt ſequens gradus. Itaq; prætor cum edictum ſucceſſoriũ introduceret, hoc colore uſus eſt, ac ſi numquã priori gradui, ſed recta ſequenti bonorum poſſeſſio fuiſſet delata.

Si quis

Si quis itaque.] Repudiata bonorum poſſeſſione per eos, qui gradu præcedenti ſunt, exinde ſequenti gradui locus fit. Quod duplici cauſa admonetur, 1. ut intelligamus, eum qui ſemel repudiavit, amplius ad bonorum poſſeſſionem non admitti *leg.* 1. §. *qui ſemel* 6. *de ſucceſſorio edicto*, niſi quis (quod commune eſt jus,) beneficio ætatis reſtituatur, quod præcipue ad hanc rem pertinet, ut ſciamus repudiante agnato intra tempus præfinitum, & verbi cauſa, poſt quinquaginta dies, ſtatim intelligamus currere tempus & centum dies ſequenti gradui, non vero demum poſt elapſos inſuper alios quinquaginta dies. Itaque ſi à repudiatione prioris gradus exceſſerint centum dies, jam ſecundus quoque gradus excluſus eſt, priori enim repudiante jam ſtatim cepit ad ſequentem pertinere poſſeſſio, *dict. leg.* 1. §. 6 *de edict. ſucceſſorio*.

In petenda.] Alibi tractatur, tempus in jure noſtrum aliud eſſe continuum, aliud utile. Utile tempus quid ſit ex duabus qualitatibus dignoſcitur, ut quis ſciat aliquod jus ſibi competere, & ut illud jus exercere poſſit. Id ſignificat vetus ratio inſtituendi ſub formula cretionis, de qua diximus ſupra §. *ultim. de hæredum qualitat. Intra centum dies, quibus ſcieris, poteris ve.* Itaque tempus utile non currit, nec computatur ignoranti, nec agere non valenti. Et hinc illi centum dies demum currunt & computantur, ex quo quis ſcivit bonorum poſſeſſionem ſibi delatam, & rurſus ex quo quis ſcivit, inter eos dies non computantur, quibus vel quominus peteret neceſſaria cauſa impeditus fuit, vel eo quod prætor copiam ſui non faciebat, bonorum poſſeſſionem non poterat petere *l.* 2. *& ultim. quis ord. in bonorum poſſeſſione* Ex quo intelligitur aliud hic juris eſſe in bonorum poſſeſſionibus ordinariis, de quibus *h. t.* agitur, quæ certis perſonarum generibus deferuntur; aliud in extraordinariis, quæ accuratiorem cauſæ cognitionem & decretum deſiderant Illæ nimirum dicebantur admitti, *d. l.* 2. *quis ordo in bonor. poſſeſſ. l.* 1. §. *quibus* 10. *&* §. *Largius* 12. *de ſucc. edict.* quod in cujuſuis libero arbitrio poſitum erat, nec prætor eas ſi quis agnatum, aut cognatum ſe probaſſet, poterat denegare: Itaque etiam prætore non ſedente pro tribunali, ſed de plano peti & agnoſci poterant. Hæ autem pro tribunali cognita cauſa interpoſito decreto impetrabantur, *l.* 2. § 1. *&* 2. *quis ord. in bonor. poſſ.* Ex quo iſtud conſequitur, ut plures eſſent utiles dies petendæ bon. poſſeſſioni ordinariæ, quam extradinariæ; quod illæ etiam extra tribunal ubicunque copiam ſui faciente prætore poterant peti & admitti.

Sed bene anteriores principes.] Non ita longe ante Iuſtinianum, non autem qui temporibus JCtorum noſtrorum vixerunt. Autor ejus juris perhibetur Conſtantinus, in *l. ultim. Cod. qui admitti, &c.* Hoc autem quod iſto loco dicitur, non ita accipiendum eſt, quaſi ſufficiat ſimplex declaratio voluntatis, privatim aut coram teſtibus facta; ita enim nihil differret ab aditione hæreditatis; Sed quod non neceſſum ſit uti certa petendi formula, nec omnino prætorem adire neceſſe ſit, ſed ſatis ſit ſimplici conteſtatione & voluntatis declaratione, apud magiſtratum muncipalem quoque bonorum poſſeſſionem agnoviſſe; ut apparet ex *dict. leg. ultim. Codic. qui admitti*: ubi in princ. iſtis verbis, ut *verborum inanium excludimus captiones,* excluditur ſolemnis formula petendi; & mox, *apud duumviros quoque teſtationem amplectenda hæreditatis* (id eſt bonorum poſſeſſionis) interponi poſſe ſubiicitur. Quod ſcilicet ita locum habet, in ordinariis bonorum poſſeſſionibus, quæ regulariter decretum non requirunt, & perinde adquiruntur, ut hæreditas quæ ab inteſtato certis perſonis defertur, cum nec hic tertio fiat præjudicium; ſed ſi forte ſe proximiorem oſtendere poſſit, jus ipſius integrum maneat. Ceteroquin in extraordinariis bonorum poſſeſſionibus, ſed &, ſi aliquando ob contradictionem alterius cauſa cognita & decreto ſit opus *l* 3. §. *pen. h. t.* utique prætore & decreto opus erit, neque tum nuda conteſtatio apud magiſtratum quemvis interpoſita ſufficiet.

Sed quocunque modo.] Laborat conſtructio, nec cohærent, *admittentis, oſtenderit*, Cujac. monet legendum, *ſed quocunque modo admittendi eam indicium oſtenderit*: nec multum aliter Ruſſardus, *ſi admittendi indicium.*

Plenum habeat earum.] Ruſſardus Cui. Hottom. legunt, *eorum*, ut referatur ad anteriores principes: ſed poſſit dici Tribonianum non bonum Latinitatis autorem, mutaſſe numerum, & intellexiſſe bonorum poſſeſſionum plenum beneficium; etiamſi ut olim pro iis petendis non curaverit, ut paulo ante locutus eſt.

Ad Titulum XI. Libri Tertii Inſtitutionum,

De Adquiſitione per Adrogationem.

TEXTUS.

Eſt & alterius generis per univerſitatem ſucceſſio: quæ neque Lege 12. tabularum, neque prætoris edicto, ſed eo jure, quod conſenſu receptum eſt, introducta eſt. Ecce enim cum paterfamilias ſe in adrogationem dat, res omnes ejus, corporales & incorporales, quæque ei debitæ ſunt, antea quidem adrogatori pleno jure adquirebantur: exceptis iis, quæ per capitis diminutionem pereunt; quales ſunt operarum obligationes, & jus agnationis: uſus etenim & uſusfructus, licet his antea connumerabantur, attamen minima capitis diminutione, eas noſtra conſtitutio tolli prohibuit. Nunc autem nos eandem adquiſitionem, quæ fiebat per adrogationem, coarctavimus ad naturalium parentum ſimilitudinem. Nihil enim aliud niſi tantummodo uſusfructus, tam naturalibus parentibus, quam adoptivis per filiosfamiliarum adquiritur in iis rebus, quæ filiis extrinſecus obveniunt, dominio eis integro ſervato.

Commentarius.

In univerſum modi adquirendi, vel ſunt particulares vel univerſales. Et per univerſitatem acquirimus, vel bona defuncti cui ſuccedimus, de quo hactenus actum eſt; vel etiam viventis, ex certis & propriis rationibus. Cujuſmodi species acquiſitionis hic proponitur, per adrogationem; quæ aliquanto minus proprie hic in *princip.* ſucceſſio appellari videtur. Dependet iſtud à jure patriæ poteſtatis, cui qui ſubjectus eſt, nihil omnino proprij habere poteſt, ſed omnia patris ſunt; ut neceſſum ſit, eo ipſo puncto, quo quis deducitur per arrogationem in alienam poteſtatem, omnia quæcunque habet adrogatori adquiri, *fac. l. ſi paterfam. 15. de adopt. l. penultim. §. 2. in princ. de bonorum poſſeſſion ſec. tab* & hic text. *verſ. ecce.* ita ut & poſſeſſio adroganti adquiratur *leg. ſi adoptavero 16 de precar.* Sive illam adquirat per filium, tamquam ipſius nomine nunc poſſidentem (qua in re diverſum eſt in hærede) ſive ipſius apprehenſione ſit opus, ut diſputat Faber hic. Hoc ait hic in prin. Iuſtinian. non fieri Lege 12. tabularum nec ex edicto prætoris, ſed eo jure, quod conſenſu receptum eſt. At enim poteſtatem patriam Romuli Lege introductam, & in Leg. 12. tabularum repetitam fuiſſe ſupra *lib. 1. de pat. pot.* probavimus, & ibidem tamen addidimus quomodo intelligendum ſit, quod dicitur in *leg. 8. de his, qui ſunt ſui jur.* patriam poteſtatem moribus receptam eſſe, nec aliud hic videtur ſentire Iuſtinian. nam conſuetudo & mores dicuntur jus utentium conſenſu comprobatum *§. fine 9. ſupr. de iure naturali.* An intelligimus jus adoptandi & adrogandi moribus introductum eſſe? Lege quidem curiata interveniente fiebat adrogatio; ſed ipſum jus adoptandi certa Lege introductum eſſe non memini me legiſſe.

Quæque ei debita ſunt.] Itaque etiam actiones & obligationes tranſeunt; ſiquidem filiusfam. agere regulariter non poteſt, & tranſeunt citra ullam ceſſionem, quæ alias in incorporalibus & actionibus neceſſaria eſt; quoniam eſt adquiſitio per univerſitatem ad inſtar ſucceſſionis. An autem viciſſim paſſione teneatur adrogator, dicemus ad textum ſequent.

Exceptis, quæ per capitis dimin.] De hac diximus ſupra *de capit. dim. & ad § ſecundum 2. ſup. de SC. Orphit.* per capitis diminutionem minimam quoque tolli jus agnationis. Adrogatus autem capite minuitur. Et igitur quæ à jure agnationis pendent, ea non poſſunt tranſire in adrogatorem. Sed videtur præter jus agnationis aliud genus ponere Iuſtinian. eorum quæ pereunt capit. diminutione. Attenim, quales ſunt operarum obligationes, & jus agnationis; Ceteroquin ſatis habuiſſet ſolum hoc exprimere. Et ſane cur adrogatus amittat operas quas ipſi libert᷒ debet, nõ ita in proclivi ratio eſſe videtur; cum hac ratione non adimatur nec pereat jus ſuccedendi liberti *leg. ſi libertus in princip. l. patroni 39. de bon. lib.* Et cur igitur patro-

patronus quamvis adrogatus non poſſit exigere operas, aut cur hæ pereant potius quam jus ſuccedendi? neque enim aliæ operæ hic intelligi videntur poſſe, quam quas libertus debet patrono, qui ſe adrogandum dedit. An forte hæc ſpecialis ratio eſt, quod ſint mere perſonales? Atquin iſtud eo pertineret, ut non tranſirent in patrem adrogatorē, (quomodo nec in dominum tranſit, ſi quid perſonale ſtipulatus ſit ſervus §. 2. *infra de ſtipulation. ſerv.*) non autem ut plane perirent? ſicut nec ſecuta capitis diminutio facit, quo minus patrono reverentiam libertus exhibere cogatur, argument. *l. ſed ſi* 10. §. 2 *de in ius voc.* Hotromanus ait, per emancipationē quidem ipſo jure videri jus patroni extinctum eſſe, ſed tamen jus ſucceſſionis ex æquo & bono fuiſſe conſervatum. Verum cur non & conſervatæ fuerunt operarū obligationes? Deinde emancipatus deducebatur in imaginariam ſervitutem: hic autem de adrogato quæritur, qui Lege lata curiata ad populum, citra ullas manumiſſiones & venditiones, (quod ego quidem ſciam) in poteſtatem & familiam alienam tranſibat. Accedit quod operæ tranſeunt in hæredes patroni liberos, etiamſi ſint in adoptionem dati *l. ut iuris l.* 7. §. *penult. de oper. libert.*

Apparet plane hoc de operis non artificialibus, ſed officialibus intelligi, quod Hottomann. Cui. Weſembec. notant, ſiquidem artificiales etiam alteri quam patrono præſtari poſſunt, non itidem officiales *l. opera* 9. *de op. lib* adeo eadem hic ratio, videlicet quod alij non debentur, quam patrono, quæ in uſu & uſufructu, quos olim quoque minima capitis diminutione periiſſe refert Iuſtinian. hic & in *l. corruptionem Cod. de uſufruct.* & probatur ex *l.* 1 *quibus modis uſuſfr am.* (quem locum apparet ad cap. diminutionem maximam, aut mediam reſtringi non poſſe) & diſerte Paulus ſcribit 3. *ſent. de uſufruct. §. capitis.* Itaque ſtatuendum eſt, adrogatione facta, quæcunque fuerunt apud adrogandum, aut tranſiviſſe in patrem adrogatorem, aut ſi tranſire non potuerint, hoc ipſo fuiſſe extincta. Tranſire autem non potuit uſusfructus, quoniam ita novus uſufructuarius ſubſtitutus fuiſſet cum injuria proprietarii, (aliam autem rationem ſecutus eſt *Iuſtin. in l. ult C. de uſufr.*) & pariter propter perſonalitatem cum operæ non poſſent tranſire in patrem adrogatorem ob hoc plane deberi deſierunt? Itaque textus ſupra citati referendi erunt ad operas artificiales; aut dicendum erit, facilius eſſe ut filiofamil. jam conſtituto, & per eum patri aliquid adquiratur ab initio; quam ut quod in alicujus perſona jam conſtitutum eſt, eo poſt ſeſe ultro in alienam familiam dante, durare & ſubſiſtere poſſit. At enim ſi adrogatus ſocius ſit, nec contractus finitur, nec tranſit in adrogatorem *l. actione* 65 §. *ſocietas* 11. *pro ſocio*; Nec enim contractus, qui facti & juris gentium eſt, poteſt extingui per adrogationem: & ſpecialis ratio eſt cur in adrogatorem non tranſeat, cum nec tranſeat in hæredem: ne invitus quis ſocium habere, aut ſocius fieri cogatur alteri.

Nunc autem nos.] Nulla alia ratio fuit, ob quam adrogator omnia bona filij adquirebat, quam quia jus hoc erat patris in filium ex nuptiis ſuſceptum. Ita enim verba L. curiatæ habebant, ut eodem jure filius eſſet adrogantis, ac ſi ex ipſo & matrefamilias ejus natus eſſet: Conſequenter cum per conſtitutiones recentiorum Imperatorum, & cum primis Iuſtiniani, pater naturalis in adventitiis tantum habe[illegible]ſumfructum, ratio non patitur, ut plus trib[illegible] patri adrogatori.

TEXTUS

1. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertranſit: niſi ſuperſint aliæ perſonæ, quæ ex conſtitutione noſtra patrem in iis, quæ adquiri non poſſunt, antecedant.

COMMENTARIUS.

HOc inter jura patris non poſtremum erat, ut filij defuncti bona omnia adquireret & quæ etiam non adquirebat per filium veluti caſtrenſia & quaſi, ea tamen filio inteſtato mortuo jure peculij occuparet, ut diximus *ſup lib.* 2. *tit.* 9. Neq; enim eo jure filiusf. hæredem in quibuſcunque bonis ab inteſtato habere poterat. Poſt id ius mutatum, & quædam perſonæ patribus prælatæ, ſi filiusfamil. etiam inteſtatus deceſſiſſet; hoc enim ipſo neceſſario effectum eſt, ut filiusf. haberet hæredem: Ceteroquin ſemper potiori jure pater fuiſſet. Et jam ante Iuſtinianum quoque fratres defuncti prælatos patri utique in proprietate apparet ex *pr. ſupr. quib. non eſt perm. fac. teſtam. verſ. ſi vero.* Iuſtin. hic certius jus conſtituit *N.* 118. *cap.* 2. ex qua tamen non niſi liberi præferuntur avo: frater autem utrinque

 defun-

defuncto conjuncti cum patentibus concurrunt: hic provocat ad conſtitutionem ſuam, ex qua quædam perſonæ antecedant patrem, & intelligi *l. ult. C. comm de ſucceſſ.* ex qualibeti & frattes feruntur. Acc. putat. Alij ut Hottom. & Bart. Græcam conſtitutionem deperditam intelligunt.

In iis quæ adquiri non poſſunt.] Intelligit nimirum adventitia, de quibus & loquitur *in d. l. ult.* & quæ *in §. 2. ſup. per quas perſ. adq.* appellat, adquiſitionem effugientia, & quæ omnino ad perſonas *d. l. ult.* & hodie *N.* 118. deſignatas perveniunt, utpote de quibus filius teſtari non poſſit: Cæteroquin, ſi teſtatus de caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus filius nõ fuerit, ad eundem modum & iiſdem perſonis hæc bona ab inteſtato deferentur.

TEXTUS

2. Sed ex diverſo pro eo quod is debuit, qui ſe in adoptionem dedit, ipſo quidem jure adrogator non tenetur, ſed nomine filij convenitur: & ſi noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes magiſtratus noſtros, bona, quæ ejus cum uſufructu futura fuiſſent, ſi ſe alieno juri non ſubjeciſſet, poſſidere & legitimo modo ea diſponere.

COMMENTARIUS.

1 *An adrogator teneatur de anteгeſto.*
2 *An adrogator teneatur utilibus actionibus, ex contractu adrogati.*

ACtiones omnes per filium adrogatum & quæ ipſi ante competebant, adquirit pater adrogator *§. 1. h. t.* ſed non itidem ipſe ſuo nomine tenetur creditoribus, neque hic ob adrogationem factam obligatur. In quo hæc adquiſitio aperte differt ab adquiſitione hæreditatis, quæ facit, ut directæ quoque actiones in hæredem dentur: Scilicet totum hoc dependet à jure patriæ poteſtatis. Pater omnia per filium adquirit, etiam actiones: ſed viciſſim contrahendo filius patrem obligare non poteſt, niſi de peculio ſibi pater peculium filio conceſſit, & hoc ipſo jus contrahendi filio permiſit *arg. l. 1. §. 5. de adquiren. poſſ.* Itaque Hottoman. & Pacius hic pro limitatione notant, quod pater adrogator teneatur de peculio. Equidem adrogatus cum ſui juris fuerit, non potuit habuiſſe peculium: itaque oportet fingere ipſi peculium à patre adrogatore conceſſum. Ubi quæritur an etiam ex antegeſto antequam ſe adrogandum filius daret, de peculio conveniri poſſit pater. Quod ut negandum ſit facit ſumma ratio juris *ex d. l. 1. §. 5.* qui hanc reddit rationem actionis peculij, quod qui cõcedit peculium ſimul conceſſerit facultatem contrahendi: quæ ratio utique hic ceſſat. Accedit, quod qui tenetur de peculio, tenetur omnino defendere, aut patitur miſſionem in ſua ipſius bona *l. Fulcinius 7. §. ſi quis 15. quib ex cauſ. in poſſ. eunt. l. ſumma 21. §. fin. de pecul.* Ad id autem non tenetur adrogator ob antegeſtum ſed ad ſummum tenetur permittere creditoribus bona filij arrogati *h. textum in fin.* Atque ita accipienda eſt *l. in adrog. 42. de pecul.* quod adrogator teneatur de peculio ex contractibus poſt ſecutis, conceſſo peculio: & quod probetur ſententia Caſſij & Sabini, qui negant, ex antegeſto actionem de peculio habere locum.

Nomine filij convenitur.] Omnia quidem bona adquiruntur adrogatori. Sed ratio aperriſſima ſuadet, ut adquirantur ſalvo jure tertij, ne per factum alterius alteri iniqua conditio inferatur. Nimis autem † iniquum eſſet, ut creditores ob ſecutam adro- 2
gationem amittant actiones ſuas. Etiam qui contraxit cum eſſet filiusfam. tenetur creditoribus, & conveniri poteſt *l. filiusf. 39. de ob. & act.* Sed eſt ea fere actio ſine effectu, cum filius bona non habeat. Sed cum hic tempore contractus habuerit bona, plus juris habent creditores, & nimirum in bonis quæ filius tempore contractus habuit, & ita pater convenitur, ut ſi non ſatisfiat ipſis, miſſionem in bona ea petere & impetrare creditores poſſint. Eaque ſententia eſt, cujus quod hic dicitur, adrogatorem conveniri nomine filij. Etenim recta adrogator conveniri non poteſt: ſed actio in adrogatum dirigetur, quem aut defendere cogitur pater, aut, ut dixi creditores in bona mittentur *h. textu.* At numquid per damnationem capitis pereunt actiones? *l. 2. in princ. & §. pen. d. cap. min.* Id quidem in emancipatione ob imaginariam ſervitutem, *l. 3 de capite min.* apertius eſt, ſed idem eſſe videtur in adrogatione, propterea quod ipſo jure omnia bona alteri adquiruntur, & *in d. l. 2.* fit ſimpliciter mentio capitis diminutionis minimæ, & nominatim adrogationis *in §. pen. ibid.* ſed utut ita ſit, prætoris edicto reſtituuntur actiones, & ita datur judicium, ac ſi nulla capitis diminutio interceſſiſſet *d. l. 2. §.*

1. quod

Digitized by Google

quod huic loco addendum eſt. Hic autem obiiciunt Interpp. quod cum & fiſcus ad quem bona perveniunt, itemque is cui libertatis cauſa bona addicta ſunt, creditoribus hæreditariis teneantur, utique utilibus actionibus *l. 3. de fideicomm. lib.* mirum videri quod non teneatur pater arrogator, qui bona tenet. Et Ioh. Faber quem ſequitur Ang. putat, quod imo etiam de jure, proprio nomine utilibus actionibus teneatur arrogator, ſed liberetur ex æquitate, ſi demittat bona & ea creditoribus permittat, ſed falſa eſt ſententia, & ſatis perſpicua differentia inter fiſcum eumve de quo *tit ſeq.* & patrem adrogatorem.

Illi ſubeunt locum hæredum ſive bonorum poſſeſſorum *l. 4. §. is autem 21. de fidei commiſſ. lib.* quod ſecus eſt in patre adrogatore; qui nullo modo repræſentat hæredem, ſed jure patriæ poteſtatis bona conſequitur: cum & ipſe ſuperſtes ſit debitor, in quem actiones competunt.

Quæ eius cum uſufructu.] Quia ut in §. 2. dicitur, proprietas poſt adrogationem integra manet adrogato.

Legitimo iure eu diſponere.] De qua re *in tit. quib. ex cauſ. in poſſ. & de reb aut iud. poſſid. & de curat. bon.*

AD TITULUM XII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE EO CUI LIBERTATIS *cauſa bona addicuntur.*

TEXTUS.

Acceſſit novus caſus ſucceſſionis ex conſtitutione Divi Marci. Nam ſi ii qui libertatem acceperunt à domino in teſtamento; ex quo non aditur hæreditas, velint ſibi bona addici, libertatum conſervandarum cauſa, audiuntur. Et ita Divi Marci reſcripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba reſcripti ita ſe habent. Si Virginio Valenti, qui libertatem teſtamento ſuo quibuſdam adſcripſit, nemine ſucceſſore ab inteſtato exiſtente, in ea cauſa bona eius eſſe cœperunt, ut venire debeant, is cuius notio eſt ea de re, aditus rationem habebit deſiderii tui, ut libertatum tam earum, quæ directo, quam earum, quæ per ſpeciem fideicommiſſi ſunt relictæ, tuendarum gratia addicantur tibi, ſi idonee creditoribus caveris de ſolido, quod cuique debetur ſolvendo. Et ii quidem quibus directa libertas data eſt, perinde liberi erunt, ac ſi hæreditas adita eſſet: hi autem quos hæres manumittere rogatus eſt, libertatem à te conſequentur: Ita autem ut ſi non alia conditione tibi velis bona addici, quam ut ii etiam, qui acceperunt libertatem directo, tui liberti fiant: nam huic etiam voluntati tuæ, ſi ii qui quorum de ſtatu agitur conſentiant, noſtram autoritatem accommodamus. Et ne reſcriptionis huius noſtræ emolumentum alia ratione irritum fiat, ſi fiſcus bona agnoſcere voluerit, & ii qui rebus noſtris attendunt, ſciant, commodo pecuniariæ præferendam eſſe libertatis cauſam, & ita bona cogenda, ut libertas eis ſalva ſit, qui eam adipiſci potuerunt, ac ſi hæreditas ex teſtamento adita eſſet.

COMMENTARIUS.

Hic cui libertatum conſervandarum cauſa bona addicuntur, uti in defuncti locum ſuccedit. Sed quia nec voluntate ultima, nec Edicto prætoris, aut alia Lege ad hæreditatem vocatur, nec hæres civilis nec prætorius eſt, & quia tamen, ut dixi defuncti in locum ſuccedit, & in eum non ſecus ac in hæredem prætorium actiones utiles dantur *l. 3. de fideicomm. libert.* ideo bonorum poſſeſſoris loco eſſe dicitur *l. 4. §. is autem 21. eod. tit.* in hoc à patre adrogatore omnino diverſis.

Hæc porro ſucceſſio fit ex autoritate reſcripti D. Marci, *h. textu l. 2. de fideicomm. lib. l. ſi hæredit as 6. & l. ult. C. de manum. teſtam.* cui cauſam dedit favor libertatis, ut eſt *in fin. huius tex. & in §. pen. in pr.* itaque novus modus dicitur *h. t. in pr.*

Si qui libertatem acceperunt.] Et ad horum implorationem fortaſſe primum reſcriptum emanavit Imp. Marci: poteſt enim quod hic refertur, ad ipſum manumiſſum ſcriptum fuiſſe: ſed poſt etiam ad extraneos quoſcunque productum *d. l. 6. in fin. & d. l. ult. in princip. Cod. de teſtam. manum.* Et poteſt teſtator ſervo directo manumiſſo hoc nomen impoſuiſſe (Pompilii Rufi) quod inſcriptio præfert huius reſcripti: ſolebant enim manumiſſis nomina patronorum imponi. Ita in *l. quaro 32. §. 2 de teſtamentor.* ſervus vocatur Lucius Eros, ſed nihil affirmo: nam neutrum horum Pompilii, aut Rufi, convenit ſervo. Conſtat ſane ex *dd. locis & l. 2. de fideicomm. lib.* ipſos quoque ſervos hoc petere potuiſſe. Plane Theophil. quoque Pompilium iſtum Rufum ponit fuiſſe unum ex manumiſſis. Sed an oportet directam libertatem eſſe relictam? Ita ſane rationis videatur: quoniam hæ libertates recta valeant: & addictis bonis perinde habetur ac ſi hæreditas adita fuiſſet *in fine huius textus*: fideicommiſſaria autem libertas facto alterius indiget.

Et ut forte dubitari olim potuerit, hodie res certa eſt. poſtquam Iuſtin. permiſit, ut etiam hic ſervus cui libertas data non eſt, poſſit petere bona ſibi addici *l. ult. §. pen. in fin. C. de teſtam. manumiſſ.*

Qui teſtamento libertatem.] Sive etiam codicillis *§. in primis infra h. t.* Ait, *adſcripſit*, id eſt, dedit: neque enim ſcriptura neceſſaria eſt: Quid enim ſi teſtamentum nuncupativum fecit, vel etiam codicillos nuncupavit, *l. 3. in pr. C. de con. libert.* & nominatim, locum eſſe conſtitutioni, licet libertates ſine ſcriptis fuerint relictæ, diſponit *l. ult. in princip. Cod. de teſtamento manumiſſ.* libertates plane datas eſſe oportet, ut conſtitutio locum habeat *§. pen. h. t.*

Nemine ſucceſſore ab inteſtato.] Ergone, ſi ſucceſſor ab inteſtato ſit, debebuntur libertates, ubi ex teſtamento non aditur hæreditas? Non ita eſt, *l. 1. C. de fideic. hared. arg. l. 1. in pr. ſi quis om. cauſ. teſtam.* Quod ſi ab inteſtato quis reliquerit libertates, facilius eſt, ut ſecundus gradus, modo non prior nominatus gravatus ſit, debeat libertates & alia fideicommiſſa, quomodo conciliandæ ſunt *l. 1 §. pen. de legat. 3. l. ſi Titio 61. de leg. 2.* de quo alibi tractatur. Ergo ideo demum conſtitutioni locus eſt, ubi defecit ſucceſſor ab inteſtato, quod licet magnus ſit libertatis favor, tamen non talis, ut jus quæſitum alteri debeat auferri. Eſt autem jus quæſitum proximis agnatis, vel cognatis.

Ut venire debeant.] Ubi nullus eſt hæres, qui reſpondeat creditoribus, qui proinde petunt in bona immitti, aut ut ea præſcribantur recta, *de quo tit. ſeq.* Et hoc eſt quod *in l. 6. 6. C. de teſtam. man.* dicitur. cum hæreditas ob æs alienum ſpernitur. Unde etiam ſumitur alia ratio pro conſtitutione Marci, ut conſulatur honori ipſius defuncti, nec cum eius infamia bona diſtrahantur, ut eſt *in §. ſeq.*

Addicantur.] Et ergo decreto magiſtratus poſt cognitam cauſam, opus eſt, ut hic tamquam & ad inſtar decretalis bonorum poſſeſſoris conſtituatur.

Si idonee caveris de ſolido] Ita favendum eſt libertatibus, ne fiat aliis iniuria, videl. creditoribus hæreditariis, ſiquidem per libertates minuuntur bona defuncti. Itaque caveri oportet, & r. caveri idonee, id eſt, non promiſſione nuda, ſed pignoribus aut fideiuſſoribus, ut explicat ICtus *in l. ergo 4. §. addic. 8. de fideicomm. lib. 2.* caveri oportet de ſolido, *hic & d. § 8.* quod tamen Iuſtin. mitigavit *in d. l. ult. C. de teſtam. manum §. 1.* ut liceat paciſci cum creditoribus de ſolvenda parte, quam pactionem ſi ultro admittant creditores, locum conſtitutio habeat, quoniam creditorum gratia hoc ita conſtitutum eſt, ut caveri de ſolido oporteret, quibus autem poteſt remittere ius ſuum.

Ac ſi hæreditas adita eſſet.] Aut ac ſi bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas aut ab inteſtato petita eſſet, in iis terminis ſcil. quibus directæ libertates directo valerent, ceteræ, ab hærede præſtandæ eſſent: quod utrumque ſimul contingit ubi teſtamentum factum eſt, (quam ab inteſtato directo libertates competere non poſſunt) in quibus terminis reſcripſit Imp. itaque & tum quo ad libertates perinde habetur, ac ſi ex teſtamento hæreditas adita fuiſſet. Indeque fit, ut directo etiam manumiſſi protinus liberi fiant. Sed ſicut cum creditoribus paciſci licet, ut partem accipiant: ita & licet tranſigere cum his qui directo manumiſſi ſunt, ut ſint contenti fideicommiſſaria libertate, & eam ſcil. accipiant ab eo cui addicuntur bona, & ita (in quo non parum commodi eſt) fiant ipſius liberti, qui alias futuri fuiſſent orcini. *l 4. §. hi qui 12. de fideicom. lib.* Tranſigendum autem cum iis eſt, & oportet, ut juxta hunc text. conſentiant. Sed an dubitari poteſt, illos conſenſuros? cum præſtet quocunq; modo liberum fieri, quam ſervum manere. An noluerunt forte aliqui hoc beneficium debere olim conſervo? An noluerunt ſibi nimis duras conditiones imponi *arg. l. 1. de bon. libert.* Certe Iuſtin. *in l. ult. §. 2. C. de teſtam. manum.* meminit ſervorum, qui plane

nolint

nolint (an forte propter metum paupertatis) liberi fieri: quos tamen non permittit impedimentum afferre reſcipto Marci.

Si fiſcus bona agnoſcere voluerit] Ubi nemo adire vult hæreditatem, bona fiunt vacantia, adeo notiſſimo jure, ea occupat fiſcus principis regalium jure. Sed benigniſſime hoc cautum eſt, ut etiam fiſco agnoſcente bona, conſerventur libertates *h. text. & l. 4. §. Eadem 17. de fideic. libert.* nimirum ut intelligo ſi quis alius ſit, qui bona ſibi addici petat libertatum conſervandarum gratia, ut docet hic locus, ubi hoc diſponitur, ne emolumentum hujus reſcripti irritum fiat, ubi ſcilicet aliquis eſt, qui hoc implorat, & bona ſibi addici petit. Eoque autem refero, quod eſt *in d. l. 4. § 17. verſ. cæterum,* ubi dicitur, ceſſare conſtitutionem, ſi alia ratione fiſcus agnoſcat bona, nemine ſcilicet, cum eo concurrente: quamvis nec male ideo referat Acc. ſi fiſcus bona defuncti debitoris ſui vel damnati occupet.

TEXTVS.

1 Hoc reſcripto ſubventum eſt & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus poſſideantur & veneant. Certe ſi hac de cauſa bona addicta fuerint, ceſſat venditio. Exiſtit enim defuncti defenſor, & quidem idoneus qui de ſolido creditoribus cavit. Inprimis hoc reſcriptum toties locum habet, quoties teſtamento libertates datæ ſunt. Quid ergo ſi quis inteſtatus decedens, codicillis libertates dederit, neq; adita ſit ab inteſtato hereditas, an favor conſtitutionis debebit locum habere? Certe ſi inteſtatus deceſſerit, & codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium eſt. Tunc cõſtitutioni locum eſſe verba oſtendunt, cũ ſucceſſor ab inteſtato nemo exiſtat. Ergo quamdiu incertum erit utrum exiſtat, an non, ceſſabit conſtitutio. Si vero certum eſſe ceperit, neminem exiſtere, tunc erit conſtitutioni locus. Si is qui in integrum reſtitui poteſt, abſtinuerit hereditate, an quamvis poteſt in integrum reſtitui, poſſit admitti conſtitutio, & bonorũ addictio fieri? Quid ergo ſi poſt addictionem libertatum conſervandarum cauſa factam, in integrum ſit reſtitutus? utique non erit dicendum revocari libertates: quia ſemel competierunt. Hæc conſtitutio libertatum tuendarũ cauſa facta eſt. Ergo ſi libertates nullæ ſint datæ, ceſſabit conſtitutio. Quid ergo ſi vivus dederit libertates vel mortis cauſa, & de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum an non factũ ſit, idcirco addici ſibi velint bona, an audiendi ſint? Et magis eſt ut audiri debeant, etſi verba cõſtitutionis deficiãt. Sed cum multæ diviſiones eiuſmodi conſtitutioni deeſſe perſpeximus, lata eſt à nobis pleniſſima conſtitutio, in quà multæ ſpecies collatæ ſunt, quibus ius huiuſmodi ſucceſſionis pleniſſimum eſt effectum, quas ex ipſius conſtitutionis lectione quis poteſt cognoſcere.

COMMENTARIUS.

Quia Inſtin. paulo confuſius agit, ne bis idem dicere neceſſe ſit, conjunctim iſta explicabimus. Primum eſt, de quo ante diximus, ſcopus & finis effectus conſtitutionis, ut libertatibus ſubveniretur, & defunctis ne bona eorum diſtrahantur. Nam cum alias quicunque etiam extraneus cum ſatisdatione poſſit defendere debitorem abſentem & latitantem, & impedire, ne immiſſio in bona eius fiat, & hic qui bona ſibi addici petit, caveat, de ſolvendo, nihil habent creditores quod conquerãtur: Creditores nimirum: nam aliis legatariis quibus defunctus quid reliquit, cavendum non eſt, qui alias deſtituto teſtamento, nihil conſequerentur: creditorum autem jus ſemper manet ſalvum.

Alterum caput eſt, ad quas libertatis conſtitutio pertineat. Et ante quoque diximus, reſcriptum habere locum, ſive teſtamento, ſive ab inteſtato datæ ſint libertates *l. 2. de fideicomm. lib.* quod tractatur in § *inprimis*. ubi tamen parum ſubtiliter eum quæſtio tanquam dubia proponatur, de libertatibus ab inteſtato datis: reſpondetur nemini dubium eſſe quin locus ſit conſtitutioni. Et debebat

igitur

igitur ſimpliciter hoc proponi, ſicut & in *d. l.* 2. Sed quid ſi non ſint datæ à morituro, ſed à vivo mortis cauſa, & imo ſimpliciter inter vivos, ut ſtatim valerent, ſed quæ arguuntur datæ in fraudem creditorum? Hoc deciditur in §. *pen.* licet verba deficiant conſtitutionis, tamen ex æquitate & mente eius hoc admitti debere; ut nimirum audiatur qui libertatem accepit, ſi bona ſibi addici, & creditoribus cavere velit. Ubi autem nullæ libertates datæ ſunt, ceſſat conſtitutio. *d.* § *pen.* Adeoque hanc apparet principalem eſſe cauſam conſtitutionis, ut libertates conſerventur. Igitur adeo licet alius ſervus defuncti petat ſibi addici bona cum cautione, non audietur.

Tertium eſt, tum demum habere locum conſtitutionem, ſi nemo ex teſtamento vel ab inteſtato ſit heres, quod etiam ad text. præc. attigimus. Et oportet conſtare, quod nemo ſit futurus heres: ſi dubitetur, interim dum de eo conſtet, ceſſat conſtitutio, quod docet §. *tunc* 4. cuius *prin.* verbum *enim* ſupervacuum eſt. Quid ſi igitur qui repudiavit hereditatem, ob ætatem poſſit reſtitui in incertum ſit, an quis ſit futurus heres? Quod ſi ſumimus, ceſſabit interim conſtitutio. Sed magis placuit non ceſſare, quia hic non ordinario jure ſed extra ordinem beneficio prætoris cauſa cognita admittitur iterum ad hereditatem, & ita reſpondet *Vlp. in l.* 4. § 1. *de fideic. hered.* idque ipſum non obſcure innuitur in § *ſi is* 5. *h. t.* & tacite hoc reſponderi intelligitur ex *ſeq. verſ.* qui docet per addictionem factam non impediri, quo minus minor in integrum reſtituatur, ſalvis tamen libertatibus, quæ ſemel competierunt. Plane ex *d. l.* 4. §. 1. ſupplendus eſt *d.* §. 5. aut particula interrogandi AN detrahenda. Et ita in caſu contrario, ſi minore adeunte, competierint libertates, non revocantur, licet poſt minor reſtitutus ſit contra aditionem *l.* 3. *C. de teſtam. manum. fac. l. ſciendum* 32. *D eod. l. cum quaſi* 30. § *ſed etſi* 10. *cum* §. *ſeq. de fideic. libert.* Et hoc libertatum jus eſt, ut vix retractentur § *ſemel ſup. Quib. manum. non lic.*

Conſtitutio porro cuius in *f. tit.* meminit Iuſtinan. exſtat in *l ultim. C. de teſtament manum.*

(†)

AD TITULUM XIII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS *quæ fiebant per bonorum venditiones &c.*

TEXTUS.

Erant ante prædictam ſucceſſionem olim & aliæ per univerſitatem ſucceſſiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta; & tum locum habebat, quando judicia ordinaria in uſu fuerant. Sed cum extraordinariis judiciis poſteritas uſa eſt, ideo cum ipſis ordinariis judiciis, etiam bonorum venditiones exſpiraverunt: & tantummodo creditoribus datur, officio iudicis bona poſſidere, & prout utile eis viſum eſt ea diſponere: quod ex latioribus Digeſtorum libris perfectius apparebit.

COMMENTARIUS.

CUm nec heres ullus eſſet, nec quiſquam ſibi bona addici peteret, & fiſcus bona quoque reſpueret, tandem olim ſuccedebat quod hic proponitur obſervatum fuiſſe. Nam & fortaſſis poſt tempora Marci venditiones iſtæ bonorum obſervatæ fuerunt: ſed procul dubio & magis tum, cum necdum addictio de qua *tit. praced.* introducta eſſet: ſiquidem ut in *pr.* teſtatur Iuſtinian. ante ſucceſſionem de qua *tit. praced.* venditiones bonorum frequentabantur, & maxime, ut Hottom. notat, ſtante adhuc Repub. & necdum à principibus occupata. Non infrequens olim erat, ut damnatorum bona & proſcriptorum publice haſtæ ſubiicerentur, & non raro pro magna ſumma, autoritate eorum qui tum in Repub. pollebant, alieni addicerentur; quod ſub Sulla, Mario & Triumviris ſæpe accidiſſe conſtat. Huc pertinet, quod Aſcon. tradit. Ubi ſectorem deſcribit & dicit, æſtimatorem redemptoremque bonorum damnati atque proſcripti, qui ſpem

Digitized by Google

ſpem ſectans lucri ſui bona omnia auctione emit, & ſemel infert pecuniam ærario: quæ paulo poſt repetit in *eandem orat.* 3. *in Verr.* quæ ſeſt prætura urbana, ubi addit, quod ſectores, qui ita auctionati erant bona, poſtea pro compendio ſuo ſingulas res populo venditarint: quo forte poteſt referri illud *Varronis* 2. *de re ruſt. cap.* 10. ubi inter modos quibus iure acquiritur dominium, refert, cum quis ex bonis & ſectione publice quid emit. Eandem rationem obſervatam fuiſſe, ubi defuncti bona ſolvendo non erant, nec heredem habebant, ex *h. textu.* colligitur, ut ſcilicet bona publice proſcriberentur, & per averſionem & univerſitatem, alicui, qui forte cum creditoribus pactus erat, addicerentur. Sed duo ſunt hic ſcrupuli, & 1. quod Iuſtinian. ait id obtinuiſſe, cum judicia ordinaria erant: ſed deſiiſſe poſtquam poſteritas judiciis extraordinariis uſa eſt. Neque enim ſatis apparet, quomodo à varietate hac judiciorum iſtud jus pendeat. 2 quod Iuſtinin. ait poſtea receptum, ut creditores officio judicis bona poſſiderent, & ea diſponerent, juxta Digeſt libros ad quos nos remittit. At enim dubium non eſt, quin etiam temporibus ICtorum noſtrorum, ex quorum reſponſis Digeſta compoſita ſunt, ordinaria iudicia fuerint in uſu, ut videlic. magiſtratus judicem Pedaneum cum formula daret, & poſt ſententiam ipſe prætor juxta *L. à Divo* 15 *de re iud.* faceret executionem. Tum & amplius hæc ipſa ratio vendendi bona publice etiamnum jure Digeſtorum obſervata fuiſſe videtur, per *l. cum bona* 10. *l. Fufidius* 29. *de reb. aut ind. poſſ. l. imperator* 60. *pact. l.* 4 *C. de bon. aut ind poſſ. l.* 9. *de cur. fur.* quod & omnino hic putat Hottom. cum tamen diſerte Iuſtin. hæc ſententia ſit, jure Digeſtorum non fuiſſe locum veteri illi venditioni bonorum: ſiquidem huic veteri rationi opponit iſtum procedendi morem, ut creditores bona poſſideant, & de iis diſponant: & ad iſtum modum cognoſcendum ad Digeſta nos remittit. Iſta explicare in re tam antiqua non eſt perfacile. Inprimis vereor, ne in verbis, ordinarii & extraordinarii lateat ambiguitas. Equidem illud conſtat, cauſas de quibus prætor ipſe cognoſcit, dici extra ordinẽ tractari: ordinarie autem agi, cum prætor formula data partes ad judicem pedaneum mittit: quo ſenſu ſi hic accipimus ordinarium & extraordinarium judicium, explicari res aut liberari ab errore Tribonianus non poteſt, cum liquidiſſimum ſit, temporibus ICtorum noſtrorum, etiamnum illum morem dandi iudices in uſu ordinario fuiſſe. Sed forte alio ſenſu quid ordinarium aut extraordinarium in hac materia dici poteſt, quod tamen ego non exputo: & repugnat: quod ex Cicer. pro Quintio & iis quæ hic tractat Hott. apparet, jam antiquitus & Ciceronis temporibus hunc ordinarium procedendi modum fuiſſe, ut creditores in bona mitterentur, & ubi ea certo tempore poſſediſſent, vendendi ius haberẽt: nec quicquam in eo extraordinarii videtur, ut creditores bona poſſideant, & poſt nemine defendente, ea vendant. An forte Tribonianus in diſtinctione temporum peccavit? aut nõ bene iſta inter ſe oppoſuit? ſiquidem iſta non pugnant, creditores mitti in poſſeſſionem, & poſtmodum bona alicui ſive extraneo ſive etiam creditorum uni bona omnia addici: unde tamen Theoph. hic. ubi notat emptorem bonorum loco heredis effectum, & in eum & ei actiones datas fuiſſe: quod poſtea vix putem obtinuiſſe, ſed ita vendita bona ut ex pretio recte creditoribus ſatis fieret. Iuſtin. quoque in § *ult. inf. de interdict.* ait hodie omnia judicia eſſe extraordinaria: quo ſenſu ſi hic loquitur non video quomodo excuſari poſſit: cum iſtud de temporibus ICtorum nõ poſſit eſſe verũ. Ego mihi fateor nõ liquere: quomodo hic explicãdus, aut excuſandus ſit Tribonianus.

TEXTVS.

Erat & ex SCto Claudiano miſerabilis per univerſitatem adquiſitio, cum libera mulier ſervili amore bacchata, ipſam libertatem per Senatusconſultum amittebat, & ſubſtantiam cum libertate: quod indignum temporibus noſtris exiſtimantes, & à noſtra civitate deleri, & non inſeri noſtris Digg. conceſſimus.

COMMENTARIUS.

SUetonius in Veſpaſiano ſcribit *cap.* 11. autorem fuiſſe eum Senatui decernendi, ut quæ ſe alieno ſervo junxiſſet, ancilla haberetur. Aut errat Suetonius, aut iterum relatum id fuiſſe oportet; ſiquidem *lib. XII. annal. Tacit.* ubi de rebus geſtis ſub Claudio: Inter quæ, inquit, refertur ad patres, de pœna fœminarum quæ ſervis conjungerentur: ſtatuitque ut ignaro domino ad id prolapſa, in ſervitutem ſui conſenſiſſet, & qui nati eſſent pro libertis haberentur. Qui locus tamen Lipſio & aliis mendoſus videtur, & non uno modo emendatur. Sed

igitur ſimpliciter hoc proponi, ſicut & in *d. l.* 2. Sed quid ſi non ſint datæ à morituro, ſed à vivo mortis cauſa, & imo ſimpliciter inter vivos, ut ſtatim valerent, ſed quæ arguuntur datæ in fraudem creditorum? Hoc deciditur in §. *pen.* licet verba deficiant conſtitutionis, tamen ex æquitate & mente eius hoc admitti debere; ut nimirum audiatur qui libertatem accepit, ſi bona ſibi addici, & creditoribus cavere velit. Ubi autem nullæ libertates datæ ſunt, ceſſat conſtitutio. *d.* § *pen.* Adeoque hanc apparet principalem eſſe cauſam conſtitutionis, ut libertates conſerventur. Igitur adeo licet alius ſervus defuncti petat ſibi addici bona cum cautione, non auditur.

Tertium eſt, tum demum habere locum conſtitutionem, ſi nemo ex teſtamento vel ab inteſtato ſit heres, quód etiam ad text. præc. attigimus. Et oportet conſtare, quod nemo ſit futurus heres: ſi dubitetur, interim dum de eo conſtet, ceſſat conſtitutio, quod docet §. *tunc* 4. cuius *prin.* verbum *enim* ſupervacuum eſt. Quid ſi igitur qui repudiavit hereditatem, ob ætatem poſſit reſtitui in incertum ſit, an quis ſit futurus heres? Quod ſi ſumimus, ceſſabit interim conſtitutio. Sed magis placuit non ceſſare, quia hic non ordinario jure ſed extra ordinem beneficio prætoris cauſa cognita admittitur iterum ad hereditatem, & ita reſpondet *Vlp. in l.* 4. § 1. *de fideic. hered.* idque ipſum non obſcure innuitur in § *ſi is* 5. *h. t.* & tacite hoc reſponderi intelligitur ex *ſeq. verſ.* qui docet per addictionem factam non impediri, quo minus minor in integrum reſtituatur, ſalvis tamen libertatibus, quæ ſemel competierunt. Plane ex *d. l.* 4. §. 1. ſupplendus eſt *d.* §. 5. aut particula interrogandi AN detrahenda. Et ita in caſu contrario, ſi minore adeunte, competierint libertates, non revocantur, licet poſt minor reſtitutus ſit contra aditionem *l.* 3. *C. de teſtam. manum. fac. l. ſciendum* 32. *D. eod. l. cum quaſi* 30. § *ſed etſi* 10. *cum* §. *ſeq. de fideic. libert.* Et hoc libertatum jus eſt, ut vix retractentur § *ſemel ſup. Quib. manum. non lic.*

Conſtitutio porro cuius in *f. tit.* meminit Iuſtinan. exſtat in *l ultim. C. de teſtament manum.*

(†)

AD TITULUM XIII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SVCCESSIONIBVS SVBLATIS *quæ fiebant per bonorum venditiones &c.*

TEXTVS.

Erant ante prædictam ſucceſſionem olim & aliæ per univerſitatem ſucceſſiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendēdis per multas ambages fuerat introducta; & tum locum habebat, quando judicia ordinaria in uſu fuerant. Sed cum extraordinariis judiciis poſteritas uſa eſt, ideo cum ipſis ordinariis judiciis, etiam bonorum venditiones exſpiraverunt: & tantummodo creditoribus datur, officio iudicis bona poſſidere, & prout utile eis viſum eſt ea diſponere: quod ex latioribus Digeſtorum libris perfectius apparebit.

COMMENTARIUS.

Cum nec heres ullus eſſet, nec quiſquam ſibi bona addici peteret, & fiſcus bona quoque reſpueret, tandem olim ſuccedebat quod hic proponitur obſervatum fuiſſe. Nam & fortaſſis poſt tempora Marci venditiones iſtæ bonorum obſervatæ fuerunt: ſed procul dubio & magis tum, cum necdum addictio de qua *tit. præced.* introducta eſſet: ſiquidem ut in *pr.* reſtatur Iuſtinian. ante ſucceſſionem de qua *tit præced.* venditiones bonorum frequentabantur, & maxime, ut Hottom. notat, ſtante adhuc Repub. & necdum à principibus occupata. Non infrequens olim erat, ut damnatorum bona & proſcriptorum publice haſtæ ſubiicerentur, & non raro pro magna ſumma, autoritate eorum qui tum in Repub. pollebant, alicui addicerentur; quod ſub Sulla, Mario & Triumviris ſæpe accidiſſe conſtat. Huc pertinet, quod Aſcon. tradit. Ubi ſectorem deſcribit & dicit, æſtimatorem redemptoremque bonorum damnati atque proſcripti, qui ſpem

ſpem ſectaos lucri ſui bona omnia auctione emit, & ſemel iuſert pecuniam ærario : quæ paulo poſt repetit in *eandem orat. 3. in Verr.* quæ ſeſt prætura urbana, ubi addit, quod ſectores, qui ita auctionati erant bona, poſtea pro compendio ſuo ſingulas res populo venditarint : quo forte poteſt referri illud *Varronis 2. de re ruſt. cap.* 10. ubi inter modos quibus iure acquiritur dominium, refert, cum quis ex bonis & ſectione publice quid emit. Eandem rationem obſervatam fuiſſe, ubi defuncti bona ſolvendo non erant, nec heredem habebant, ex *h. textu.* colligitur, ut ſcilicet bona publice proſcriberentur, & per averſionem & univerſitatem, alicui, qui forte cum creditoribus pactus erat, addicerentur. Sed duo ſunt hic ſcrupuli, & 1. quod Iuſtinian. ait id obtinuiſſe, cum judicia ordinaria erant. ſed deſiiſſe poſtquam poſteritas judiciis extraordinariis uſa eſt. Neque enim ſatis apparet, quomodo à varietate hac judiciorum iſtud jus pendeat. 2 quod Iuſtinian. ait poſtea receptum, ut creditores officio judicis bona poſſiderent, & ea diſponerent, iuxta Digeſt libros ad quos nos remittit. At enim dubium non eſt, quin etiam temporibus ICtorum noſtrorum, ex quorum reſponſis Digeſta compoſita ſunt, ordinaria iudicia fuerint in uſu, ut videlic. magiſtratus judicem Pedaneum cum formula daret, & poſt ſententiam ipſe prætor juxta *l. à Divo 15 de re iud.* faceret executionem. Tum & amplius hæc ipſa ratio vendendi bona publice etiamnum jure Digeſtorum obſervata fuiſſe videtur, per *l. cum bona 10. l. Fufidius 29. de reb. auct. iud. poſſ. l. imperator 60. pact. l. 4 C. de bon. auct. iud poſſ. l. 9. de cur fur.* quod & omnino hic putat Hottom. cum tamen diſerte Iuſtin. hæc ſententia ſit, jure Digeſtorum non fuiſſe locum veteri illi venditioni bonorum: ſiquidem huic veteri rationi opponit iſtum procedendi morem, ut creditores bona poſſideant, & de iis diſponant : & ad iſtum modum cognoſcendum ad Digeſta nos remittit Iſta explicare in re tam antiqua non eſt perfacile. Inprimis vereor, ne in verbis, ordinarii & extraordinarii lateat ambiguitas. Equidem illud conſtat, cauſas de quibus prætor ipſe cognoſcit, dici extra ordinē tractari: ordinarie autem agi, cum prætor formula data partes ad judicem pedaneum mittit : quo ſenſu ſi hic accipimus ordinarium & extraordinarium judicium, explicari res aut liberari ab errore Tribonianus non poteſt, cum liquidiſſimum ſit, temporibus ICtorum noſtrorum, etiamnum illum morem dandi iudices in uſu ordinario fuiſſe. Sed forte alio ſenſu quid ordinarium aut extraordinarium in hac materia dici poteſt, quod tamen ego non exputo: & repugnat: quod ex Cicer. pro Quintio & iis quæ hic tractat Hott. apparet, jam antiquitus & Ciceronis temporibus hunc ordinarium procedendi modum fuiſſe, ut creditores in bona mitterentur, & ubi ea certo tempore poſſediſſent, vendendi ius haberēt: nec quicquam in eo extraordinarii videtur, ut creditores bona poſſideant, & poſt nemine defendente, ea vendant. An forte Tribonianus in diſtinctione temporum peccavit? aut nō bene iſta inter ſe oppoſuit? ſiquidem iſta non pugnant, creditores mitti in poſſeſſionem, & poſtmodum bona alicui ſive extraneo ſive etiam creditorum uni bona omnia addici: unde tamen Theoph. hic ubi notat emptorem bonorum loco heredis effectum, & in eum & ei actiones datas fuiſſe: quod poſtea vix putem obtinuiſſe, ſed ita vendita bona ut ex pretio recte creditoribus ſatis fieret. Iuſtin. quoque in *§. ult. inf. de interdict.* ait hodie omnia judicia eſſe extraordinaria: quo ſenſu ſi hic loquitur non video quomodo excuſari poſſit: cum iſtud de temporibus ICtorum nō poſſit eſſe verū. Ego mihi fateor nō liquere: quomodo hic explicādus, aut excuſandus ſit Tribonianus.

TEXTVS.

Erat & ex SCto Claudiano miſerabilis per univerſitatem adquiſitio, cum libera mulier ſervili amore bacchata, ipſam libertatem per Senatusconſultum amittebat, & ſubſtantiam cum libertate : quod indignum temporibus noſtris exiſtimantes, & à noſtra civitate deleri, & non inſeri noſtris Digg. conceſſimus.

COMMENTARIUS.

SUetonius in Veſpaſiano ſcribit *cap.* 11. autorem fuiſſe eum Senatui decernendi, ut quæ ſe alieno ſervo junxiſſet, ancilla haberetur. Aut errat Suetonius, aut iterum relatum id fuiſſe oportet ; ſiquidem *lib. XII. annal. Tacit.* ubi de rebus geſtis ſub Claudio : Inter quæ, inquit, refertur ad patres, de pœna fœminarum quæ ſervis conjungerentur : ſtatuitque ut ignaro domino ad id prolapſa, in ſervitutem ſui conſenſiſſet, & qui nati eſſent pro libertis haberentur. Qui locus tamen Lipſio & aliis nodoſus videtur, & non uno modo emendatur. Sed

nihil abſurdi video, ſi dicamus, mulierem in ſervitutem ſui ceu conſentientem pro ſerva ex eo SCto habitam, conſervata tamen ex ea natis libertate, ut dominus ſervi jus liberti tantum in iis haberet. *Ulp. tit. de tutelis XI. §. 5. maxima* ro. hanc refert ſpeciem maximæ capitis diminutionis, cum mulier alienæ ſervo ſe junxit denuntiante domino, & ancilla facta fuerit ex SCto Claudiano. Cum autem Tacitus ſimpliciter meminerit ignorantis domini, ſequitur, diſputatione ICtorum id additum SCto, ut oportuerit id accidiſſe fuiſſe repetitum congreſſum contra denuntiationem domini: & imo denũtiationum plurali numero meminit *Iuſtin. in l. un. C. de SCto Claud. tollendo,* & inde ratio dubitandi videtur fuiſſe in *l. Lucius 23. depoſ.* Legitimæ etiam admonitionis in iiſdem terminis mentio eſt in *l. edicimus C. Theod. de murileg. lib.* 10. & Theoph. tet, & quidem coram 7. teſtibus denuntiandum fuiſſe ſcribit. De qua re v. & *Pet. Fab. 3. ſemeſtr.* 25. Hoc SCtum *d. l. un.* ſuſtulit Iuſtinianus.

AD TITULUM XIV.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE OBLIGATIONIBUS.

TEXTUS.

Nunc tranſeamus ad obligationes.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio methodi.*

2 *Tractatus obligationum pertinet ad Tract. De rebus.*

Ait: *Nunc tranſeamus.*] Et inprimis de ratione methodi videndum eſt: quæ ſcilicet repetenda eſt ex *lib. 2. tit. 2.* ubi Iuſtin. poſt tractatum de *adq. rer. dom.* ſubiicit diviſionem rerum in corporales & incorporales. & harum ſpecies facit, obligationem, hereditatem & ſervitutes: de quibus continua ſerie tribus titulis cum egiſſet, in *f. tit. 5.* tractaturus de modis civilibus adquirendi, monet ſe loco ſuo acturum de hereditatibus & obligationibus. Ergo poſtquam hactenus de hereditatibus egit, jam tranſit ad obligationes. Nec tamen iſtud ſatis eſt defendendæ methodo. Hac enim ratione de quavis alia re corporali aut incorporali tractatio
inſtitui poſſet: ſi non alia conſideratione hic de obligationibus tractatur, quam ſupra de ſervitutibus actum fuit. Et de hereditatib. vero eo reſpectu actũ fuit, quod per eas adquiritur dominium: vel potius quod ſunt univerſitas rerum, quam certis modis adquirimus. Hoc enim fuit propoſitum Iuſtin. jam à *pr. lib. 2.* ut traderet cauſas & modos adquirendi dominii. Itaque repetenda altius eſt methodi ratio ex *§. ult. tit. 2. l. 1.* ubi Iuſt. docuit poſt ICtos in *l. 1. d. ſtat. hom.* omne jus pertinere ad perſonas res & actiones. Perſonarum tractatus abſolvitur *lib. 1.* De actionibus incipit tractatus *lib. 4. tit. 6.* Ergo totus intermedius tractatus ad res pertinet. Et recte ſentiunt, qui tractatum iſtum De Rebus, dicunt † ab- 2
ſolvi Duabus partibus. De dominio & de obligatione. De dominio & modis quibus id adipiſcimus, huc uſq; à *lib. 2.* actum eſt. Sequitur igitur, ut modo agatur de Obligationibus. Hic ſine controverſia ſcopus eſt Iuſtiniani: & neſcio quid in mentem venerit Vulteio, ut tractatum de obligationib. referret ad primum objectum de perſonis: vano argumento, quòd obligatio inhæreat perſonæ; quomodo vel maxime uſusfructus ad primum objectum referendus eſſet. Neque vero obligationes ut relatæ ad perſonam debitoris, ſed & magis relatæ ad creditorem conſiderandæ ſunt: qui ſcilicet obligationem ſibi contrahendo adquirit, & etiam quoque certo modo, vendere & donare & in alium transferre poteſt: ut hoc modo obligationes non male in commercio eſſe dicantur: quomodo prorſus non ſunt, quæ ad Tractatum de perſonis pertinent. Neque aliud per jus perſonarum intellexit *Iuſtin. lib. 1.* quam ſtatum: & haud dubie titulus de Iure perſonarum, reſpõdet ei qui eſt *lib. 1. Digeſt. De ſtatu hominum,* ad quem nulla ratione referri obligatio poteſt: ſiquidem ut quis in civitate obligatus ſit, nihil neceſſum eſt; quæ autem ad ſtatũ pertinent, in omnium civium perſona neceſſario conſiderantur. Ita plane rem factam habemus, ſi de mente Iuſtiniani & ICtorum, quid illi per jus perſonarum intellexerint, quæramus: ceteroquin parũ noſtra intereſſe debet, quam hic vel ille ex cerebro ſuo interpretationem confinxerit. Ita ergo ſtatuendum eſt: Duo eſſe genera rerum, quæ adquiruntur, & de quibus in jure tractatur: dominium & obligationem. Neq; enim tractamus de rebus quales ſunt natura ſua, quæ tractatio eſt alterius diſciplinæ, ſed quatenus in iis aut ad eas ius aliquod quæſitum habemus. Hactenus enim intereſt inter dominium & obligationem, quod illud eſt ius

in re, hæc eſt jus ad rem. Obiici hic poſſit quod ſtatim Iuſtinian. definit obligationem in relatione ad perſonam debitoris, quod ſit ius quo obſtringimur. Sed nimirum ſunt iſta relata: nec ob id efficitur, non poſſe definiri quoque obligationem, qua refertur ad creditorem. Et Iuſtinianus voluit ita oſtendere ſimul jus quod creditor conſequitur. Nec enim qui adquiſivit obligationem ſtatim rem ipſam habet, ſed tantum facit, ut ſibi debitor ſit ad dandum obligatus: quod jus ipſum licet in debitore quoque conſideratum, longe diverſum eſt, à jure quod eſt & dicitur perſonæ. Cui accedit, quod res eſt æſtimanda ab ultimo fine: & vero non hoc intendit creditor finaliter ut ſibi habeat obligatum alium, ſed ut per hanc obligationem aliquid aliud conſequatur. Dominium porro principale eſt jus quod in rebus intendimus: ſunt autem & alia jura, veluti, pignoris, ſervitutis, de quibus propriis locis agitur. Scio quoſdam etiam ſtatuere dominium pignoris & ſervitutis. Nec omnino abnuerim poſſe ita dominum juris quoque dici. Sed enim dum res obiectum alterum juris dicimus, ipſas ſubiectas res intelligimus, non quatenus ſaltem in illis aliquod jus habemus, qualia etiam jura ſunt pignus & ſervitus. Apparet tamen ex his, non eodem ſenſu obligationem ad res referri, quo referretur ſervitus aut hereditas, neque iſta omnino recte *ſub. tit. de reb incorp ſup. lib* 2. conjungi. Hereditas enim ſignificat quandum univerſitatem bonorum, quam & adquirimus & certis actionibus quoque perſequimur: ſicut & pro ſervitutibus. quę ipſæ deducuntur in obligationem, conſequendis & defendendis certas actiones habemus, ſed obligationes non perſequimur, verum earum beneficio, pro rebus tradendis experimur. In ſumma res ſunt objectum juris ſive potius Iuriſprudentiæ, quatenus in iis aut ad eas jus habemus, quod poſterius per obligationem conſequimur. Et hinc adeo videri poſſit, non eſſe neceſſarium, ut tria objecta juris conſtituantur, ſed poſſe ſufficere duo, perſonas & res: quandoquidem actiones tamquam effectus ad objectum illud de rebus commode referuntur: ſiquidem dominium & obligatio, quarum explicatione objectum de rebus abſolvitur, ſunt cauſæ actionum: & cauſa & effectus bene ſub idem objectum referuntur. Errant adeo procul dubio, qui ad ſolas obligationes, actiones referunt: cum diviſio principalis actionum ſit in perſonales & reales, quæ non obligationis, ſed dominii aut alterius juris realis ſunt effectus, cum quibus errat Theoph. qui ad *pr. h. t.* omnino ſeparat obligationes à rebus, & nec alia ratione de obligationibus agi putat, quam quatenus ſunt pars tractatus de actionibus. Et hæc ad *iſtud pr. huius tit.* ſufficiant.

TEXTUS.

1. Obligatio eſt juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſolvendæ, ſecundum noſtræ civitatis jura.

COMMENTARIUS.

DEfinitio cuiuſque rei de qua tractatur, merito præcedere debet. Succinctius dicemus, quod obligatio ſit ad aliquid præſtandum adſtrictio. Obligatio enim dicitur à ligando: unde & à Iuſtiniano vinculum vocatur. Idque forte à nectendo deductum, quod olim obligationes per æs & libram quod per nexum, dicebant, contrahebantur. Quo pertinet illud Feſti; Nexum eſt, quodcunque per æs & libram geritur, idque necti dicitur: & *Varro 6. de Ling. Lat.* Nexum. omne quod per æs & libram geritur: & quod obligatur per æs & libram, inde nexum dictum, & *Cice. 3 de orat.* Nexum eſt, inquit, quod per æs & libram agitur. Verba, *neceſſitate*, itemque, *ſecundũ noſtra civitatis iura*, vidētur definitionem facere anguſtiorem, ita ut tantum cōtineatur obligatio civilis ex qua actio naſcitur efficax; quamvis & naturalis obligatio ſuo modo aliquam habet neceſſitatem, nec omnino ſit incognita Legibus Romanis. Sed oſtendit apertius ſubjecta diviſio, tantum de obligatione civili quæ opponitur naturali, hic tractari. At enim cum paſſim in jure noſtro etiam fiat mentio eius, quæ dicitur, naturalis obligationis, eiusque non ſint exigui effectus, quod non citra vitium, eſt hic omiſſum à Iuſtiniano, à nobis in gratiam tyronum ſupplendum eſt. Definimus igitur, ut jam diximus, obligationem: ut ſingulæ ſpecies comprehendi poſſint, & nimirum naturalis quoque, ut modo pluribus dicemus.

TEXTVS.

2. Omnium autem obligationum ſumma diviſio in duo genera deducitur: namque aut civiles ſunt, aut prætoriæ. Civiles ſunt, quæ aut legib. conſtitutæ, aut certo

 jure

jure civili cõprobatæ ſunt. Prætoriæ ſunt, quas prætor ex ſua juriſdictione cõſtituit, quæ etiam honorariæ vocantur. Sequens diviſio in quatuor dividitur ſpecies. Aut enim ex contractu ſunt, aut quaſi ex contractu: aut ex maleficio, aut quaſi ex maleficio. Prius eſt, ut de iis quæ ex contractu ſunt, diſpiciamus. Harum æque quatuor ſunt ſpecies: Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut conſenſu; de quibus ſingulis diſpiciamus.

COMMENTARIVS.

1 *Obligationis in genere diviſio.*
2 *Civilis obligationis varia ſignificationes.*
3 *Naturalis obligatio quot modis dicatur & n. 6.*
4 *Obligationis naturalis nuda effectus.*
5 *Cauſa huius obligationis.*
7 *Diviſio cauſarum ex quibus ſunt obligationes, & inprimis conventionis.*
8 *Quid ſint varia cauſarum figura in l. 1.* de O.& Act.
9 *Poteſtas non eſt obligationis.*
10 *Inſubtilis diviſio in* l 52. de O.& A..

JUſtinianus, ut diximus, tantum hic tractat de obligationibus, ex quibus naſcitur efficax actio. Nos agamus plenius Obligatio generaliter ſumpta diſtinguitur à Dd. communiſſime in naturalem & civilem: quæ utraque rurſus eſt vel ſimplex vel mixta. Eſt enim alia civilis tantum, ſeu nuda quædam naturalis tantum: quædam naturalis atque civilis ſimul. Civilis † obligatio non uno modo uſurpari poteſt. Et 1. ut ſignificet obligationem jure a civili introductam, ſine ulla conſideratione æquitatis aut iniquitatis; quam poteſtatem Legis in quavis Republica eſſe dubitari non poteſt: itaque talis & efficax erit obligatio. Deinde & ex diverſo aut magis oppoſito, civilis etiam obligatio dicitur à nuda approbatione: quo ſenſu obligationes ex contractibus qui ſine dubio tota ſua eſſentia ſunt à jure gentium, non iſtimo jure dicuntur civiles, ut tamen omnino potior & potentior ibi ſit naturalis obligatio? hoc ſolidiſſimo argumento, quod hujuſmodi obligatio, (ubi nihil aliud ſupereſt, quod eam ſuſtineat) nudo pacto tollitur tota & ipſo jure, ut nulla ſuperſit amplius actio; quod accidit in obligationibus quæ conſenſu conſtare dicuntur; ut docent *l. 7. §. adeo 6. l. ſi unus §. 2. l. ab emptione 58. de pact.* Tertio civilis obligatio dicitur, cum jus civile nudæ, & ut ita dicam indeterminatæ alicui obligationi, quæ & ipſa tamen æquitate conventionis nititur, & habet conſenſum, robur addit, vel adiiciendo propriam aliquam formam, quo pertinet obligatio ex ſtipulatione, vel ſimpliciter confirmando quo pertinet obligatio ex pactis quæ dicuntur legitima, lege ſpeciali confirmata. Atque his caſibus omnibus obligatio eſt civilis quæ mixta dicitur, id eſt naturalis & civilis ſimul, niſi aliquo ſuperveniente, conjunctio iſta & quaſi vinculum tollatur, aut inhibeatur, & fiat, ut alterutra vel ab initio ſola ſit, vel poſt aliquo ſubducto ſola relinquatur, ſequentia docebunt. Et nimirum Quarto loco civilis obligatio appellari poteſt, quam Dd. docendi causâ vocant civilem nudam, quæ non habet vinculum æquitatis: quoties nempe debitor, qui ſummo jure poteſt conveniri, exceptione aliqua, metus, doli, erroris, pacti, &c. defenditur, & propter huiuſmodi exceptionem à judice abſolvitur. Neque hic intereſt an ſtatim ab initio talis obligatio exiſtat; an poſtea talis fiat. Illud accidit, ſi quis coactus metu vel dolo inductus, aut errore lapſus aliquid promiſerit: hoc, ſi poſt recte conſtitutam obligationem, debitor ne à ſe peteretur pactus ſit, aut non debere, creditore deferente juraverit: vinculo enim æquitatis, quo naturalis continetur obligatio, ita ſublato *l. Stichum 95. § naturalis 4. de ſolut.* obligatio nuda civilis manet, ad hoc efficax, ut ex ea actionem det aditus prætor, & formulam: quoniam conventio ad agendum ſua natura & exigendum eſt habilis: ut proinde prætor ex ratione juris, & veteris procedendi modi, actionem negare non poſſit. Sed debitore allegante dolum, metum, pactum &c. formulæ inſerit prætor exceptionem: qua probata cum omnino reus ſit abſolvendus: apparet, quod prætor ex hypotheſi ſublati vinculi æquitatis hanc obligationem effectu habeat pro nulla: & id hoc quoque indicio; quod qui talis exceptione tutus, & civiliter tantum obligatus eſt, ſi per errorem pecuniam ſolvat, condictionem ſoluti habet *l. qui exceptionem 40 in princ. de condict. indeb.* Mixta autem obligatio alia vere talis eſt; alia ut ita dicam, præſumptive talis; quæ ſubdiſtinctio explicatur in *§ 1. infra de fid. ejuſſorib.* Hæc de obligatione civili mixta & nuda. Naturalis quoque obligatio non uno modo dicitur. Et 1. à potiori † talis recte appellatur obligatio, quæ naſcitur ex contractib. juris gentium, & eſt jure civili 3 appro-

approbata: quam paulo ante civilem quoque voca-
ri diximus : & ſane frequentius ita appellatur , i-
mo fere tantum : quoniam videlicet ſemper plus
ſolet tribui Legi civili, quæ facit , ut quæ etiam eſ-
ſentia ſua juris gentium ſunt , in Republ. uſurpen-
tur : quo reſpectu *Ariſtot. 5. Ethic.* juris civilis
(quod accipit de univerſo eo quo civitas utitur) ſpe-
ciem facit jus naturale , de quo diximus ad *lib. 1.
titul.* 2. ceteroquin contractuum iſtorum , ex qui-
bus hæc obligatio eſt, eſſentia eſt à jure gentium,
teſte ipſo jure civili, *leg. ex hoc 5. de juſt. & iur. §.
ſedius in fin. ſup de jur. nat.* itaque & ipſa obliga-
tio tamquam effectus recte ad jus gentium refere-
tur ; & hoc fortaſſe ſenſu , & pro obligatione
naturali latius ſumta, videretur accepiſſe JCtus in
l naturalis 10. *de O. & Act.* neque enim de obliga-
tione naturali tantum , dici poteſt, quod actionem
parat. Et nimirum hæc eſt ſecunda acceptio na-
turalis obligationis, pro ea quæ eſt deſtituta vincu-
lo juris civilis, eo videlicet quod ita dicitur per ex-
cellentiam, & quod obligationem fovet & facit ad
agendum & exigendum efficacem. Nam ut dixi,
licet vel maxime eſſentia obligationis ſit à jure
gentium , niſi tamen Lege civili quoque ſit recepta,
actionem producere non poteſt , & hoc reſpectu
negatur nuda pactio parere obligationem (ſcilicet
efficacem) *l. 7. §. ſed cum 4. de pact.* & qui ex nudo
pacto debet naturaliter tantum & abuſive dicitur
debitor *l fideiuſſ 16. § naturales 4. de fideiuſſor* Ha-
bet autem alias & iſta quoque obligatio , ſuos jure
civili effectus: veluti, quod ſolutum retinetur , nec
4 qui ſoluit id repetere † poteſt *d l naturalis* 10. *de
oblig. & act. l. 6. §. ult. cum l. ſeq. de fideiuſſ.* Item
quod ejuſmodi obligatio novari poteſt *l. 1. §. 1. de
nova.* de quo in *§ pen. inſr. Quib. mod. toll. obl.* quod
conſtitui *l. 1. §. debi um 7. de conſt. pec.* quod ei recte
accedit pignus *l. 1. in pr. de pign. act.* idemque fide-
juſſor *d l 6. §. ult. d fideiuſſ* imo quod tale debitum
cum debito quovis alio compenſari poteſt *l. etiam
6. de compenſat.* Cui non video quomodo obſtet
quam obiicit Gothof. *l. quacunque 14. eod. tit.* cum
procul dubio ibi intelligatur debitum civiliter tan-
tum, & quod, ut paulo ante diximus, caret vinculo
æquitatis, & exceptione juſtiſſima perimi poteſt.
Fruſtra autem quæritur de exceptione in terminis
obligationis naturalis, ex qua actio non competit.
ex qua adeo debitum non poteſt dici perimi per
5 exceptionem. Ut autem obligatio talis & non †
etiam civilis ſit, duplex cauſa eſt. Prima, qualitas
conventionis : veluti nudum pactum. Non e-
nim omnes omnino conventiones neceſſitate ad-
ſtringere Leges Romanæ voluerunt : ſed aliquas
tantum , eaſque aut determinatas & nominatas,
aut certe eas ex quibus jam ab uno ad alium quid
perveniſſet , quod ſuaderet dari actionem, ut tra-
ctatur in *l. 7. de pactis.* Ceteras conventiones in
nomine pacti reliquerunt , nec ex iis actiones dan-
das cenſuerunt. Altera cauſa eſt, qualitas perſonæ
contrahentis , quæ facit , ut licet alias conventio
per ſe habilis eſſet , tamen civilis obligatio naſci
non poſſit : veluti ſi pupillus contrahat *l. ſi pupillus
21. ad L. Falcid. l. cum illud 25. in f. quand. dies leg.
ced.* de quo agemus pluribus *inf. de inutil. ſtipul. ad
§. pupillus.* Item ſi ſervus *l. ſervi 14. de oblig. & act.*
ita ut & ipſe domino, & hic viciſſim ipſi naturaliter
obligetur *l. ſi quod 64. de condict. indeb. §. 1. inf. de fi-
deiuſſorib.* Neque movet quod obiiciunt Dd. ſer-
vos gentium jure pro nullis videri , *arg. §. 1. ſup. de
his qui ſunt ſui vel alien. jur.* Neque enim quod ex
jure gentium talis poteſtas in ſervum eſt , facit , ut
propterea nullo modo poſſint jure gentium obliga-
ri : ſiquidem nec ſummum jus poteſtatis patriæ,
impedit quo minus inter liberos & patrem &
duos fratres ſub eadem poteſtate naſcatur obliga-
tio naturalis *l. fratre 38. de condict. indeb.* Accedit,
quod jura bellorum & ſervitutum ſunt ex ea ſpe-
cie juris gentium, cui cauſam dedit improbitas hu-
mana ; ex diverſo autem genere juris gentium
obligationes deſcendunt , ut tractatum eſt *ſup. de
iure nat. gent. &c.* Et manet ſervus naturaliter ob-
ligatus ex conventionibus quas fecit , etiamſi ma-
numiſſus ſit : neque tamen ex ante geſto (quippe
cum omnia domino acquiſiverit) in eum actio
datur *t. t. C. an ſervus ex ſuo facto.* niſi quo ad con-
nexa cum iis quæ manumiſſus geſſit *l. tutorem 37.
§. 1. de admin. tut.* & quod actio in factum in eum
datur : Pro eo quod promiſit pro libertate *l. 3. C.
An ſevus ex ſuo facto &c.* Eſt & † tertia acceptio 6
obligationis naturalis , quam citra ullam conven-
tionem officii ratio inducit : quo ſenſu naturaliter
quis dicitur obligatus ad remunerandum *l. ſed etſi
25. §. conſuluit 5. de petit. hered.* quam obligationem
jus civile honeſtari , & cujuſque conſcientiæ re-
linquit : excepta tamen ea ſpecie beneficij , quod
manumiſſus debet patrono, & propter hoc , ope-
ras : quæ ſpecies obligationis pene ad prioris il-
lius naturalis obligationis naturam redacta eſt,
arg. l. ſi non ſortem 26. §. libertus 12. de condict. indeb.

ſed & ſunt aliæ ſpecies hujus naturalis obligationis, & inprimis illa quæ oritur ex juſſu teſtatoris, licet teſtamentum ſit non ſolenne, de qua ſuo loco tractatur. Hæc præmiſiſſe ſatis ſit, jam quædam in textu videamus.

Civiles ſunt aut prætoria.] Ita quoque dividuntur actiones *inf. tit. de action.* alias in genere, dum obligationi civili naturalem opponimus, illius appellatione etiam prætoriam, quæ actionem parit, comprehendimus. Neque hic obſtat, quod in *l. obligationes 27. de O & A.* dicitur inutiles obligationes imperio prætoris non confirmari. Non enim intelliguntur ſimpliciter obligationes ad agendum per ſe inutiles, ſed obligationes LL. improbatæ: ceteroquin nec Lex civilis poſſet inducere obligationem: quia additur, tales obligationes, nec Legis poteſtate confirmari.

Conſtituta ſunt aut comprobata.] Firmatur hinc diſtinctio obligationis civilis, quam paulo ante præmiſimus, quod quædam obligationes ſint juris civilis conſtitutione: quædam ſola approbatione. De jure prætorio & ejus autoritate ſatis diximus in *§. prætor ſup. de jur. nat.*

In quatuor ſpecies.] Obligatio naſcitur vel eſt ex delicto, vel ex conventione, pro quo ait Iuſtin. *contractu*, quoniam non agit de obligatione naturali
7 tantum. Et tamen † ne ſic quidem omnes cauſæ civilis obligationis ponuntur. Nam & ex pactis legitimis naſcitur obligatio civilis, & ea tamen contractus non ſunt. Et ut omnes ſpecies conventionum ſimul proponamus: Conventio omnis vel eſt veſtita vel nuda. Ita enim docendi cauſa non inepte loquuntur Dd. Et errãt omnino, qui pactiones nudas non putant dici ad diſtinctionem aliarum pactionum, quæ non ſint nudæ: ſive enim alteram ſpeciem pactionum, appelles veſtitas, vel alio nomine, nihil intereſt. Veſtita dicitur vel natura ſua vel ex accidenti: illa eſt contractus: hæc vel eſt pactum legitimum vel pactum contractui adjectum incontinenti; his enim accidit, cum ex ſe invalida ſint, ut propter autoritatem Legis, & cohærentiam contractus producant actionem *l. legitima 6 & l. 7. §. quinimo 5. de pact.* Rurſus conventio vel eſt expreſſa vel tacita quæ conſtituit quaſi contractus, de quibus *inf. h. li. tit. 28* Ex quo autem æſtimandum ſit an conventio ſit contractus, docet *Vlp. in l. 7. de pact.* nimirum an habeat nomen an cauſam. Nomen quidem eſſentiale rei non eſt: ſed tamen arguit eam eſſe naturam conventionis, ut jure gentium recepta ſit & approbata, vel etiam jure civili. Itaque à poſteriori procedit *Vlp. in d. l. 7.* & omnino præſupponere aliquid oportet, ob quod conventioni nomen impoſitum & illa fuerit approbata. Cauſam diſerte vocat *Vlp. in d. l. 7.* (alias enim cauſa omnibus contractibus tribui poteſt) dationem vel factum, quæ facit, ut etiamſi nomine deſtituatur contractus, tamen æquum ſit actionem dari, eo quod à me aliquid ad te ſub certa pactione profectum eſt: unde exiſtunt contractus innominati. Delictum eſt altera cauſa obligationis, Sunt qui putent & hic obligari reum ex tacita quadam conventione, juxta illud quo Lex omnes dicitur obligare, aut ad obedientiam, aut ad pœnam. adeo qui ſciens voluntatem Legis, v.c. furtum committat, tacite hoc ipſo ſe ad pœnam obſtringere videatur. Verum iſta opinio minime recipienda eſt, juxta quam oppoſitæ inter ſe ſpecies, conventio & delictum confunduntur: & hoc quam remotiſſimum eſt à mente & propoſito furis aut raptoris, ut velint ſubire pœnam. Itaque agnoſcendum eſt, hanc obligationem eſſe à Lege, non tamen mere civili, ſed magis jure gentium, quod delicta vetat, & punit: hactenus, ut damni aut injuriæ vindictam læſo proponat, & actionem civilem: de qua ſpecie obligationis ex delicto deſcendentis hic agitur: non de ea pœna quæ criminali aut publico judicio exigitur & quaſi in publicam vindictam irrogatur; hic enim tractatus totus pertinet ad judicia civilia, & cauſas actionum, quæ privato competunt, proprium ſuum intereſſe perſequenti. Et hi igitur ſunt duo fontes obligationis, conventio (ita enim generalius loquar, ut omnes obligationum ſpecies comprehendam) & delictum. Occurrunt aliquando caſus, quibus actio datur perſonalis, ut tamen vix ulla veſtigia alicujus conventionis ſuperſint, ut in *l. ſi me 3. de reb. cred.* ſed habent illi ſpeciales rationes, & ſunt caſus ſingulares † propter quos quidem ego 8
exiſtimo in *l. 1. in pr. de O. & A* adjectum eſſe oriri præterea obligationes ex *variis cauſarum figuris*: itemque *inf. de act. in pr. aliis quibuſdam modis*: nam cum omnino varii & vix numerabiles ſint caſus, qui occurrunt, & in quibus ſæpe æquitas aliqua ſuadet dari actionem, cum & ſint actiones perſonales extraordinariæ & in factum, periculoſum exiſtimaverunt JCti his duobus fontibus conventione & delicto, omnes cauſas obligationum præciſe concludere, & cautionis cauſa ea, quæ retuli, verba, adjicere volue-

voluerunt. Et recte nihilominus hæ ponuntur ge-
nerales & ordinariæ cauſæ eædemque principales;
conventio & delictum: quæ etiam ſtatuuntur in *l.*
4. h. t. & eodem ſenſu *Cajus 2. Inſt. 9. in pr.* omnem
obligationem aut ex culpa aut ex contractu eſſe &
deſcendere ſcribit, & in *l. obligamur 52. de O. & A.*
in pr. additur itidem cauſa obligationis *ex peccato*.
Et haud ſcio, quid hic rurſus in mentem venerit
9 Vultejo, ut tertiam cauſam obligationis † ſtatueret,
poteſtatem. Nec cauſam aliam errandi conjicit,
quam quod putavit actiones præjudiciales eſſe in
perſonam: quod falſum eſſe docebimus in *§. præju-*
diciales 13 inf. de act. Et alias illa ſententia Vulteii ni-
hil eſt abſurdius. Nam cum poſita cauſa neceſſe ſit
poni effectum, nihil tamen falſius eſt, quam quod
ponatur obligatio, poſita poteſtate: & imo alio ſpe-
ctat poteſtas: & nullo modo ad obligandum eum
qui eſt in poteſtate. Et hoc modo, adoptionem, &
v. c. hoſtis capti occupationem, adquirendæ: rur-
ſus emancipationem & manumiſſionem, tollendæ
obligationis modos ſtatuemus. An & dicimus ob-
ligari filium, ut honorem exhibeat patri, ſervum, ut
obſequia & operas domino præſtet? Sed ita num-
quam JCti in hac materia obligationem accipiunt:
& ita dominium & obligationem confundemus, &
inter dominum & rem quæ in dominio eſt, obliga-
tionem aliquam ſtatuemus. Abſurde penitus, &
cum ingenti rerum omnium confuſione. Sed hæc
commenta refutatione vix digna ſunt. De ſingulis
porro ſpeciebus hic relatis, & porro ſubjectis ſpe-
ciebus in ſeqq. agetur.

In quatuor ſpecies dividitur.] Inconcinne dicitur,
dividi divisio. Et Cui. pro *dividitur* legit, *diduci tur*.

Aut re contrahuntur.] Hic commode ſubnecten-
da erat ſubdiviſio contractuum qui re ineuntur in
nominatos, de quibus tantum in *ti. ſeq.* agitur, & in-
nominatos, qui & ipſi re contrahuntur, *l. 1. §. 1. de*
permut. de quibus *d. ti. & ti. ſeq. de præſcr. verb.* ſed
non fuit propoſitum Juſti. omnes ſpecies accurate
hoc libello perſecuti, verito forte ne tyrones juris
nimis oneraret. Illud denique circa has diviſiones ad-
10 do, † paulo generalius & parum accurate agere JCtū
in *l. obligamur 52. de O. & A.* Nam quod de herede
neceſſario ex neceſſitate obligato affertur, huc non
multum pertinet; niſi qua ipſo jure legatariis & cre-
ditoribus obligatur, in quo ſunt propriæ & ſpeciales
cauſæ obligationis, qua repræſentat defunctum: tū
illud membrum inſubtiliter aliis membris diviſio-
nis opponitur, in quibus ſingulis eſt neceſſitas, ut
apparet ex definitione obligationis in *pr. hujus ti.*
Tum porro, *Re, verbis, conſenſu*, ſub unum commu-
ne genus contractus pertinent. Neque re & verbis
ſimul obligari nos recte dicimur, quaſi hoc diver-
ſum ſit membrum, cum alterutrum ſufficiat, & ubi
interrogatio accedit, & ſtipulatio ſubjicitur, nova-
tio contingit *l. 6. § ult. & l. 7. de novation.* Rurſus cū
Lege obligari dicit eum, qui contra Legem facit:
non recte ab hoc diverſum membrum conſtituit e-
jus qui ex peccato obligatur. Sed nimirum aliquan-
do pinguius diſputant JCti.

AD TITULUM XV.

LIBRI TERTII IN-
ſtitutionum,

QUIBUS MODIS RE CONTRAHI-
tur obligatio.

TEXTUS.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui da-
tione. Mutui autem datio in iis rebus
conſiſtit, quæ pondere, numero menſu-
rave conſtant: veluti, vino, oleo, frumen-
to, pecunia numerata, ære, auro, argento:
quas res aut numerando, aut metiendo,
aut adpendendo in hoc damus, ut fiant
accipientium: & quandoque non eædem
res, ſed aliæ ejuſdem naturæ & qualitatis
reddantur. Unde etiam mutuum appel-
latum eſt, quia ita à me tibi datur, ut ex
meo tuum fiat. Et ex eo contractu actio
naſcitur, quæ vocatur certi condictio.

COMMENTARIUS.

1 *Diviſiones contractuum realium.*
2 *Etymologia mutui.*
3 *Diviſio mutui.*
4 *Condictionis ſignificatio.*
5 *Condictio certi an duplex.*

CONtractus reales ſunt, qui traditione rei perfi-
ciuntur; adeoq; non ſufficit eſſe cōſenſum, aut
verba interveniſſe, ſed neceſſum eſt rem ipſam tra-
ditam eſſe: & omnino rei traditio initium obliga-
tioni præbet, ut de ejuſmodi contractibus ſcribit
JCtus in *l. 1. §. de rer. per mut.* Et hi contractus † rea- 1
les, & quidem nominati, de quib. hoc tit. ſolū dixi-
mus

Digitized by Google

ralis numeratio intervenit, utique etiam eſt mutuum civile & civilis naſcitur obligatio. Deinde cum ſubjicitur ſtipulatio, cenſetur hujus rei gratia facta numeratio, itaque fit novatio, ut tantum ex ſtipulatione ſuperſit obligatio *l. ſi ita 6. §. 1. cum l. ſeq. de novat.* 3. Cum in diviſione verba quæ exprimunt ſpecies debeant uno modo uſurpari, longe alio ſenſu civile dicitur mutuum, ubi acceſſit numeratio: alio modo ubi ſpe numerationis datum chirographum eſt. Et 4 a *tit. il. elit. obl.* oſtendimus hæc quoque in re non recte ſentire Dd. Et penitus contradictorium eſt ponere mutuum ſine numeratione, ſiquidem mutui eſſentia in eo conſiſtit, ut re contrahatur. Ait Juſtin.

Pecunia numerat. ære, argento, auro] Verba hæc poſteriora aut explicant priora de pecunia numerata, quæ ſignatur in ære argento & auro: aut de ære argento auro ad pondus datis, accipienda ſunt.

Naſcitur actio quæ certi condictio.] De condictio-
4 num † natura opportunior erit dicendi locus *inf. de actionib.* Interim hic notandum, conductionis quidem nomen antiquitus omnibus actionibus perſonalib. commune fuiſſe *§ appellamus 15. inf. de action.* ſed jure noſtro denotat ſpeciem actionis perſonalis, qua aliquid nobis dari petimus *d. § 15.* id eſt dominium in nos transferri: itaq; iſta actio regulariter tantum contra dominium, & non domino datur: & in duas ſpecies ſubdividitur ab objecto, quod alia ſit incerti, alia certi, qua certum petimus, juxta deſcriptione *l. ſtipul. 74 §. 1. de verb. oblig. & l. certum 6 de reb. cred.* ex quacunq; obligatione *l. certi 9. eod tit.* ſed an igitur mutuum, quod eſt contractus ſpecialis, non habebit ſpecialem & propriam actionem, quam tamen habent omnes reliqui contractus nominati? Hæc res fecit, ut Interpp. quos vocant Citramontanos † duplicem ſtatuerent certi condictionem, generalem & ſpecialem. Sed contra Ultramontani, unicam tantum eſſe generalem contenderunt, quæ etiam ex mutuo detur. Quod non ita eſt accipiendum, quaſi videant ex ullo contractu ſpeciali poſſe naſci actionem generalem: ſed putaverunt condictionem certi quæ ex mutuo datur, cõprehendi ſub generali condictione, & hujus eſſe ſpeciẽ non minus quam alias ſpecies, quæ referuntur in *d. l. 9 h. t.* At vero Citramontani putaverunt, ita ſpecialẽ condictionem eſſe quæ ex mutuo eſt, vel pro repetendo mutuo datur, ut non comprehendatur ſub generali natura certi condictionis, ſed quæ condictioni generali, cujus ſpecies referuntur in *d. l. 9.* tamquam diſparata ſpecies opponatur: numquam autem ſuo generi opponitur ſpecies. Eadem controverſia occurrit in materia ſtipulationis ex qua itidem dicitur competere condictio certi. Et placuit fere recentioribus opinio quam olim defenderũt Ultramontani, quod videlicet condictio certi ex mutuo, ſit ejuſdem naturæ in genere, cujus ſunt aliæ cõdictiones certi: cum nec ulla dari eſſentialis & ſpecifica differẽtia poſſit, qua ut genus diſparatum à generali condictione ſive à condictione certi pro genere ſumpta, diſtinguatur. Nec refert, quod ita ſit deterior futura conditio hujus contractus, qui præter actionem communem, & quam alii quoque contractus habeat, nullam propriam ſit habiturus. Etenim ſatis creditori eſt per hanc actionem conſultum, ut non indigeat alia. Et vero ſimile eſt cum ab initio tantum pro mutuo, ſtipulatione & aliis quibuſdam ſpecialibus caſibus hæc condictio eſſet introducta, ſenſim poſtea factum eſſe, ut ad alias etiam conventiones, quæ in ſe haberent certã rem, produceretur. Sed non pluribus libet hac de re agere, cum præſertim, ut & Fab. hic monet, res iſta ſit nullius utilitatis, & recte agat, quiſquis v. c. ex mutuo ſe centum petere dicit. Et nos in *Tract. de actionibus* diximus plura.

TEXTUS.

1. Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem ſolvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici poteſt, *ſi apparet eum dare oportere*, ac ſi mutuum accepiſſet. Unde pupillus, ſi ei ſine tutoris autoritate per errorem indebitum datum eſt, non tenebitur indebiti condictione, non magis quam mutui datione. Sed hæc ſpecies obligationis non videtur conſiſtere ex contractu: cum is qui ſolvendi animo dat, magis voluerit diſtrahere negotium quam contrahere.

COMMENTARIUS.

1 *Indebiti ſolutio non recte dicitur promutuum.*

Altera ſpecies contractus qui initur re. Verum cum hic agatur de veris cõtractibus, non

Digitized by Google

de quaſi, de quibus *inf. tit.* 28. apparet parum ſubtiliter iſtud hic proponi: cum in f. §. ipſe Juſtin. fateatur, hic pecuniam numerari non contrahendi, ſed diſtrahendi animo: ut proinde hæc ſpecies inter veros contractus referri non poſſit: de quo dicemus *d. tit.* 28. §. *penult.* Nec alia ratione defendi hæc poteſt, methodus, quam a ſimilitudine ſolutionis indebiti, cum numeratione cauſa mutui, ut apparet ex ipſo textu, & *l. ſi quis* 5 §. *is quoq;* 3. *de oblig. & act.* Verum eadem ratione imo rectius potuiſſet huc referri contractus innominatus do ut des, & do ut facias: quoniam qui hac lege aliquid accepit, utiq; re & ex vero contractu obligatur, & itidem ſi non faciat, vel præſcript. verb. actione ad intereſſe vel condictione tenetur: ſicut & pupillus quoq; qui ita quid ſine tutoris autoritate accepit, ut daret vic iſſim vel faceret, pariter non obligatur, non magis quam ſi mutuum accepiſſet, aut in-

1 debitum. Nec ſatis adeo † rationis video cur à *Cujac. in parat. hic.* & 8. *obſ.* 34. indebiti ſolutio vocetur promutuum: cum differant & ratione objecti, cum indebito quæcunq; res dari & repeti poſſint: & præcipue cum differant, in eo quod conſtituit utrumq; hunc & verum & quaſi contractum: quod nimirum indebitum per errorē ſolvitur, diſtrahendæ obligationis gratia, & quaſi & tacita conventio eſt condictionis cauſa, ut dicemus *infr. tit.* 28. Et quod is qui indebitum accipit h. §. perinde dicitur teneri ac qui mutuum accepit, & in *d. l.* 5. §. 3. *de oblig. & act.* eadem actione, qua tenetur qui mutuum accepit, non eſt verum, quo ad eandem actionis ſpeciem, ſed quo ad genus: uterque enim tenetur condictione. & ſi certum per errorem ſolutum ſit, certi condictione: ſed utique cum cauſæ repetendi ſint diverſæ, diverſæ ſunt iſtæ ſpecies condictionis.

Ait Juſtinianus:

Condictitia actio.] Id eſt condictio indebiti, qua repetat ſolutum. Unde ea proprie naſcatur, & quale hic ſit negotium dicemus ad § *pen. inf. de obl. quæ ex contr.* ubi eſt propria ſedes hujus materiæ, quam non recte hic Interpp. tractant.

Si appareat eum dare oportere.] Formula eſt condictionum, de qua *inf. in pr. & in* §. *appellamus* 15. *de action.*

Non tenebitur.] Niſi in quantum locupletior factus eſt: idq; generale eſt *l. pupillus* 5. §. 1. *de aut. tut.* de quo *inf.* §. *pupillus* de *inutil. ſtipul.*

Non videtur ex contractu.] Dicitur *inf. d.* §. *pen. de oblig. quæ ex contr.*

TEXTUS.

2. Item is, cui res aliqua utenda datur hoc eſt, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit, longe diſtat: namque res non ita datur ut ejus fiat: & ob id de ea re ipſa reſtituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, ſi quolibet fortuito caſu amiſerit, quod accepit, (veluti incēdio, ruina, naufragio, aut latronum hoſtiumve incurſu) obligatus nihilominus remanet. At is qui utendum accepit, ſane quidem exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare jubetur, nec ſufficit ei tantam diligentiam adhibuiſſe, quantam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt: ſi modo alius diligentior poterat eam rem cuſtodire: ſed propter majorem vim majoresve caſus non tenetur: ſi modo nō ipſius culpa is caſus intervenerit: alioqui ſi id quod tibi commodatum eſt domi, peregre tecum ferre malueris, & vel incurſu hoſtiū prædonumve, vel naufragio amiſeris, non eſt dubium, quin de reſtituēda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, ſi nulla mercede accepta vel conſtituta, res tibi utenda data eſt, alioqui mercede interveniente, locatus tibi uſus videtur. Gratuitum enim debet eſſe commodatum.

COMMENTARIUS.

1 *Cujus periculo ſit res commodata aut depoſita.*
2 *De culpa in contractibus præſtanda & n. 5.*
3 *Lata culpa.*
4 *Leviſſima culpa.*
6 *Ad L. 32. depoſiti.*

COmmodatum eſt contractus, quo res ſub certo modo utenda eademq; in ſpecie reſtituenda gratis conceditur. Ex quo apparet differentia hujus contractus à mutuo: in hoc enim transfertur dominium, & jus pro libitu re utendi, ita ut non

idem

idem individuum ſed tantundem reſtituatur:at in
commodato eandem rem & corpus idem quod
datum eſt reſtitui oportet. Unde conſequitur altera
differentia ab objecto: ut quoniam res commoda-
ta quoque utenda datur, hujuſmodi tantum res
commodatum admittant, quarum uſus eſt ſalva
rei ſubſtantia, & proinde res fungibiles quæ in nu-
merum veniunt, & quarum non eſt uſus niſi in cõſu-
mendo, non poſſint dari cõmodato, ſiquidem res
conſumptæ eædem in ſpecie reſtitui non poſſunt,
neq; in aliis reb. extra eas quæ fungibiles dicũtur,
accidit temere, ut reſtitutione alterius ſpeciei idẽ
quod acceptum eſt, reſtitui videatur: cum ipſorum
individuorum, velut, ſervorum, equorum, &c. non
levis ſit diverſitas. Et cum igitur res ipſa reſtituen-
da ſit, quæritur, & hic & in aliis ejuſdem conditio-
nis contractibus, veluti, depoſito, pignore, ſi res pe-
rierit, cujus id ſit periculo, & damno, an dantis, an
accipientis Et prima diſtinctio eſt an interierit an-
te moram commiſſam à debitore, an poſt moram.
Hoc caſu regulare eſt, quod quomodocunq; perie-
rit, periculum ſit debitoris, ex regula juris, quod
mora perpetuet obligationem *l ſervũ 91. §. ſequitur
3. de V. O.* quæ tamen regula habet ſuas exceptio-
nes, de quibus commodius *inf. h. lib. tit. ultim.* prio-
ri caſu ubi nulla commiſſa eſt mora, ſubdiſtingui-
tur, an res perierit citra culpam debitoris, & cer-
tum eſt, cum liberatum eſſe; an ejus culpa. Culpa
2 autem nec omnis unius generis, nec † omnium
contractuum eadem hic ratio eſt. Itaque expoſcit
hic locus: ut de culpa in contractibus ſingulis præ-
ſtanda aliquid dicamus, ſed paucis: eſt enim diffu-
ſior & intricatior hic tractatus, quã ut hic plene ex-
plicari debeat aut poſſit. Culpa in genere & do-
lum & quamcunque negligentiam aliam compre-
hendit: in ſpecie autem dolo opponi ſolet, & rur-
ſus in culpam latam, levem & leviſſimam diſtin-
gui. Sunt nimirum tria de quibus præſtandis, ubi
res periit, in omnibus contractibus pene tractatur.
Dolus, culpa, & caſus fortuitus. Extrema ſunt duo,
Dolus & caſus fortuitus. Hic nullo bonæ fidei ju-
dicio præſtatur *l. quæ 6. C. de pign. action.* imo nullo
plane judicio, ita ut ſemper ſi res caſu fortuito ante
moram (quem caſum hic tractamus) res perierit,
debitor ſit liberatus: niſi ſpeciali pactione ad hoc
periculum ſe obſtrinxerit *leg. 1. §. ſæpe 35. depoſit. l. 1.
Cod. commod.* Ex adverſo Dolus omnibus judiciis
& in omnibus contractibus præſtatur, ita ut nec
pactum in futurum valeat, ne quis de dolo tenea-
tur; quia invitaret ad delinquendum *l. ſi unus 27. §.
illud 3. de pactis.* Inter medium eſt culpa, quæ ut dixi
tres ſpecies vel potius gradus habet, latam levem
& leviſſimam cui tot gradus diligentiæ opponũ-
tur, minima, media & maxima. Ex his culpa lata
accedit ad dolum, & comparatur & æquiparatur
dolo, in contractibus, ita ut perinde teneatur de-
bitor ſi perierit res lata culpa, ac teneretur, ſi dolo
† ejus periiſſet, per textus in *leg. 1. §. 1. ſi is qui teſtam.* 3
*lib. l. 1. §. 5. de obligat. & actionib. l. ſi fidejuſſor. 29. in
princip. Mandati. leg. 7 §. 1. de ſuſpect. tut. l. quæſitum
8. §. 3 de precario.* adeo ut ſi etiam dolus notetur
cum taxativa particula, *tantum, duntaxat &c.* ta-
men comprehendatur lata culpa *l. contractus 23. de
reg. jur. d. l. 1. §. 5. inf. de obligat. & act. d. l. 1. §. 3. ſi is qui
teſtam. l. 1. §. hac actio. ſi menſor falſ. mod.* Eſt enim lata
culpa craſſa & ſupina negligentia & ignavia, cui
non ignoſcitur *l. lata 223. l. magna 226. de verb. ſi-
gnificat. l. 3. §. 1. l. 6. de iuris & fact. ignor. l. etſi 25. § 1. de
contrah. empt. l. cum ſex. 55. de ædilit. edict.* Et explo-
denda hic eſt diſtinctio Zaſii inter latam culpam
verſutiæ & latam culpam ignaviæ: quoniam illo i-
pſiſſimus eſt dolus. Ergo, ut concludamus, licet
lata culpa à dolo in ſpecie ſumpto differat & diver-
ſa ſit *d. lege 7. §. 1. de ſuſpect tut leg. 1. §. 3. in fin. de magi-
ſtrat. conven.* maxime in criminalibus *l. 7. ad Lex
Cornel. de Sicariis.* attamen in civilibus cauſis, & ubi
de periculo rei præſtando quæritur, eadem ratio
eſt doli & latæ culpæ.

Poſterior gradus culpæ, quæ † leviſſima dici- 4
tur, accedit prope ad fortuitum caſum: quod e-
nim ipſum verbum & appellatio oſtendit, vix ea
culpa eſt. Et quia tamen aliquid culpæ eſt, non po-
teſt eodem plane jure cum caſu fortuito in hac ma-
teria cenſeri: ſed imo cum fortuitus caſus ſem-
per ſit inculpatus, culpa leviſſima non eſt inculpa-
ta, & quibuſdam caſibus ob eam quis tenetur, &
ea eſt præſtanda, veluti ubi alteri damnum datum
eſt, quod Lex Aquilia vindicatur *l. in lege 44. ad L.
Aquil.* itemque in hoc ipſo contractu commodati,
ut mox dicemus. Quia tamen leviſſima culpa vix
culpa eſt, ut jam diximus, fit inde, ut aliquando
ubi de iis caſibus agitur, quibus leviſſima culpa ve-
nit, tantum ſimpliciter mentio fiat doli & culpæ,
(per quam ſimpliciter appellatam tantum levem
culpam ſignificari receptiſſimum eſt) ut in *l. ſi ne-
gotia 11. de negot. geſt.* de quo *infr. in §. 1. de obligat.
quæ quaſ. ex contr. & in lege quæſitum 8. §. 3. de prec.*
Sed & hinc eſt, quod aliquando duo contractus,
in quorum altero dolus & levis culpa, in altero
etiam leviſſima culpa præſtatur, conjunguntur,

 tam-

tanquam utriuſque eædem eſſent præſtationes, propter ea nimirum, quod leviſſimæ culpæ ratio habita non fuit: quod accedit in *l. ſi cum 13. §. 1. de pign. act.* de quo & inferius agemus. Et deniq; hinc eſſe videtur, quod JCti, ubi quid præter culpam (ſc. levem) præſtandum ſignificare volunt, cuſtodiam præſtandam dicunt, ut in *d. l. 13 de pign. act.* aut diligentiam (in ſpecie ſcilicet ſummo gradu acceptã) *l. 5 §. 2. in f. commod. l. cum res 47. § pen. de legat. 1.* Ita cuſtodia in ſpecie accipitur in *§. cum autem 3. inf. infr. de empt.* ex quo apparet, cuſtodiã illam intelligi ferè in facto & circa res, quæ ſua ſponte ſua movere & aufugere poſſunt, ut circa ſervum: quamvis & circa alias res locum habeat, ne quod damnum iis inferatur, ut docet *l. ad eos 19. comm. junct. l. ſed de 41. l. cat.* Et rectè hac acceptione in *d. 1. §. 3. de empt.* cuſtodiam definit Theopil. quod ſit [illegible] [illegible]. Et ideo quoq; cuſtodia adjicitur, ut intelligamus non eam tantum culpam præſtandam, quæ in faciendo conſiſtit, ſed & quæ in omittendo.

5 Traditur porro hac de re; & † quæ in ſingulis contractibus culpa aut diligentia præſtanda ſit regula in *l. ſi ut certo §. videndum. Commodat.* ſumpta ex diverſitate cõtractuum, in quibus aut ſpectatur commodum utriuſque contrahentis, veluti in emptione, locatione, ſocietate &c. aut alterutrius tantum: Et hujus vel tradentis, ut in depoſito: vel accipientis, ut in hoc contractu commodati. Ubi utriuſque utilitas, præſtari docet Juriſconſultus & dolum & culpam ſcilicet levem: & nimirum requiri diligentiam mediam, qualem vulgo homines adhibere rebus ſuis ſolent: hæc eſt enim diligentia mediocris, cui oppoſita culpa levis in hoc ſita eſſe dicitur, ſi quis non eam diligentiam rebus alienis adhibeat, qua res proprias curet, *argum. l. mulier 22. § ſed enim 3. ad Treb. l. heredes 25. §. non tantum 16. fam. ercisc. l. ſæpe 33. ſi res 4. de contr. empt. fac. l. cum 14. de pign. act.* ubi verſatur cõmodum ſolius accipientis, ut in depoſito, tantum dolus, & quæ ei æquiparatur, lata culpa præſtatur *§. ſeq. & l. 1. §. 5. de obl. & act. l. contractus 23. de reg. jur.* ubi inſignem ſcrupulum † movet *l. quod Nerva 32. depoſiti.* Diximus, ubi utriuſque contrahentis utilitas verſatur, præſtari mediocrem diligentiam, & eum excuſari qui modo eo tractet res ſuas & alienas: Et adeo erit in culpa levi, ſi minorem diligentiam rebus alienis quam ſuis adhibeat. Probat autem d. l. 32. teneri depoſitarium, ſi minus curet res depoſitas quam ſuas: & in genere docetur, eum eſſe in dolo, qui minorem diligentiam adhibet rebus alienis, quam ſuis. Qua ratione quidem tum definitio levis culpæ, quam modo propoſuimus, tum differentia depoſiti & aliorum contractuum plane everti videtur. Vix quiſquam eſt qui hic hærentem transferat. Exiſtimo probabiliter dici, diligentiam conſiderari poſſe tum in abſtracto, tum in concreto, & in hoc vel illo homine. Illa definiri & determinari poteſt ex communi hominum, quam in rebus ſuis ſolent adhibere, cura: Hæc omnino incerta & indeterminata eſt, cum alius alio longe magis induſtrius & ad res ſuas magis ſit attentus, quidam etiam omnino in rebus quoque propriis ſocordes ſint & negligentes. Dico ſuperiorem definitionem, quod in contractibus illis requiratur diligentia, qualem quis rebus ſuis adhibet, procedere, ſi diligentia illa æſtimetur ad communem boni patrisfamilias naturam & rationem: cæteroquin ſi quis in individuo ignavus plane & negligens ſit in curandis rebus ſuis, hunc non excuſari, ſi in illis contractibus in quibus præſtatur levis culpa, pariter negligat aliena. Etenim cum quivis ſit rei ſuæ moderator & arbiter etiam ut abuti rebus ſuis poſſit *l. in re. Cod. Mandati.* non ita arbiter eſt rerum alienarum: ſed oportet omnino in iis curandis aliquam adhibere diligentiam, aut eas omnino ad ſe nõ recipere: quo modo in *l. ſi conſtante 24. § ſi maritus 5. ſol. mat.* ſævitia in propriis ſervis culpanda, in alienis dicitur coercenda. Secundum iſta hanc ſtatuam eſſe differentiam inter alios contractus & depoſitum: quod in hoc non æſtimemus diligentiam in abſtracto, & ad eum modum quem regulariter homines ſolent adhibere in curandis rebus ſuis: ſed ea æſtimetur in concreto indiſtincte; ut licet depoſitarius natura ſua in rebus ſuis curandis ſit ignavus & plane ſocors & negligens, non tenetur tamen, ſi eodem modo res ſuas & depoſitas curaverit. Idque eſt quod dicitur, *in d. l. 32. depoſiti* Licet depoſitarius non ad eum modum ſit diligens, quem hominum natura deſiderat (quæ eſt diligentia in abſtracto conſiderata) fraude tamen non carere, ſi non ad ſuum modum (hæc eſt diligentia in concreto) curam in depoſito præſtet. Quid ſi enim res ſuas aſſervet diligenter, & occludat, depoſitas in propatulo & incuſtoditas jacere patiatur? ſane videtur eſſe in dolo. Idemque eſt, quod *in §. ſeq.* traditur, eum de ſe debere queri, qui rem deponit penes negligentem amicum, quem nimirum ſatis ſciebat natura ſua eſſe negligentem & ignavum. Et hæc adi expli-

rationem rei iſtius fortaſſe aliquid lucis afferre poſſunt. In progreſſu plura dicentur. Ait Juſtinianus:

Cui res utendi datur.] Utenda non ut in mutuo, ut conſumatur, ſed ita ut eadem res reſtituatur.

Commodati actione tenetur.] Directa ſcil. Nam & contra ipſum eſt commodantem actio, ſed contraria, ubi notanda contractuum diſtinctio quod alii ſint *μονόπλευροι*, alii *δίπλευροι*, id eſt, quod in quibuſdam ab uno tantum latere oriatur obligatio, in quibuſdam, ab alterutro, ſed hoc rurſus dupliciter. Quidam enim ſtatim ab utroque latere obligant, & initio veluti emptio, locatio, ſocietas. Quidam & ab initio ex uno latere obligatorii ſunt, & ſemper tales manent cujuſmodi ſunt, v. c. mutuum & ſtipulatio. Quidam quaſi intermedii qui non quidem ab initio ſunt, ſed ex poſt facto fiunt utrimque obligatorii, ita ut etiam qui tradidit obſtringatur, veluti in commodato, depoſito, pignore: non tamen ſemper, nec ex natura contractus, ſed magis ex accidenti, veluti ſi ex re quam accepit ſive culpa ſua damnum ſenſerit, aut in eam impenſas fecerit: quo nomine ſicut ipſe v. c. ad reſtituendam rem deponenti, tenetur ita hunc viciſſim & contra ad illa præſtanda teneri æquum eſt, ex quo actio iſta, quæ depoſitario, commodatario, &c. datur, contrariæ nomen accepit, *tit. commod. vel contr. Depoſiti, vel contra.*

Exactam diligentiam.] Cum commodatum tantum detur commodatarii cauſa, citra ullam commodantis utilitatẽ, conſequens eſt ſuperiori regulę *ex l. 5. §. 2. Commod.* ut commodatarius etiam teneatur de leviſſima culpa, & adeo rei cuſtodiendæ ſummam diligentiam adhibere teneatur. Idque apud omnes in confeſſo eſt: quæ diligentia deſcribi ſolet, quod ſit ea quam diligentiſſimus adhibere poteſt *l. ſi merces §. 25. §. pen locat.* accuratior & major ea quam quis adhibet rebus ſuis, ut hoc *verſ. & in l. 3. de peric. & comm rei vendi* ubi nominatim additur, talem diligentiam exigi à commodatario: & hic, non ſufficere ſi talem diligentiam adhibuerit, quantam rebus ſuis: ſi modo, ut ſtatim additur, alius diligentius rẽ cuſtodire potuerit. Quod ſi enim nemo alius dari poſſit, qui rem diligentius curare & cuſtodire poterit, quam commodatarius rem & commodatam & res ſuas curare ſolitus fuit, id eſt, ubi ipſe cõmodatarius ſumme diligens paterfamilias eſt, neceſſario ſequitur, ut diligentia quam adhibet, ſit ſũma & exactiſſima, qua major in alio reperiri non poteſt. In eo enim homine, qui in rebus curandis diligentiſſimus eſt, ita ut eo diligentior alius non detur, eadem eſt diligentia, qua ipſe utitur, cum diligentia ſumma. *fac. §. impetu 8. infra de l. Aquil.* Ex quo ſimul iterum intelligimus conſiderari diligentiam hic magis in abſtracto qualis in diligentiſſimo eſſe poteſt, quam in concreto. Quod ſi enim ignavus quis ſit natura ſua, licet diligentius aliquando curaverit rem commodatam quam res ſuas, non erit liberatus, ſi alius diligentius rem fuiſſet curaturus: Secundum quæ, cum ſumma diligentia exigatur à commodatario videtur hoc loco poſitivus *exactam* explicandus de ſuperlativo, *exactiſſimam*, quo verbo utitur ICtus *in l. 1. §. 4. de ob. & act. & in l. Socius 72. pro ſocio. & in l. in rebus 18. in prin. commod. qualem diligentiſſimus.* nec tamen neceſſum eſt, ut quidquam mutetur: utcumque in Argentinenſi Codice ſuperlativum exſtare dicat Hottom. nec enim uno modo loquuntur textus noſtri: & *in l. 5. §. 5. Commod.* dicitur teneri ad cuſtodiam diligentem, *& in l. 3. de peric. & comm.* quod teneatur ad diligentiam: & quod *in d. l. 3.* & hoc loco, additur, teneri ad majorem, quam ſuis rebus præſtat, ſatis oſtendit, quę ſpecies diligentię intelligatur: Et ad eundem modũ *in l. hæredes 35 §. non tantum 16. fam. erciſc.* per diligentiam qualem præſtat diligens paterf. intelligitur diligentia ſumma. & *in l. 5 §. 2. in fin. commodi* diligentia ſimpliciter dicta, ſignificat ſummam diligentiam.

Si modo non ipſius culpa.] Quia non uſus eſt ad modum præſcriptum: Ceteroquin ſi quis in latrones & hoſtes inciderit, dum equo v. c. commodato utitur ex permiſſione commodantis, equo amiſſo non tenetur, quod perſpicue explicatur *in l. in rebus 18. in prin. Commod.*

Si nulla mercede. Merces proprie ſignificat certam ſummam pecuniæ pro opera aliqua uſu aut re traditam vel pactam, quæ neceſſario facit, ut contractus non ſit gratuitus: ceteroquin ſi honorarium accedat citra aliquam pactionem, non impedit quo minus contractus ſit gratuitus, de quo pluribus *infr. ad §. ult. Mandi.*

TEXTUS.

3. Præterea & is apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depoſiti: quia & ipſe de ea re quam accepit, reſtituenda tenetur, ſed is ex eo ſolo tenetur, ſi quid dolo commiſerit: culpæ autem nomine, id eſt, deſidiæ ac negli-

gentiæ non tenetur, itaque ſecurus eſt, qui parum diligenter cuſtoditam rem furto amiſit: quia qui amico negligenti rem cuſtodiendam tradit, non ei ſed ſuæ facilitati id imputare debet.

Commentarius.

Cum depoſitum fiat cuſtodię cauſa tantum, magis liquidum eſt, quod depoſitarius remipſam reſtituere teneatur: quod ut faciat, tenetur actione directa: ipſe ſi quid forte impenderit in rem, habet actionem contrariam contra deponentem.

Sed is ex eo ſolo.] Dicimus ad §. *præced.* licet ſolus dolus alicubi præſtandus, dicatur, tamen non excludi culpam latam, idque ita ad hunc §. debet ſuppleri ex *l.1.§.is quoq; 5.in fin. de Ob. & Act.s l.1.C.depoſ.* conſequenter, quod additur mox *h.§.* non teneri depoſitarium deſidiæ & ignaviæ nomine; accipiendū eſt de modiocri deſidia & ignavia, aut negligentia, ſiquidem ut ad *d.§.præced.* oſtendimus, nimia & magna craſſaque negligentia conſtituit latam culpam, quam depoſitarius præſtat. Et ita quoque ea verba, ignaviæ & deſidiæ, & videlicet pro leviori ignavia, uſurpantur à ICto *in l.Socius 72.pro Socio, l.ſi nulla 8. C.de pignor.act.*

Parum diligenter cuſtoditam.] Modo eadem negligentia uti ſolitus ſit in rebus ſuis: ceteroquin jam non ſimplex deſidia, ſed lata culpa & prope dolum eſſet, ut diximus *ad § præc. ex l quod Nerva 32. depoſiti.*

Furto amiſerit.] Furtum plerumque accidit culpa patrisfam. non bene res cuſtodientis, *l. cum duobus 52. §. damna 3. pro ſocio.* licet aliquando poſſit abeſſe omnis culpa, *l. eum qui 14. §. idem C. de furt.*

Negligenti amico.] Ait amico, quoniam ipſe qui depouit, eligit penes quem deponat, cujus mores & induſtriam perſpectam habere intelligitur: ex quo merito imputatur ei, quod homini ignavo rem ſuam commiſerit: quæ ratio ceſſat in commodante, qui alteri petenti dat beneficium. Cetera ad hunc textum pertinentia, ſunt explicata *ad §.præced.*

Textus.

4. Creditor quoque qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipſe de ea re quam accepit, reſtituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriuſq; gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto ſit creditum, placuit ſufficere, ſi ad eam rē cuſtodiendam diligentiam exactam adhibeat, quam ſi præſtiterit, & aliquo fortuito caſu amiſerit rem, ſecurum eſſe, nec impediri creditum petere.

Commentarius.

Pignus interdum ſignificat contractum, interdum ipſam rem, interdum jus in re creditori pro ſecuritate debiti conſtitutum. Et hoc conſtituitur aut nuda conventione *l.1.de pign. act.* ita ut poſſeſſio rei maneat apud debitorem, quæ ſpecies pignoris dicitur hypotheca *l. 9. §. 2. de pignor. act.* aut per traditionem translata poſſeſſione rei in creditorem. Et ſolet in ſpecie dici pignus *d. §.2.* & hoc fit per contractum realem, de quo *h. §.* tractatur: ex quo juxta *pr. hujus tit.* naſcitur actio quæ vocatur in ſpecie pignoratitia, quæ eſt perſonalis, & ſoluto pignore *d.l.9.§.3. de pign. act.* competit debitori pro repetenda re, & eſt directa: contraria autem datur creditori, ſi forte in rem fecerit impenſas. Alias eſt actio hypothecaria quæ eſt in rē *l. pignoris 17 de pign.* & ſi non ſatis fiat, datur creditori pro perſequenda re, & poſtmodum diſtrahenda *l. debitores 10. C. de pignoribus* aliquando autem pignoratitia actio latius ſumpto verbo hypothecariam realem actionem ſignificat *l ſi Titio 22. de pign. l rem 41. de pignorat. act.*

Quia pignus utriuſque gratia.] Hinc confirmatur regula, quam ſupra propoſuimus ex *l.5.§. 2. commodati.* quod interſit an ſolius dantis an ſolius accipientis, an utriuſque gratia contractus ineatur. Adeoque hic contractus pignoris medius eſt inter commodatum, quod ſolius accipientis, & depoſitum, quod ſolius tradentis cauſa contrahitur conſequenter cum commodatarius ad ſummam diligentiam teneatur & præſtat leviſſimam quoque culpam: contra depoſitarius ad qualem qualē diligentiam obligetur, & præſtet tantum latam culpam, creditor tenebitur ad mediam diligentiam, & dolum, latam & levem culpam, non etiam leviſſimam præſtabit, ut tamen objicitur *l. ſi cum 13. §. 1. de pign. act.* ubi dicitur in pignoratitiam actionē venire dolum & culpam, ut in commodato: in hac autem leviſſima quoque culpa venit: poteſt reſpon-

reſpondeti ex iis quæ diximus *ad §. Item is. 2. h. t.* quod cum leviſſima culpa ſit vix culpa, aliquando in iis quoque contractibus qui exigunt ſummam diligentiam, tantum ſimpliciter doli & culpæ mẽtio fiat, ut proinde quod iis locis deeſt, ex aliis ſit ſupplendum: adeoque creditor in pignore & commodatarius recte comparentur quo ad dolum & culpam, non autem etiam quo ad leviſſimam, ſed urgetur ex *d. l. 13. §. 1.* quod ibi præter dolum & culpam, venire in pignoratitia actione, dicitur & cuſtodia, quo verbo aliquando ſignificari ſummam diligentiam ad *d. §. 2.* diximus: & alias *in d. l. 13.* cum primo culpæ & mox inſuper etiam cuſtodiæ ment o fiat, nihil verbum *cuſtodia* adderet, ſed ſupervacuum & ſuperfluum maneret: cum & inſuper in *l. ſicut 19. C. de pign.* eodem modo reſcriptum ſit, teneri creditorem dolum culpam & cuſtodiam exhiberi, & ſola vis major, ſicut & in *d. l. 13. §. 1.* excludatur. Quæ ratio movit Cujacium 19 *obſ. 24.* ut iſta loca reſtringeret ad caſum, quo pignus ſolius creditoris gratia cõtractum & datum eſt, quod nimirum ultro obtulit debitori, cum alias creditore etiam ſine pignore pecuniam crediturus, aut alias fidem habiturus fuiſſet. Verum hanc reſtrictionem generalitas textuum minime admittit: quo eodem argumento refutatur explicatio Accurſii, *in d. l. 13.* qui ex contrario explicat illum locum de caſu ſingulari, quo commodatum utriuſque gratia contractũ eſt. Plane vix eſt quod reſpondeatur præterea quæ in præcedd. diximus: plus præſtandũ eſſe in commodato evincit inevitabiliter, quod hic tradit Juſtinianus, utriuſq; gratia contrahi pignus, commodatum autem conſtar tantum regulariter iniri accipientis gratia: & igitur hic ad diligentiam majorem teneri debet ex ſuma ratione, & ex regula *d. l. 5. §. 2. commodati.* Itaque nec impedimento eſt, quod in *h. §.* Juſtin. à creditore requirit exactam diligentiam, quomodo & in §. locutus eſt de commodato, quoniam facit jam dicta ratio, ut ibi exactiſſima ſit diligentia, hic autẽ exacta in poſitivo gradu intelligenda, quod & Acc. monet. Niſi obſtaret hic locus, *junct. l. 5. §. 2. commod.* defendi poſſit, pignus contrahi ſolius creditoris gratia: quoniam ſcil. pignus eſt ſeparatus plane contractus à principali, & uterque per ſe ſubſiſtit & ex utroque propria & ſeparata actio competit. Itaque cum creditor ex contractu principali pro debito habeat ſuam actionem, dici poteſt non abſurde, pignus qua tale, & qua facit ſecurum creditorem, ejus ſolius utilitatem reſpicere, neque vero quod propter pignus facilius quis repetit creditorem, tanto magis facit, ut contractus pignoris ipſius gratia initus dici poſſit: quã forte conſiderationem *in d. l. 13. §. 1. de pignor. act. & in l 19. C. de pign.* Imp. & ICtus ſunt ſecuti. Quin nec ipſe Juſtinian. hic ſatis ſibi convenire videtur, dum tantum removet caſum fortuitum; niſi ex ſuperioribus reſpondeas, ideo factum quod leviſſima culpa utpote vix culpa aliquando ſub fortuito caſu comprehenſa intelligitur: quamvis & turbet, quod *in l. 14. de pign act.* dicitur eam diligentiam requiri quã diligens paterf. adhibet rebus ſuis: quæ videtur eſſe deſcriptio mediocris diligentiæ: niſi rurſus intelligas in abſtracto patrem familias diligentiſſimum, ut *in l 25. §. 16 famil. erciſc.* Et diximus de hac re plura *in Tr. de pignorib lib. ult.*

Nec impediri creditum petere.] Idem *in l. pignus 9. C. de pignor. act.* Eſt enim ſeparata obligatio principali à pignoratitia: & nimis ruſtica eſt opinio eorum, qui pignore forte incendio conſumpto, nullam pro credito putant ſupereſſe actionem.

AD TITULUM XVI. LIBRI TERTII INſtitutionum, DE VERBORUM OBLIgationibus.

TEXTUS.

Verbi obligatio cõtrahitur ex interrogatione & reſponſione: cum quid fieri ve nobis ſtipulamur, ex qua duæ proficiſcuntur actiones: tam condictio certi ſi certa ſit ſtipulatio: quam ex ſtipulatu, ſi incerta ſit: quæ hoc nomine inde utitur, quod ſtipulum apud veteres firmum appellabatur, fortè à ſtipite deſcendens.

COMMENTARIUS.

1 *An alia ſit verborum obligatio præter ſtipulationem.*
2 *Stipulatio eſt contractus.*
3 *Stipulationis Etymologia.*

SEquitur altera ſpecies contractuum, qui verbis conſtant, i.e. ad eſſentiam ſuam & conſtitutionẽ certa

certa verba requirunt: Ceteroquin verba in omnibus fere contractibus adhiberi ſolent, ſed ad eorum eſſentiam non pertinent: cum nec etiam ſimpliciter verba hic ſufficiant, ſed certo modo determinata, ut mox dicemus. Contrahitur hæc obligatio aut præcedente interrogatione, aut non præcedente, ſi Cajo credimus 2. *Inſtit.* 9. ubi hujus ſpeciei duo exempla ponit, dictionem dotis & jusjurandum liberti, qui patrono operas, donum ſe daturũ promittit. Et ita *Ulp in pr. tit. de dotibus.* Dos aut dicitur aut promittitur. Et ſi hic obligatio nata fuit, cũ non naſceretur ex literis necne, nec ex nudo conſenſu, oportet ut nata fuerit ex verbis: ſi dictæ dotis mentio quoque eſt *in l. 3. C. Theod. de inceſt. nupt.* & amplius *in l. ult. C. Theod. de dotibus: & in l. & per 13. in pr. de acceptil* per jusjurandum liberti contracta obligatio per acceptionem dicitur tolli: quomodo tantum contractæ verbis obligationes tollantur, ut docet *l. 8. §. 3. de accept.* Sed poſtquam ex ſolo pacto ut obligatio dotis efficax naſceretur, conſtitutum eſt *l. 6. C. de dot. prom.* Hæc ſpecies obligationis ceſſavit. Et cum in liberto jurejurando religionis quoque vinculum aliquid adferret momenti, factum inde eſt, ut obligationis verborum appellatio fere in ſola ſtipulatione ſubſiſteret, unde *in l. 1. §. verbis 7. de obl & actionib.* obligatio verborum per interrogationem & reſponſionẽ contrahi dicitur: de qua re v. fuſius differentes *Cujac. in l. 1. in pr. h. t. Gœd. in proleg. de contrahend. ſtip Donell. ad rubric. D. h. t.* Et recte adeo Juſtin. ait verborum obligationem contrahi ex interrogatione & reſponſione. Et poteſt non inepta definiri ſtipulatio quod ſit congrua de dando vel faciendo ad interrogationem præcedentem verbis factam, verbis nuncupata reſponſio: vel quod ſi contractus, quo quis verbis interroganti, aliquid ſe daturum vel facturum aut generalius, præſtiturum, congrue promittit. Et nimis inepti ſunt † qui ex eo quod *in l. Labeo 19. de V. S.* ſtipulatio dicitur actus, & quod *in l. 5. de V. O.* dicitur conceptio verborum, inferri putant, quod non ſit contractus. Quod autem *in d. l. 19.* contractus dicitur ultro citroque obligatio, non ſine vitio dicitur, & verbo contractus nimis ſtricte accepto pro eo, qui utrimque ab initio parit obligationem, ut exempla ſubjecta oſtendunt: nec quidquam falſius eſt, quam quod Gœd. ſcribit *de contr. ſtip. cap. 1. concluſ. 3. num. 21.* Labeoni propoſitum fuiſſe perfectam & generalem omnium contractuum definitionem tradere. Eſſe iſtum contractum juris civilis, communiſſima ſententia eſt & facit *l. 1. locati l ſi ita 126. §. 2. verſ. ſu; treſſ ārt. O.* & quod non conveniat id ſimplicitati juris gentium, ut ad alicujus actus eſſentiam, verba, & quidem nuncupata ore requirantur. Et eſt fatendum hactenus eſſe juris civilis contractum iſtum: ceteroquin non male etiam dicitur eſſe juris gentium, quatenus & huic convenit, omnino, ut quis per conſenſum declaratum verbis obligetur, licet neceſſum eo jure non ſit, ut verba ſint certa & interrogationi congrua, aut prolata utrimque. Hæc præmittere viſum fuit. Ait Juſtinianus:

Ex quo duæ actiones.] Hoc perpetuo obſervat Juſtinianus & recte, ut actiones ex quoquo contractu naſcentes adjungat: quoniam in hir eſt obligationis quaſi executio, ſi debitor officium ſponte ſua facere nolit.

Condictio certi] De hac diximus *ad pr. tit praced in fin.* Et enim eadem ratio hujus condictionis, quæ eſt ejus, quæ deſcendit ex mutuo.

Si certa ſit ſtipulatio] Omnis ſtipulatio certa eſt: ſed dicitur incerta vel certa, conſenſu quo actio inde nata, & ſcilicet ab objecto, quod eſt vel certum vel incertum, res nimirum & id quod in ſtipulationem eſt deductum, de quo late IC. *in l. ſtipulat. 74. & l. ſeq. h. t.*

Ex ſtipulatu ſi incerta] Verba *ex ſtipulatu* ſignificat hic nomen actionis, ſicut *& in l ſi quis 24. de reb. cred. l. 4. in pr. de uſur.* non cauſam efficientem: nam & certi condictionem oriri quoque ex ſtipulatu ſive ſtipulatione, haud poteſt negari: & probatur per hunc text. ubi Juſt. ait duas actiones proficiſci ex ſtipulatione, condictionem certi, &c. & per *l. inter 83. §. ſi rem 6. h. t.* ubi certum eſt in ſtipulatione, & dicitur, quod agatur ex ſtipulatu. Item *per l. debitori 7. in fin* ibi *ex ſtipulatu C. de pactis junct. l cum mota 6. C. de tranſaction bus.*

Quæ hoc nomine utitur.] Videlicet ſtipulatio, quam à ſtipulo deducit Juſtinianus, quod veteres firmam dixiſſe teſtatur: quo ſenſu tamen ſtipulum apud Latinos autores negat reperiri Carull. Cotta, ſed refutatur autoritate *Pauli. 3. ſent. 7. de obligat* ubi eandem notationem refert; quem locum ab Iſidoro citari ibidem Cujacius notat: verum apud *Iſid lib. 5 cap. 24.* aliam invenio etymologiã: & quod ſtipulatio dicatur à ſtipula: veteres enim, inquit, quando ſibi promittebant aliquid, ſtipulam tenentes frangebant, quam iterum jungentes agnoſcebant ſponſiones ſuas, ſed in eam rem citare autorem debebat: neque enim fidem ipſe ſine autore

facit

ſfacit. Feſtus porro deducit ſtipulationem à ſtipe, eo quod interrogatus ſpondebat ſtipem, id eſt æs; & *Varro. 4. de Ling. Lat.* eo quod veteres æs, quo gravi utebantur ſtipulabant, ſtipem & porro ſtipe ari dictum auto eſt: & poteſt verbum ſtipandi deductum eſſe à Græco στίβεν ſive στύφειν: quæ & *Alciat. 1. parerg. 39.* ſententia eſt: quæ & mihi probatur magis: neque quod ſtipulationes dicuntur in roductæ firmandarum obligationum gratia, ſatis facit ad tuendam iſtam Juſtiniani etymologiam.

TEXTUS.

11. In hac re olim talia tradita verba fuerunt: ſpondes? ſpondeo, promittis? promitto: Fide promittis? Fide promitto: Fidejubes? fidejubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam. Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua ſtipulatio concipiatur, nihil intereſt: ſcilicet ſi uterque ſtipulantium intellectum ejus linguæ habeat: Nec neceſſe eſt eadem lingua utrumque uti; ſed ſufficit congruenter ad interrogata reſponderi. Quin etiam duo Græci Latina lingua obligationem contrahere poſſunt. Sed hæc ſolemnia verba: olim quidem in uſu fuerunt: poſtea autem lata eſt conſtitutio Leonina, quæ ſublata ſolemnitate verborum ſenſum & conſonantem intellectum ab utraque parte ſolum deſiderat; quibuſcunque tandem verbis expreſſum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Stipulatio fit verbis nuncupatis ore.*
2 *Congruitas verborum.*

STipulatio verbis conſtat, & quidem utrimque ore nuncupatis *l. 1. in pr. h. t.* Itaque non poteſt fieri inter abſentes, ita ut alter alterum loquentem audire non poſſit, nec porro poteſt contrahi in ſcriptis licet inter præſentes, contra quam falſo cenſet Weſ. Cui non pugnat *l. C. de contr. ſtipulation.* quæ non probat, quod inſtrumentum ſatis ſit ad conſtituendam ſtipulationem, ſed quod ſufficiat ad probandum: quia pro inſtrumento præſumitur, vera eſſe omnia, quæ in eo facta narrantur, & ob id, recte & per verba ſtipulationem eſſe contractam, juxta *l. ſciendū 30. h. t. §. item 11. infra. de inutil ſtipul §. ult. in fin. d. fidejuſſorib. l. Titius 134. §. 2. de V. O.* Non obſtat etiam *l. ea quæ 57. de donat. int. vir.* neque enim ibi principaliter tractatur de eſſentia ſtipulationis, ſed, an actio ex ſtipulatu contra mulierem detur, quæ miſit divortium contra pactum conventum: itaque ſtipulationem rite factam præſupponere oportet, ſicut & in *l. Titius 24. de conſt pec.* & veroſimile eſt, ſervum qui ibi juſſu domini pecuniam numeraſſe dicitur, ſtipulatum fuiſſe à muliere in caſum ibi propoſitum pecuniam redditum iri, & hoc nimirum ita actum fuiſſe, mulier ſignificavit per epiſtolam marito. Sed & fruſtra objiciunt hic, quod non minus expreſſa ſcripto valere debeant, quam quæ verbis nuncupantur *l. non figura 38. de oblig. & act.* quoniam id toties eſt neceſſe ut falſum ſit, quoties opus eſt verbis ad conſtitutionem actus, ſicut ex adverſo, quod dicimus tam valere quod verbis exprimitur, quam quod ſcriptura concipitur, toties falſum eſt, quoties ſcriptura requiritur ad eſſentiam rei. Nec quicquam intereſſe poteſt an literis quid agatur inter præſentes an abſentes: neque enim hinc literarum natura mutatur: ut vel hinc confutetur Weſenb. qui literis inter præſentes putat recte ſtipulationem fieri, non inter abſentes, quod etiam confutatur per *§. mutuum 7. infr. de inutilibus ſtipul.* Hinc etiam efficitur, inutiliter contrahi, ſi quis interrogatus tantum annuat, *l. 1. §. 2. h. t.* ubi dicitur, eum nec quidem naturaliter obligari: quod debet referri, vel ad ſimplicem rationem civilis juris, ut obligatus non videatur naturaliter, nec pro tali habeatur, quoniam ſubſtantia obligationis & eſſentia deficiat: vel ad eum referendum eſt caſum, quo quis juris gnarus, & quæ ad eſſentiam ſtipulationis requirantur, joco magis quam ſerio, aut animo ſe obligandi annuiſſe præſumitur: cæteroquin ſi quis ſerio aut annuat, aut interrogantis etiam per epiſtolam reſpondeat, dubitandum haud putarem quin naturaliter & ex jure gentium obligetur. Et ſtipulatio igitur requirit verba ex utraque parte.

Amplius verba † oportet eſſe congrua & congruenter prolata. Ea congruitas primo ſpectatur in ipſis verbis, quæ olim neceſſe erat eſſe ſolemnia & directa, ſed poſt *l. omnes 10. C. h. t.* qualiacunque

 que

que verba, apta modo ad declarandam mentem cõtrahentium ſufficiunt: & ſtipulationem valere non dubitem, ſi quis diverſo & alio verbo, quam quo interrogans uſus eſt reſpondeat. Deinde congruitas poſita eſt in hoc, ut reſpondeatur ad idem quod fuit in interrogatione, non aliud, de quo agemus *in § praeterea infr. de inutil. ſtipul.* Tertio ad congruitatē pertinet, ut continuus ſit actus interrogationis *l. continuus 137. in pr. h. t.* ſed id tamen civiliter accipitur, ut non intervallum omne excludatur, ſed longiuſculum, ex quo colligatur, ad alia diſceſſum & animum contrahendi depoſitum eſſe: aliat enim non tam reſponſum videtur ad priorem interrogationem, quam ſeparate promiſſum, quod ſubſiſtit in nudis terminis pacti *l. 1. §. 1. & d. l. 137. in pr. h. t. l. ſi ex duobus, 12. in pr. de duobus reis*, ubi ut hoc addam obiter, pro verbo *prolutus*, (quod ineptum eſt, & ab aliis varie refigitur & emendatur) non dubito, quin legi debeat *Pro. ulus* ut nimirum hujus Juriſconſulti ſententia referatur: his quæ diximus, ita concurrentibus, contractam eſſe ſtipulationem præſumimus *l. 7. §. quod fere 12. de pactis.* niſi ex iis quæ præceſſerunt, colligatur, non tam ſtipulandi, quam ſimpliciter paciſcendi animo verba prolata fuiſſe, quomodo *pri. c. d. §. 12.* accipiendum eſt, idque horum verborum argumento, *in noviſſima parte pactorum*, ut ſcilicet aliis pactionibus, non ſtipulationib. verba, *rogavit Titius, ſpopondit Mævius*, ſubjecta fuiſſe ponamus, quo caſu, hæc verba, *rogare ſpondere*, quæ alias ſtipulationum ſunt, ut oſtendit *d. §. 12.* poſſunt etiam ad nuda pacta referri: quoniam quæ ſpecies conventionis inita ſit, ex circumſtantiis, & tum ex his quæ præceſſerunt, tum etiam ex ipſe voluntate partium non raro ſolet æſtimari. Ait Juſtin.

Utrum Latina an Græca.] Conſtat Romanos olim, magnam quaſi linguæ ſuæ venerationem eſſe voluiſſe, & in provinciis quoque præſidibus aut prætoribus, decreta non niſi lingua Romana pronuntiare fas fuiſſe *l. decreta 48. de re judic.* Sed ſane abſurdum fuiſſet, ſi hanc neceſſitatem etiam ad privatos & contractus tranſtuliſſet. Et ita ut *h. §.* jam olim reſpondit *Ulp. in l. 1. §. ult. h. t.* nam quo ad Juſtiniani ætatem ſtulta fuerit dubitatio: cum eo tempore major uſus & dignatio fortaſſis quoque Linguæ Græcæ eſſet.

Quin etiam duo Græci.] Nulla in hoc penitus videtur eſſe dubitandi ratio.

Conſonantem intellectum ſolum.] Modo adſint, quæ ante retulimus: loquimur autem de ſtipulatione vera non ficta, quæ inducitur per legem *ut l. 1. C. de rei ux. act.*

TEXTUS.

4. Omnis ſtipulatio, aut pure aut in diem, aut ſub conditione fit pure: veluti quinque aureos dare ſpondes? Idque confeſtim peti poteſt. In diem: cum adjecto die, qua pecunia ſolvatur, ſtipulatio fit: veluti, decem aureos primis Calendis Martiis dare ſpondes? Id autem, quod in diem ſtipulamur, ſtatim quidem debetur, ſed peti prius quam dies venerit, non poteſt: at ne eo quidem ipſo die, in quem ſtipulatio facta eſt, peti poteſt: quia totus is dies arbitrio ſolventis tribui debet: neque enim certum eſt, eo die in quem promiſſum eſt, datum non eſſe priuſquam is prætereat.

COMMENTARIUS.

1 *Cedere diem.*
2 *Ex obligatione pura ſtatim agitur.*
3 *Ex obligatione in diem ſtatim eſt nata actio.*

QUamvis hic titulus tantum ſit inſcriptus de verb. oblig. pleraq; tamen eo tradita, ſunt generalia & communia aliis quoque obligationibus, & præcipue quod hoc §. traditur, omnes enim contractus & quævis conventio aut pure, aut cum adjecto die vel conditione iniri poteſt. Aliquando nimirum ita contrahitur, ut nec actio nec obligatio differatur, ſed utraque præſens ſit: interdum ut differatur actio, interdum & obligatio quod accidit in obligatione cõditionali. Pura obligatio eſt ex qua ſtatim obligatur debitor, & ſtatim agi poteſt: quo IC. vocant & ceſſiſſe & veniſſe † diem *l. cedere 213. de V. S.* cedere enim dies dicitur, cum obligatio nata eſt & deberi incipit: venire autem, cum & efficaciter agi & exigi debitor poteſt. Itaque recte ait Juſtin. ex pura obligatione confeſtim peti poſſe: quod ſcilicet certa juris ratio facit, cum nihil occurrat, quod moretur actionem probant, *l. cum 41. § 1. h. t. l. in omnibus 14. de R. I. d. l. cedere 213. de V. S. l. liber. 118. § 1. h. t.* Sed viciſſim tamen cum utique ſpacium ſit debitori etiam pure obligatio concedendum, ut expediat ſolutionem, interſtitium aliquod

aliquod inter contractam obligationem, & actionem inſtituendam intercedere debet. & utique rantum temporis quo tradito fieri poſſit *§. ult. infr. de inutil ſtipul.*

Quod autem aliqui hunc terminum decem dierum, alii etiam longiorem faciunt errare arbitror, & male confundere tempus intra quod agi poſſit, & tempus quod debitori cōfeſſo in jure prætor daturus eſt. Dico omnino ſtatim poſſe moveri actionem, & debitorem in jus vocari; ſed ſi reus confeſſus ſit debitum, & paratum ſe ſolvere dicat, judicium in eum non dabit prætor *l. ex judicatum 26. judic. ſolu.* ſed præfiget & dabit ei terminum ad ſolvendum *l. ſi debitori 21. de judic.* ubi etiā ſimul hoc additur, terminum dandū eſſe illum ipſum, qui condemnatis dare ſolet: quod ſpacium olim XXX. dierum, poſt ad bimeſtre demum, à Juſtiniano ad trimeſtre ſpacium productum eſt, *l. 2 & 3. C. de uſur. rei jud.* & plane cum confeſſus pro judicato ſit, & ſi debitor ſecum litem conteſtari paſſus per judicem cōdemnatus fuerit, tantum temporis ad ſolvendum habet, ſūma ratio eſt, ut ei bonam fidem agnoſcēti, & parato ſoluere, ſed dilationem petente, idem ſpacium indulgeatur. quamvis Dd. communius putent, hoc ſitum eſſe in arbitrio judicis. Hæc de obligatione pura.

De obligatione in diem ait Juſtin. quod ita promiſſum eſt, deberi quidem ſtatim, ſed peti nō poſſe, prius quam dies venerit. Nimirum † quia in hac ſpecie obligationis, ceſſit dies, id eſt incipit res deberi *d. l. 213. de V. S. & in l. centeſimus 46. in pr. h. t.* obligationem quidem præſentem eſſe, ſed in diem delatam ſolutionem. Et hoc in confeſſo eſt: ſed non æque quod ſequitur, non peti poſſe antequam dies venerit: In diverſas enim hic ſententias iverunt Ultramontani & Citramontani: hi nec natam quidem actionem eſſe, illi natam quidem, ſed necdum in judicio poſſe efficaciter moveri ſtatuerunt: quorum ſententia vera eſt: hac ratione ſolida, quod poſita obligatione habili tamquam cauſa, neceſſe eſt poni actionem tamquam effectum: atquin obligationem natam eſſe coguntur fateri omnes, ergo etiam actionem poni & natam eſſe oportet. Alia ratio eſt, quod qui præmature & male agere dicitur, hic non agit ſine actione. Atqui agens ante diem præmature & male agere dicitur *l. un. §. ult quand dies uſufr ced arg. l. liber* 118. §. 1. *h. t.* Ratio majoris eſt: quoniam qui nudam habet actionem, ſi movet aliquid in judicio agit nulliter, & quidē extra periculum, ut dicemus *in §. ſi quis agens 33. infr. de actionibus.* Sed quia ante diem agebat, id faciebat cum periculo plus petitionis, & niſi clauſulam adderet, *cujus pecunia dies veniſſet*, cauſa cadebat, ut eo loco dicemus: & hinc Juſtin. *in §. temporales. 10. infra de except.* agenti ante diem, exceptionem dicit obſtare, quæ præſupponit actionem. Et facit, quod alias contra hunc text. junct. *§. ſub. cond. 4. infr. h. tit.* nulla futura pene eſſet differentia inter obligationem conditionalem & ex die, ſi ex hac necdum actio eſſet. Et denique facit hæc ratio: Quod quæ eſt obligationis conditio, cui cum initio eſſet pura, poſtea dies adjectus fuit: eadem videtur eſſe conditio obligationis, quæ habuit initio diem, *argum. d. §. 10. de except.* in qua hi caſus comparantur: atquin illo caſu nata eſt actio: Ergo & hoc. Et ſicut ſi obligatio contracta ſit uſque ad diem, adveniens dies actionem non perimit, ſed tantum facit, ut per exceptionem elidatur *§. ſeq.* ita quoque dies adjecta obligationi tamquam terminus à quo, non videtur efficere, ne naſcatur actio, ſed tantum, ut intentata excludatur. Neque obſtat, quod quibuſdam textibus legimus ante diem peti vel agi non poſſe, velut *in l. certi 9. in f. prin. de reb. cred l. quoties 24 de oper. libert. l. exiſtim. 98. § 1. l. liber. 118. § 1 hoc tit. l. 7. §. 1. ſi in diem 14. Quib. ex cauſ. in poſſeſ.* quoniam intelligitur non poſſe agi cum effectu ut exactio & condemnatio quoque ſequatur, ſicut in obligatione pura; non autem inde efficitur, non eſſe natam actionem. Nam & *in l. Julianus 13. §. offerri 8. de act. empt.* dicitur non eſſe actio, quam conſtat ubique natam eſſe. Non obſtat etiam, quod *in l. interdum 73 in princ. h. tit.* ubi agitur de ſtipulatione quæ ex re ipſa capit dilationem & reſpondetur, *tunc incipere actionem*, &c. ita ut & diem antecedere negari videtur. Etenim particula *tunc.* non eſt captanda, ſed commode explicanda, vel potius, cum utique falſum ſit, quod in obligatione in diem non ceſſerit dies (quod principiis juris repugnat) reſponderi debet, confuſim ibi proponi varia exempla, quorum omnium non eſt eadem ratio: Omnia quidem hoc habent, ut dilationem habeant, ſed non eandem: ſed in quibuſdam eſt conditio, in quibuſdam conditio, ſimul & dies: promiſſio enim operarum tacitam habet conditionem, ſi fuerint indictæ: & promiſſio fructuum futurorum, (ut & ſupra diximus *ad § ea quoque 7. de legatis*) diem habet, *cum naſcitur*, & conditionem, *ſi naſcentur*, promiſſio autem de ſoluendo in alio loco, habet tacitum diē *§. loca 5. infr. h. t.* ſecundum quæ, prædicata *d. l. 73.*

poſt annum cœptum decedens tranſmittat jus petendi in hæredem, quod obtinet in omnibus legatis in diem *l. ſi poſt 5 & paſſim quand. dies leg. ced.* Itaque errare videtur Acc. dum hac in re differentiam ſtatuit, an quid legatum vel promiſſum ſit in annos ſingulos, an annis ſingulis: ut altero caſu, & ſc. priori, dies cedat anni initio, poſteriori demum ſub finem anni, citans ad hoc §. *ult. infr. de inutilibus ſtipul. junct. l. qui hoc 42. h. t.* ubi dicitur, eum qui ſtipulatus eſt, *hoc anno dari*; non poſſe petere, niſi anni omnibus partibus præteritis. Neque enim ex eo inferri poteſt, etiam diem demum cedere præteritis omnibus anni partibus; ſiquidem ut ſæpe dixi, in quavis obligatione in diem, ſtatim cedit dies, ſed petitio differenda eſt. Et adeo licet detur quod in obligatione in annos ſingulos concepta initio anni cedat dies, non tamen inde, peti quoque initio anni poſſe, & obligationem puram eſſe inferri poteſt. Verum ſi admittimus autoritatem Juſtiniani, qui affirmat h. §. obligationem eſſe puram, oportebit fateri, differre ſtipulationem in annos ſingulos, ab hac, *annis ſingulis*: Etenim hæc non eſt pura, cum demum ſub exitum anni imo toto demum elapſo anno peti poſſit. Atque hactenus nec dum erit differentia inter legatum & ſtipulationem: nam & de legato in annos ſingulos reſponſum eſt, primi anni eſſe purum: nec enim facile dixerim, reſpectu legati conditionalis, cui *in d. l. 4.* opponitur legatum purum, etiam legatum in diem purum appellari poſſe: nec puto exſtare exemplum, ut obligatio in diem pura fuerit appellata. Et huic equidem loco & §. minime iſta convenerit explicatio, in quo, ex profeſſo diſtinctio obligationis in puram, & quæ conditionem vel diē habet, traditur. Et iſta ſtatuemus; ubi quod promiſſum eſt in ſingulos annos, & ſtatim, & initio quoque cujuſque anni, ſummam promiſſam protinus peti poſſe: atque hactenus nihil intereſſe, an quis in annos ſingulos ſimpliciter, an vero, quoad victurus ſit, fuerit ſtipulatus, niſi quod illo caſu efficaciter quoque in hæredes tranſit ſtipulatio, ut nec repelli per exceptionem poſſint: *l. Stichum 16. § 1. h. t.* qua in re legata & ſtipulationes differunt: & creditur teſtator, quod verbi cauſa Titio in ſingulos annos (non addito, quoad vivat) legavit, ſoli Titio præſtari voluiſſe, non hæredi ejus *d. l. 4 de ann. legat.* at qui contrahit, in dubio quoque ſuis hæredibus proſpicere voluiſſe præſumitur, *l. ſi pactum 9. de probationib.* quamvis *ſine gl. in d. l. Stichum 16. §. 1. h. tit.* neget jus exigendi efficaciter tranſire in hæredes, ſed perpetuam dici eo ſenſu, quo & hic, ut tamen exceptio obſtet hæredi, quod & magis ibi Barr. probat *l. ſancimus §. ult. Cod. de donat.* ubi tum demum tranſitus in hæredes fit, ſi eorum ſit expreſſa facta mentio. Et differet nihilominus ita à legatis, quoniam cum in his ita obſervetur, ut ſequentium annorum legatum cenſeatur conditionale, *l. 4. de ann. leg.* non poteſt ullo modo actio in hæredem tranſire, nec ipſo
jure ei non petere. Additur † in *d. l. Stichum 16. §. 1.* 2
h. t. ſtipulationem in ſingulos annos eſſe unam, & idem *in l. Senatus 35 § ult. de mort. cauſ. donat.* ubi quoq; Dd. hic & *in d. l. 16.* communiter aliud eſſe in legatis putant per *l. cum in 10 Quand. dies leg. ced. l. cum in 4. de ann legat* quibus locis dicitur plura eſſe legata. Hottom. vero ait non poſſe ſe mirari ſatis, quid in mentem venerit iis qui ita diſtinxerint & reſpondet *ad d. l. 16. §. 1. h. t.* ibi agi de ſtipulatione tranſitoria in hæredes, non vero, de ea, *Quoad vivam*, quæ in h. §. proponitur. Ego vero miror judicium Hottomanni. Nam 1. ut dixi, dubitatur quo ſenſu *in d. l. 16.* dicatur perpetua ſtipulatio: & maxime ut Br. diſputat, ſi promiſſum ſit homini tenuioris fortunæ, cenſebitur pro alimentis promiſſum. Deinde & magis cum ſtipulatio hæc *in ſingulos annos quoad vivam*, ipſo jure ſit perpetua, & objectio exceptionis ipſius eſſentiam non variet, non animadverto, quæ res facere poſſit, ut hæc potius ſit multiplex, quam illa ſimpliciter concepta *in annos ſingulos*. Neq; juvat Hottom. quod *in l. oblig. 44 de obl. & act.* legata & ſtipulationes comparantur. Non enim comparantur in iſto de quo quærimus, ſed quod ſi legatum quid ad tempus ſit, nec hoc quidem deſinat tempore deberi. Cæteroquin hactenus ſpeciale eſſe in hoc legato annuo, quod actio nullo modo tranſeat in hæredem, docet *d. l. 4. de ann. legat.* Et recte itaque Dd. ſtipulationem hujus § ſtatuunt eſſe unam. Sed non eſt expeditum, in quo conſiſtat effectus hujus rei & unitatis. Apparet, non nullum eſſe hujus tractationis effectum: cum non uno loco hanc rem, an una an plures ſint ſtipulationes, tractarunt JCti, ut in *l. ſtare 29 l. pluribus 140 in prin. & § 1. de verb. obligat.* & ſtrictim quoque ejus rei mentio eſt *in l. 1. § 5. l. ubi 75. §. pen. l. Titia 134. § ult. h. t.* A conceptione verborum non poteſt ſumi deciſio, nam & hoc modo legatum unicum eſſet: aut an fingimus teſtatorem in ſingulos annos legatum repetiiſſe? Accurſ. *in d. l. 16. § 1. h. t.* reddit rationem, quoniam una naſcatur actio; ſed & pro legatis eſt una actio ex teſta-

teſtamento: nec poteſt dubitari, quin etiã ex cauſa ſtipulationis ſingulis annis ſit ſeorſim agendum. JCtus *in d. l. 4. de ann. leg.* ait primi anni legari purum eſſe, ſequentium conditionale. Atqui in poſſunt eſſe plures ſtipulationes, ut tamen nulla ex illis ſit conditionalis. Et hoc tamen reſpectu & ad hunc finem videntur JCti plura voluiſſe eſſe legata, ne alias in hæredem tranſmitteretur legatum: quoniam exceptio pacti vel doli quæ obſtat in noſtro caſu ſtipulatori, non eadem ratione objici poteſt legatario: ut proinde ita diſponendum fuerit, ne actio penitus hæredi competere poſſet. Itaque legatum tale & purum eſt & conditionale: atque ita non unum: ſecus in ſtipulatione. Tum etiam eo pertinet hoc, plura eſſe legata; quod ſingulis annis ſpectatur conditio & qualitas perſonæ, veluti ſi ſervus cui ita legatum eſt, poſt annum unum aut alterum conſequatur libertatem, ipſi annuum debebitur *l. nec ſemel 12. § 2. quand. dies legat.* quod dicemus ſecus eſſe in ſtipulatione *argum. l. ſi filiusf. 78. h. t.* & ita *in l. Senatus 35. § ult. de mort. cauſ. donat.* cum ſtipulationem dixiſſet JCtus eſſe unam, iſtius rei hunc effectum ſubjicit, ut ſemel inſpiciatur ejus conditio cui facta eſt promiſſio. Et ita quoque quoad tollendam obligationem & alia id genus ſtipulatio hæc habebitur pro una. Non tamen crediderim, ſimpliciter & abſolute legata plura intelligi, ſed etiam aliquo reſpectu unum legatum dici poſſe ſicut ex adverſo aliqua etiam pluralitas in ſtipulatione hac conſiderari haud dubie poterit. Sed ſatis eſt opponi in quibuſdam hac in re ſtipulationem & legatum. & ſuis modis hoc multiplex, illã, unam appellari. Sed de iſta re plus ſatis. Unum addendum eſt: Scribit Hottom. quod tempus non ſit modus tollendæ obligationis, pertinere ad obligationes, quas jus civile conſtituit, non ad eas quæ ſunt juris gẽtium: itaque commodatum, depoſitũ, mutuũ, conductionem, ad tempus, conſtitui poſſe. Quod haud ſcio an ſatis ſubtiliter dicatur. Nam 1. commodatum & conductio, hoc habent eſſentiale ut ad tempus conſtituantur: itaque & tempus proprie loquendo non tollit obligationem: 2. Quod mutuum & depoſitum attinet, magis ibi quærendum eſſet, an tempus ſit modus inducendæ obligationis. Sed enim dicẽdum eſt, obligationem naſci, ex numeratione & traditione rei. Itaq; protinus poſſe agi ad reſtitutionem: ſed creditor, qui mutuũ dedit, ut debitori ad tempus liceret uti pecunia (nam in depoſitario ſecus eſt) ſi maturius petat, communi jure repelletur pacti exceptione.

TEXTUS.

4. Sub conditione ſtipulatio fit, cum in aliquem caſu differtur obligatio, ut ſi aliquid factum fuerit, vel non fuerit, ſtipulatio committatur; veluti ſi Titius conſul fuerit factus, quinque aureos dare ſpondes: *Si* quis ita ſtipuletur, ſi in Capitolium non aſcendero, dare ſpondes? perinde erit ac ſi ſtipulatus eſſet, cum moreretur, ſibi dari. Ex ſtipulatione conditionali, tantum eſt ſpes, debitum iri, eamque ipſam ſpem in hæredem tranſmittimus, ſi prius quam exſtet conditio, mors nobis contingat.

COMMENTARIUS.

Dictum eſt de obligatione pura & in diem, ſequitur cõditionalis. Liceat autem paulo pinguius loqui, ſuper habita illa ſubtilitate, quod ſtipulatio contractusve dicatur conditionalis, non obligatio: agnoſco enim verum eſſe, non poſſe quem ſub conditione obligatum eſſe; quia implicat contradictionem, eſſe obligationem, & obligationem adhuc pendere, & nec dum exſtitiſſe: & cõſtat pendente adhuc conditione, nec natam eſſe obligationem. Etenim necdũ venit, nec ceſſit dies *l. cedere 213. de verb. ſign.* id eſt, necdum quidquam debetur, ſed ut *inf. §.* ait Juſt. ſpes eſt, debitum iri. Conditio autem eſt vel poteſtativa, vel caſualis, cujus hic *in prin.* tantum fit mentio. Et cõditio rurſus concipitur vel negate, vel affirmate. Si circa impoſſibile objectum hoc modo fiat, obligatio ſtatim nulla eſt, ſi vero illo modo, ſtatim pura eſt, cum conditio nullum poſſit operari effectum, *l. impoſſibilis. 7. h. tit. cum l. ſeq.* de quo *in §. ſi impoſſib. 10. infr. de inutil. ſtipul.* Quod ſi negative concipiatur conditio circa rem poteſtati noſtri ſubjectam, duo occurrunt caſus, quod aut adjicitur perſonæ ſtipulantis *ſi non aſcendero Capitolium, centum mihi dabis?* aut perſonæ promittentis, verbi cauſa, *ſi Capitolium non aſcenderis centum mihi dabis?* Priorẽ caſum hic Juſtinianus tractat, & reſpondet perinde eſſe, ac ſi ſtipulatus eſſet ſibi dari cum morietur, quia ante eſſe certum non poteſt, Capitolium eum non eſſe aſcenſurum: itaque hæredi ejus demum actio dabitur: quod ſecus eſt in legatis; legatarius enim

creditor ſtatim agere poteſt oblata cautione Mutiana, ſe non aſcenſurum, & ſi aſcenderit, quod accepit, reſtituturum, *l. Mutiana. 7. in prin. de condit. & demonſtr.* quæ cautio non admittitur in contractibus: imputet enim ſibi, qui hanc adjecit conditionem, aut adjicere paſſus fuit, cum nec aliter contracturus & promiſſurus fuiſſe præſumatur alter, quam ut demum hæres ſtipulatoris agere poſſet: adeo fieret promiſſori injuria ſi ſtatim exigeretur. Teſtatori autem ſatisfieri intelligetur, modo ne contra conditionem peccetur. Et hanc opinionem, quod in contractibus non ſit locus cautioni Mutianæ, ſed tantum in legatis, communem teſtatur *Porcius hic.* ubi & hanc addit rationẽ. quod alias plane inutile foret legatum, ſi nec legatarius vivus illud petere poſſet: cum legati conditionalis ſpes non tranſeat in hæredem.

In altero caſu, ubi conditio collata eſt in perſonam promiſſoris eodem modo reſpondetur *in l. ita ſtipulatus* 115. § 1. *h. tit.* ſi ita ſtipulatio concepta ſit, ſi Capitolium non aſcenderis, centum dabis? nõ poſſe ſtatim agi, ubi promiſſor cum poſſet, Capitolium non aſcendit, ſed ubi cõſtat, Capitolium eum aſcendere non poſſe. Quod cum demum certum fiat, ubi moritur ſtipulator, perinde erit, ac ſi quis promiſiſſet, cũ moreretur dare: itaque demum ex hac ſtipulatione contra hæredem promiſſoris poterit agi. Quod ſi conditio in dando poſita fuerat, veluti ſi hominem non dederis, diſtinguit Papinianus *in d. l. 115. de verbor. ſignific.* an ſtipulatio cœperit à conditione, veluti, *ſi hominem non dederis, centum dabis?* ut tum idem ſit, quod in caſu priori: an ita, *Hominem dabis, & ſi non dederis, centum dabis?* ut tum agi poſſit, ſtatim ubi homo dari potuit, nec datus fuit, ex veroſimili mente contrahentium, qui utique ſtatim hominem, aut pœnam, dari voluerunt.

Supereſt hoc §. quod Juſtin. *in fin.* ait, ſpem ex conditionali obligatione in hæredem tranſmitti, ita ut mortuo ante conditionem exiſtentem ſtipulante, hæres agere ex ſtipulatione, quandocunque poſt exiſtente cõditione poſſit: idem *in §. pen ult. infr. de inutil. ſtipul.* ubi additur, idem eſſe ex parte promiſſoris: ut nimirum ſi moriatur ante eventum conditionis, ubi poſt exiſtit conditio, cõtra hærede m ejus poſſit agi *l. ſi quis. 57. h. tit.* quod cum & ipſe hic ſcribat Hottoman. miror quomodo *ad princ.* §. quod ſcribit verum eſſe poſſit, ſpeciale id eſſe in contractibus bonæ fidei, ut hæres conditionalis debitoris maneat obligatus, vel obligetur, poſt exiſtentem conditione ex *l. neceſſario. 8. in prin. verſ. quod ſi, de peric. & comm. rei vendit.* eſſe enim hoc generale ex *dict. §. pen. d. l. 57. h. tit.* apparet. Atquin cum conſtet jure veteri obligationem ab hærede & contra hæredem incipere non potuiſſe, & pendente conditione conſtet nullam adhuc eſſe obligationem, qui fieri poterit, ut obligatio in hæredes deſcendat? Ratio communiter redditur, nec alia videtur reddi poſſe; quod conditio quandocunque exiſtens retrotrahatur ad tempus contractus.

Atquin obſtat, quod ſi ita eſſet, legata quoq; cõditionalia præmortuo legatario, tranſirent ad hæredem: quod contra eſt, *l. 4. Quand. dies leg. ced.* Et igitur illa propoſitio de retrotraditione tantum in contractibus non etiam in legatis locum habebit. Cujus diverſitatis rationes inquirendæ ſunt: Et hæ fere afferuntur: quod quiſque paciſcens etiam intelligatur velle proſpicere hæredibus ſuis *l. ſi pactum. 9 de probat.* legata autem propter merita dantur certis perſonis, quæ merita non ſunt in hæredibus; Item, quod per conditionem adjectam legatũ, debilitetur, ut non poſſit tranſire in hæredem: contractus autem ex ipſis robur habent: & contractus licet conditionaliter conceptus, retractari tamen alterutrius voluntate non poteſt, ut ad tempus ejus omnia merito referri debeant: & in legatis inhæremus ſimplici voluntati & verbis defuncti, qui poſt conditionis demum eventum diſpoſitioni ſuæ eſſe locum voluit: quod rurſus ſecus eſt in contractibus; ex quibus conſtitutis utriuſq; voluntate fortius jus adquiritur.

Forte dicerem etiam non inepte, ſi retrotrahenda eſſet conditio in legatis, deberet retrotrahi ad tempus inſtitutionis. At hoc non recte fieret, quia hic non agitur de obligando teſtatore; aut etiam hærede ex veteri obligatione, ſed hærede ex nova obligationis per quaſi contractum: tempus autem aditione incertum eſt, nec ipſe contraxit hæres revera, ſed per aditionem quaſi contrahere videtur: & placuit itaque ſpectari tempus conditionis exiſtentis. Et hac conſideratione etiam, qui ſub conditione ſtipulatus eſt, licet ea adhuc pendeat, creditor dicitur *l. is cui. 42. de oblig. & action.* quia ſcilicet, quandocunque exiſtens conditio etiam poſt mortem ejus, retrotrahitur: ut apparet ex oppoſitione legatarii *in d. l. 42.* qui nihil tranſmittit: falſum autem perſpicue eſt, quod Hottomannus reſpondet, *in d. l. 42.* conditionem jam fuiſſe commiſſam.

Et

Et quod ita ad cives de tranſit. e da ſpe in hæredem, communiter id & recte referunt ad conditionem caſualem: cæteroquin ubi in poteſtate fuerit implere conditionem debitori, ipſi imputandum, quod non implevit: cum etiam hic conditio omnino ad perſonam videatur reſtricta: ut adeo poſt mortem conditio, nec exſiſtere quidem amplius poſſit *fac. l. qui hæred* 44. *in pr. l. ſi ita* 69. *de condit. & demonſtr.* Nec obſta: *l. veteris.* 13. *C. h. t.* quæ eſt de obligationibus faciendi. Non male adeo videtur limitari hæc ſententia ab Hott. hic & Cujac. *in l. ſi quis* 57. *h. t.* ut ſecus ſit, ſi conditio eodem modo ab hærede impleri poſſit, ut non videatur perſona ſtipulatoris ſpectata & ejus ſolius factum: quod enim ſi conditio ſit in dando.

Illud denique hic addendum & explicandum eſt, quid ſit, *committi ſtipulationem*, qua phraſi hoc §. utitur Juſtinianus. Committere, inter alia etiam ſignificat delinquere. Quo ſenſu, qui non ſolvit pecuniam die dicto, quo ſolvi debuit, pro re empta, committit in legem contractus, unde Lex vel pactum commiſſorium dictum. Et hinc etiam dicuntur cadere in commiſſum, quæ quis apud publicanos profeſſus non eſt, *tit. de publicanis.* & committi in legem *l. non dubium.* 5. *in pr. C. de legib.* Hoc ſenſu dicitur committere in conventionem vel legem ſtipulationis, qui conventis non ſtat: veluti ſi quis promiſerit hominem dare, & ſi non dederit, centum dare, ſi non ſolvat hominem, committit in conventionem, & tenetur ad centum, & ita dicitur committi pœna *l. 4. §. Catol. tit.* Inde factum, ut tropica locutione ipſa ſtipulatio committi diceretur *l. ita ſtipulatus.* 115 §. 1. *& 2. h. tit.* eodemque ſenſu dicitur Mævio ſtipulatio, ſive obligatio commiſſa *in l. 1. §. ultim. de ſtipul. ſerv.* ita enim ibi legendum, quod & Ruſſardus adnotavit: quomodo & vulgatæ & veteres editiones habent, ſubinepte enim dicitur, *obligatio promiſſa.* Latius autem poſtea id uſurpatum videtur, ut committi diceretur ſtipulatio, ubi vires habere incipit, ut ex ea agi poſſit, vel ut *in l. qui Romæ.* 122. §. *Agerius de verb. oblig. & h. §.* ubi Juſtinianus ait, exiſtente conditione committi ſtipulationem.

TEXTUS.

§. Loca etiam inſeri ſtipulationi ſolent, veluti *Carthagini dare ſpondes.* Quæ ſtipulatio licet pure videatur fieri, tamen reipſa habet tempus adjectum, quo promiſſor utatur, ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo ſi quis Romæ ita ſtipulatur: *Hodie Carthagini dare ſpondes?* Inutilis erit ſtipulatio, cum impoſſibilis ſit repromiſſio.

COMMENTARIUS.

Conjungendum hoc eſt cum §. *omnis.* 2. *ſup. h. t.* ubi de obligatione in diem. Dies nimirum vel eſt expreſſus, de quo ibi dictum, vel tacitus, qui ineſt ex ipſa conditione ſtipulationis. Ita ſi quis promiſerit puellæ impuberi dotem, notant Dd. ineſſe diem, ut tum debeatur, cum puella facta fuerit nubilis, *argum. l. qui filium ubi pup. educ.* Ita locus adjectus juxta *hunc* § facit, ut tacite inſit dies, nec ante agi poſſe, quam elapſo tempore, quo ad locum perveniri potuit: quæ eadem ratio facit, ut in promiſſione de faciendo, inſit tacite tempus, intra quod opus promiſſum affici poſſit, *l. ſi ita.* 14. *h. tit.* Et igitur juxta *hunc* §. ſtipulatio cum loco, reipſa tempus adjectum habet, & ei tacite ineſt dies *l. 2. §. qui ita 6. de eo, quod certo loco.* & ex re ipſa dilationem capit *l. interdum.* 73. *h. tit. junct. l. cum, qui* 41. *§. 1. l. continuus.* 37 *§. cum ita. eodem.* ubi eleganter dicitur, ſpatium & tempus, quod ineſt, officio boni viri æſtimandum: & quod adeo facit ne pura ſit obligatio, utcunque ſi externam formam & verba ſpectemus, pure facta videatur, ut hic ait Juſtinianus. Ex quo recte notat VVeſenbecius licet ſtipulatio ſit contractus juris civilis, tamen recipere eam interpretationem ex mente contrahentium ut actus potius & ſtipulatio valeat, quæ nulla eſſet, ſi pro pura haberetur. Et tamen ſatis perſpicue hoc intelligitur: nam qui Carthagini ſibi dari vult, non hoc agit, ut protinus ſibi detur: cum id ipſi naturæ rerum repugnet.

Si quis ita ſtipuletur.] Contractus vitiantur per adjectionem ejus, quod impoſſibile eſt, quod de conditione impoſſibili traditur *in §. ſi impoſſib.* 10. *infr. de inutil. ſtipul.* hic vitium eſt ab impoſſibilitate præſtandi, *l. 2. §. qui ita 6. in fin. de eo, quod cert. loco.* & continetur impoſſibilis cauſa, ut ait Juriſconſultus *in l. ſi ſervum.* 141. §. *ſi inter.* 4. *h. tit.* ubi ſimul proponitur caſus, quo cauſa impoſſibilis non eſt, & ejuſmodi ſtipulatio valet. Utrobique alia eſt ratio ultimarum voluntatum, ut oſtendimus *ſupra ad §. hæres. de hæred. inſtit. ex l. ſi quis ita.* 6. *de condit. inſtit. l. ſi mihi.* 12. *§. 1. de legat. 1.*

TEXTUS.

TEXTUS.

16. Conditiones, quæ ad præſens, vel præteritum tempus referuntur, aut ſtatim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti ſi Titius Conſul fuit: vel, ſi Mævius vivit, dare ſpondes: Nam ſi ea ita non ſunt ſtipulatio nihil valet: ſin autem, ita ſe habent, ſtatim valet. Quæ enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint.

COMMENTARIUS.

1 *Conditio ſecundum dici.*
2 *Incerta quæ ad nos, ſed certa per naturam:* & ad l. 30. §. 6. de acq. hær. & l. 28. §. ult. de jud.

CONditiones aliæ ſunt vere tales, & ſecundum eſſe, quæ ſuſpendunt obligationem, de quib. ſupra, aliæ ſecundum dici (ut alibi Logici loquuntur) quæ formam tantum & figuram conditionis habent, non earum eſſentiam, eoque nec vim aut poteſtatē: quomodo licet in aliis terminis loquatur JCtus *in l. Cornelius. 69. de hær. inſtit.* quod quædam habeant tantum figuram, quædam etiam vim conditionis. Ex illarum numero ſunt conditiones, quas exituras certum eſt, *l. ſi pupillus 9. §. 1. de novat.* & conditio impoſſibilis negative concepta. *l. impoſſibilis. de verb. obl.* item, de quibus h. §. tractatur, quæ ad præſens aut præteritū tempus referuntur, quæ non placuit habere vim conditionis *l. ſi ita 120. h. t.* ſed ſtatim perimere, aut non differre obligationem. *h. §. & l. conditio. 100. eodem tit.* ubi tamen paulo inſubtilius infirmari & perimi dicitur obligatio, quæ initio ſtatim nulla eſt: ſicut ubi revera res ita ſe habet, ſtipulatio ſtatim tenet *l. cum ad 37. de rebus credit.* licet contrahentes ita ſe rem habere, vel non habere ignorent, *h. §. in fin. d. l. 37. & d. l. 120. h. tit.* Et ejuſdem rationis eſt conditio, quam certum eſt, exituram, ut ſcilicet non faciat obligationem conditionalem, *l. ſi pupillus. §. 1. de novation.* Et hinc filius, licet putet matrem prægnantem, quæ prægnans non eſt, in ſolidum hæres eſt, &, ſi unus tantum ſit in utero, licet per naturam plures naſci poſſint, ex parte dimidia hæres eſt, *l. cum quidam. 30. §. ſumm. 6. de acquir. hær.* Quāvis inter hunc caſum, & qui hoc §. tractatur hoc intereſſit, quod nemo hominum ſcire poſſit, an unus, an plures in utero ſint: ſed an Titius Conſul ſit vel fuerit, vel an rex Parthorum vivat, licet contrahentes ignorent, alii tamen ſcire poſſunt & ſciunt, idque eſt, quod ait Juriſconſultus *in l. reſpiciendum. 38. de rebus credit.* reſpiciendum eſſe ad id, quod quantum hominum in natura ſit, ſcire poteſt: cæteroquin contra *d. l. 30. § 6. de acquir. hæred.* obſtare videntur, *l. ſed & ſi. 28. §. ultim. de iudic.* ubi licet unus tantum in utero ſit, quia tamen plures & ad ſummum tres *argum. l. 3. in fin. ſi pars hær. pet.* naſci poſſent, dicitur, filium non dimidiam, ſed tantum quartam debitoribus petere poſſe. Non ſatis hac in re Juriſconſultis conveniſſe apparet ex *d. l. 30. §. 6.* ubi refertur diverſa Juliani ſententia, ſed dici poteſt, ſpeciale eſſe, ubi ad judicem venitur, & de probatione quæritur, qui interim dum res adhuc incerta eſt apud partes, ſententiam ſecundum id, quod in natura certum eſt, ferre non poteſt: quo etiam referendum eſt, quod tractatur *in d. l. 3. in fin. de petit. hæred.* & adeo interim medium aliquod in ejuſmodi terminis eligendum eſt: Et hic locum habere poteſt, quod eſt *in d. l. 28. in fin. de iudic.* non quod in rerum natura certum eſt, ſed noſtram inſcientiam reſpiciendam eſſe: ne alias pugnet cum *d. l. 30. §. 6. de acquir. her.* cum *d. l. 38. de rebus credit.* & cum *h. noſtro §.* Etenim & in noſtris terminis, ſi ad judicem eatur, dum res adhuc ipſi incerta eſt, an videlicet Mævius vivat necne, non poterit ille pro alterutra parte ſententiam ferre: licet per ſe verum ſit, aut nullam, aut validam eſſe ſtipulationem: & proinde neceſſario expectandum eſt, dum de veritate conſtet: quo reſpectu admitti poteſt, quod Hottomannus tentat, videri ſtipulationi diem ineſſe, dum veritas inquiratur: utiq; enim interim inhibenda erit actio: cæteroquin ſi rei veritatem in ſe conſideramus, fatendum erit (ſi ita res ſe habet) & ceſſiſſe diem & veniſſe, & omnino puram eſſe obligationem: quod etiam hic & alii ſupra citati textus evincunt, qui negant differri obligationem omnino: quæ ſane in effectu differtur cum obligatio diem habet.

Et recte Johan. Faber hic ait, ſtatim poſſe agi, & ſaltem poſt in judicio terminum ad probandum peti: nec adeo poterit actor repelli per exceptionem: nec tempus duplicabitur, nec ex ratione juris veteris cauſa cecidit actor. Ex quo apparet non recte comparari hunc caſum cum caſu *l. 28. in fin. de judic.* Et omnino ibi tractatur de eo, quod revera præſens & præteritum non eſt, ſed

adhuc futurum eſt: ubi merito in ſcientia noſtra attendenda eſt, non natura rerum, cui omnia futura quoque certa ſunt: at quæ jam ſunt aut præterierunt, ea non tantum per rerum naturam certa ſunt, ſed etiam hominibus licet non omnino omnibus.

TEXTUS.

7. Non ſolum res in ſtipulatum deduci poſſunt, ſed etiam facta: ut ſi ſtipulemur aliquid fieri vel non fieri: & in hujuſmodi ſtipulationibus optimum erit, pœnam ſubjicere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, ac neceſſe ſit actori probare, quod ejus interſit. Itaq; ſi quis, ut fiat aliquid, ſtipuletur, ita adjici pœna debet, ſi ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem dare aureos ſpondes? Sed ſi quædam fieri, quædam non fieri una eademque conceptione ſtipuletur quis, clauſula hujuſmodi erit adjicienda: Si adverſus ea factum erit, ſive quod ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes?

COMMENTARIUS.

1 *Pœnalis ſtipulatio.*
2 *An novet obligationem.*

IN ſtipulationem veniunt & facta & res: h. §. ſpecialius verbo Rei ſumpto: quod alias & facta comprehendit, ut in definitione obligationis ſupra *tit. 14.* niſi quis reſpondeat, in locum facti ſuccedere intereſſe. At utique factum eſt in obligatione & ejus præſtatione contingit liberatio. Ergo ſtipulat ones ſunt, vel de dando, vel faciendo, *l. 2. in princip. h. tit.* ubi rurſus Dare, aut ſumitur latius, aut verbum facere: nam & verbi cauſa, venditor recte promittit tradere fundum, qui tamen non obligatur ad dandum: aut an tum mutatur qualitas obligationis venditi, argum. *l. 25. § 1 de contrah. empt.* ſed magis contra eſt, per *l. 4. de uſuris.* & utique alia ratio eſt facti, foſſam fodere, Romam ire, quam ejus facti, quod in traditione rei conſiſtit: quod Interpp. factum prægnans appellare ſolent. Et eſt inſignis effectus hujus differentiæ: quod ad illud genus facti, ut res tradatur, recte agitur, veluti ex empto: ſed non itidem ad hoc genus, quod in nuda opera conſiſtit: verum hic, ſi debitor non faciat, per moram inducitur à jure tacita quædam novatio & obligatio ad intereſſe, quod ita evitatur, ſi ante litem conteſtatam reus factum præſtet, ut docet *l. ſi inſulam. 84. h. tit.* & olim probavi *ad Tract. de verbor. obligatio. theſ. 1.*

Et de hujuſmodi genere factorum hic agi à Juſtiniano vel hinc apparet, quod monet, ut ſtipulationi ſuper faciendo ſubjiciatur pœnalis ſtipulatio: quoniam cum nemo ad præciſe id faciendum cogi, nec extorqueri hoc poſſit ab invito, hoc ipſum, quod dixi conſtitutum eſt, ut ad intereſſe teneatur reus: cujus probatio cum & ſit difficilior, & factorum æſtimatio non una, ſed varia ſit, & Judex fere minoris id æſtimare ſoleat, veluti docet *l. ultim. de prætor. ſtipul.* hoc modo ſibi conſulit creditor, ſi in caſum non præſtiti facti ſubjiciat pœnalem ſtipulationem: quæ ita appellatur, quod in ea ſumma quam continet ſtipulatio poſterior, poteſt plus contineri, quam fuiſſet alias creditor conſecututus, & quia per hanc ſtipulationem aſtringitur promiſſor inſtar cujuſdam pœnæ, ut factum præſtet: cæteroquin eo ſenſu, quo pœnæ dicuntur irrogari delictis, iſtud non eſt pœna, ſed magis eſt æſtimatio quædam ejus, quod intereſt, in cujus locum ſubrogatur: qua de cauſa ab Interpp. vulgo intereſſe conventum appellatur: Et ex ratione h. §. iſta æſtimatio eſt partibus permiſſa, & jure exigitur, licet forte tanti non interſit, neque enim jam amplius quæritur, an interſit, ſed an tantum pœnæ nomine promiſſum ſit, modo ne in legis fraudem quid fiat: quod præſumitur fieri in obligationibus, ex quibus alias actio propria competit, ex uſuræ vel vetitæ, vel certa quantitate limitatæ ſunt: itaque traditio vera & vulgata eſt, quod hujuſmodi pœnales ſtipulationes in mutuo improbentur, tanquam factæ in fraudem uſurarum *arg. l. cum allegas. 15. C. de uſur.* Et recte Doctores communiter præſumi dicunt fraudem, ſi ſtipulatio pœnalis ſit adjecta debito quantitatis: quoniam hæc certa eſt. Subjici autem debet pœnalis ſtipulatio propter incertitudinem debiti, quod conſiſtit in facto. Illud vulgatum eſt, quod hic dum facta dicit Juſtinianus etiam intelligit, Non facere, & quæ in non faciendo conſiſtunt, ut ſubſit. *§. fac. § ſi uxor ſup. de nupt. l. 2. §. Item 5. h. tit.* alias iſta opponuntur *l ubi 75. §. qui id 7. h. t.*

De formula concipiendæ pœnalis ſtipulationis

mis res ſatis liquide hic proponitur, & à Juriſconſultis *in l. cum quod. 71. & in l. continuus. 137. § pen. h. t.*

Illud autem quæſtionem habet non inelegantem; an per pœnalem ſtipulationem ſubjectã, prior obligatio & ſtipulatio novetur. Et hodie non fieri novationem citra expreſſam conventionem & partium voluntatem, conſtitutum eſt *in l. ultim. C. de novationibus.*

Sed nec olim factam novationem verius eſt, cum nulla ſit ſolida ratio & conjectura, ob quam dicamus, partes omnino ab obligatione priore recedere voluiſſe, & poteſt in argumentum hic locus induci, ſi malit ſtipulator perſequi intereſſe, nec refugiat difficultatem probationis, quo minus id faciat non impediri: Et aperte Juriſconſultus *in l. reſcriptum. 10. § 1. de pactis.* oſtendit licet ſubjecta pœnali ſtipulatione obligationem priorem ſalvam manere. Nec obſta: *l. obligationum. 44. § ult. de oblig. & actionib.* vel quia dicitur quaſi novatio fieri: vel quia novatio illa non fit ſtatim per ſubjectam ſtipulationem, ſed magis per moram in non faciendo commiſſam; poſtquam ſicut nulla ſtipulatione pœnali ſubjecta, ad intereſſe, ita hic ex ſtipulatione ſubjecta agitur ad pœnam: de quo plenius videndi Dd. *in d. l. 10. § 1. de pact. & in d. l. 44. de obl. & act.*

AD TITULUM XVII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE DUOBUS REIS STIPULANDI & promittendi.

TEXTUS.

Et ſtipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri poſſunt. Stipulandi ita: ſi poſt omnium interrogationem promiſſor reſpondeat, ſpondeo: utputa: cum duobus ſeparatim ſtipulantibus ita promiſſor reſpondeat: utriq; veſtrum dare ſpondeo. Nam ſi prius ſpoponderit Titio, deinde alio interrogante ſpondeat, alia atq; alia erit obligatio: nec creduntur duo rei ſtipulandi eſſe. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: Mævi, decem aureos dare ſpondes? & Sei eoſdem decem aureos dare ſpondes? Si reſpondeant ſinguli ſeparatim, ſpondeo.

COMMENTARIUS.

1 *Reus quis dicatur.*

QUONIAM ſingularia quædam occurrunt in duobus vel pluribus correis ejuſdem obligationis, viſum fuit Juſtiniano ſeparatim de his agere. Rei autem verbum hic Juriſconſulti noſtri uſurpant, ut etiam creditorem comprehendat, tum hic, tum & alibi, ut *in l. ſi duo. 34. in pr. de recept. arb.* & eodem ſenſu, reus ſatis accipiendi *in l. qui hominem 34. § quidam. 8. de ſolut.* & ita videtur ſumi verbum *Reorum, in l. 5. verſ. cōventionales de V. O.* Et hoc non ſine antiquitatis autoritate. Cicer. 2. *de orat.* Reos appello, inquit, quorum res eſt: *& eodem libro ſuperius:* Reos appello non eos modo, qui arguuntur, ſed omnes quorum de re diſceptatur: ſic enim olim loquebantur. Feſtus. Reus ſtipulandi eſt, qui ſtipulatur: & ſtatim Reus nunc dicitur qui cauſam dicit, aut quid debet: at Gallus Ælius ait, Reus eſt, qui cum altero litem conteſtatam habet, ſive is egit, ſive cum eo actum eſt. Docet autem *h. pr.* Juſtinian. quomodo Rei ſtipulandi & promittendi conſtituantur. Nimirum ſi nuda verba conſideramus, ubi duo debent, vel duobus debetur, ſemper ſunt duo rei debendi aut credendi, verum alio ſenſu hic duo rei dicuntur, & pro duobus CONREIS, qui non duas ſeparatas obligationes, ſed unam tantum contraxerunt, ut dicitur *in text. ſeq.* Itaque requiritur etiam quædam unitas in ipſa forma ſtipulationis, juxta formulam hic propoſitam: ut nimirum duobus rogantibus, una oratione quis reſpōdeat ſe daturum: quo modo fiunt duo rei ſtipulandi, ut promiſſor ſingulis in ſolidum obligetur. Rurſus, ut uni eadem oratione duos roganti reſpondeat illi duo ſe daturos: quomodo fiunt duo rei debendi, ita ut ſingulos in ſolidum obligatos habeat ſtipulator. Et ſunt iſta autem ita accipienda, ut his præcipue modis duos correos conſtitui, & ex ipſa formula ſtipulationis intelligamus: cæteroquin minime admittendum eſt, ſi hæc ita præciſe obſervata non ſint, non poſſe eſſe duos correos. Nam ſi quis ſtipulanti decem aureos ſpoponderit ſe daturum: & poſt alteri interroganti EOS-

DEM itidem reſpondeat, ſe *eoſdem* daturum, nõ dubitarem eſſe duos Reos ſtipulandi; & tum vel maxime ſi hoc actum ſit, ut ſint duo Rei, per *l.3. in fin. prin. h.t.* Rurſus minime præciſe neceſſarium crediderim ad conſtitutionem duorum Reorum promittendi, ut ſtipulatio vel interrogatio una oratione concepta ſit: ſed ſuffice e etiam ſingulos ſeparatim rogatos, reſpondiſſe ſe daturos: ſicuti nec hoc neceſſum eſt, ut uterque reorum promittendi, eodem quaſi puncto temporis reſpondeant, & intervallum inter utriuſque reſponſionem non nocere doce. *l ſi ex 12. in pr. h.t.*

TEXTUS.

1. Ex hujuſmodi obligationibus & ſtipulationibus, ſolidum debetur ſingulis, & promittentes ſinguli in ſolidum tenentur. In utraq; tamen obligatione una res vertitur, & vel alter debitum accipiendo, vel alter ſolvendo, omnium perimit obligationem, & omnes liberat.

COMMENTARIUS.

Diximus hoc modo, qui proponitur *in pr. tit.* non duas diſtinctas obligationes, ſed unam tantum conſt tui: id apertius probatur *h. §. & l. 2. h. t.* & nimirum, quod licet plures ſint perſonæ, tamen in ſingulis obligatio in ſolidum active & paſſive conſiſtat, & proinde Juſtinianus duplicitatem perſonarum & formam externam reſpicit, dum ait; *in utraque ſtipulatione*: revera enim & effectu conſiderata tantum eſt unica: ſed cum utique verbi cauſa, duo promiſerint, & uterque ſeorſim conveniri poſſint, oportet etiam duas hic conſiderari obligationes, quomodo & appellantur *in l. eandem. 9. §. ult. & in l ſi reus. 13. h. t.* ſed quæ tamen ſint ejuſdem poteſtatis *dd. textibus.* & ut dixi, effectu, pro una. Ex quo duo effectus conſequuntur, qui *h. § & d. l. 2.* notantur. 1. ut quiſque teneatur in ſolidum, & in ſolidum obligatum habeat reum promittendi. Ubi tamen communiſſime receptum eſt, ab iſto jure eſſe receſſum, per *Novell. 99.* & per eam correis debendi, beneficium diviſionis eſſe conceſſum. 2. ut per unum ex correis credendi vel debendi, tota obligatio (quippe quæ penes ſingulos in ſolidum eſt) perimi, conſumi, & tolli poſſit. Enimvero cum obligatio in ſolidum & effectu una in ſingulorum perſona conſiſtat, & una res debeatur, neceſſum eſt, ut præſtita hac re per unum ex correis debendi, tota obligatio conſumatur, & alter quoque correus liberetur. Et vice verſa, cum quis correorum credendi jus in ſolidum quæſitum habeat, efficitur, ut ille & in ſolidum ſolus agere, debitum exigere, & accipere, atq; ita totam obligationem conſumere poſſit. h. §. non minus quam ſi omnino ſolus obligationem contraxiſſet. Ubi omnino errant, qui putant hoc tantum procedere, ſi debitum acceptum ſit; cæterum per litis conteſtationem ab uno factam, necdum alterum eſſe excluſum.

Etenim cum ſolum agenti debitum fuerit, & ſuper ſolido is actionem inſtituerit, & ſolidum in judicium deduxerit, fieri non poteſt, ut alteri integrum ſit jus agendi. In utroque autem caſu, & ubi an correus credendi exegit totum, & ubi unus correus debendi ſolu t totum, tractant Dd. tum an ille, qui totum exeg t, partem cum altero correo communicare teneatur; tum an correus, qui totum ſolvit, à correo, cui iſta ſolutio ad liberationem profuit, partem repetere poſſit. Et quæſtiones iſtæ ſunt diffuſiores, quam ut hic tractari debeant. In priori ſane magis in promptu eſt negare, extra caſus ſingulares, quos tractat Bartolus *in l. reos 11. h. tit. n. 9.* quem ſequitur VVeſemb. *in parat. h. t. nu. 7.* In poſteriori communius receptum eſt, ex æquitate contra correum pro parte dandam eſſe actionem *l. 2. h. t.* quamvis contra hanc ſententiam latiſſime diſputet Ant. Fab. *lib. 11. conject. c. 1. & multis ſeqq.* ex ſtricta juris ſummi ratione.

TEXTUS.

2. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem, vel ſub conditione obligari poteſt, nec impedimento erit dies, aut conditio, quominus ab eo, qui pure obligatus eſt, petatur.

COMMENTARIUS.

Ut ſint duo correi, oportet rem unã eſſe in obligatione *l ſi id 15. h. tit & § præced.* ut autem omnino utrobiq; eadem ſit obligationis qualitas, neceſſe non eſt, ut docet hic locus, & *l. ex duobus 7. h. tit* ſicut nec impedit conſtitutionem duorũ reorum, diverſitas locorum in quibus ſolvere promiſerunt, *l. eandem. 9 §. ult. in. h. tit.* Et cur igitur impedit, ſi verbi cauſa conventum eſt, ut alter culpam præſtet, alter non præſtet? *l. eandem. 9. §. 1. h. tit*, ubi hæc dicitur impar obligatio, quæ non poſſit

poſſit eſſe in duobus Reis, videatur autem & impar eſſe, ubi altera pura, altera conditionalis eſt obligatio. Johan. Faber hanc rationem reddit, quod hoc caſu facile reducentur res ad paritatem adventu diei, vel exiſtentia conditionis: ſed imparitas de qua *in l.9 §1.h.t* ſit perpetua: Et omnino culpam præſtare, vel non mutat omnino qualitatem obligationis, ut unus ſtrictius altero teneatur: quod non facit conditio, quæ exiſtens eadem plane obligatione alterum quoque conſtringit. Agit autem hic Juſtin. de duobus correis, qui conſtituuntur ſtipulatione, qui principalis & facilior modus eſt cōſtituendi duos correos: cæteroquin ex cauſa aliorum quoque contractuum, etiam realium, poſſe conſtitui duos Reos, docet *l.eandem 9.h.t.* quo poſſit videri reſpexiſſe Juſtin. dum *in §1.* utitur verbo generali; *obligationibus* quamvis videatur id ſtatim explicare per verbum *ſtipulationibus.* Sed Cujacius, Contius & Hottom. malunt, *ſtipulantibus:* nimis ſuperſtitioſe, & frivolo argumento, quod Theophil. ſcribat τῶν ἐπερωτώντων ἑκάστῳ: nec enim verba Juſtiniani eadem reddere propoſitum fuit Theophilo: & legendum eſſet, *ſtipulationibus ſingulis*, non, *ſtipulantibus ſolidum ſingulis.* Illud facilius admitto, ut in *d. §.1.* pro *tamen* legatur *enim.* eſt enim quædam ἀντιλογία, ſumta ab unitate rei, quomodo & apud Theoph. exſtat.

AD TITULUM XVIII. LIBRI TERTII INſtitutionum, *DE STIPULATIONE ſervorum.*

TEXTUS.

Servus ex perſona domini jus habet ſtipulandi. Sed & in pleriſque hæreditas defuncti vicem ſuſtinet: ideoque quod ſervus hæreditarius ante aditam hæreditatem ſtipulatur, adquirit hæreditati, ac per hoc etiam poſtea facto hæredi adquiritur. Sive autem domino, ſive ſibi, ſive conſervo ſuo, ſive impersonaliter ſervus ſtipuletur, domino adquirit. Idem juris eſt & in liberis, qui in poteſtate patris ſunt, ex quibus cauſis adquirere poſſunt. Sed cum factum in ſtipulatione continebatur, omni modo perſona ſtipulantis continetur, veluti ſi ſervus ſtipuletur, ut ſibi ire agere liceat: ipſe enim tantum non debet prohiberi: non etiam dominus ejus.

COMMENTARIUS.

ELeganter *princ. hujus tit:* expreſſit Theoph. hic *οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες, ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται.* ex quorum etiam perſona inſtituuntur, de quo *ſup. lib. 2.* dictum. Niſi enim in perſona ſervi ſubſiſtere poteſt, ſed ſtatim adquiritur domino: & tanto magis opus eſt, ut perſona domini attendatur, quod ſtipulatio contractus eſt juris civilis. Ut tamen hoc non obſtante naturalis obligatio inter ſervum, & qui cum eo contrahit naſcatur *l.ſervi 14. de obl. & act.* (hic autem de civili obligatione quæritur) ubi inſuper additur, liberari, qui ſervo manumiſſo pecuniam ſolvit: quod intelligendum eſt, ſi obligatio ſit ex cauſa peculiari, & peculium ſervo manumiſſo relictū eſt *arg. l.ſi ſervus 32. in pr. de ſolut.* cæteroquin in præjudicium domini, cui ex contractu ſervi obligatio & actio quæſita eſt, ſolutio fieri non poteſt: aut intelligam *d.l. 14.* ſimpliciter de effectu ſolutionis, quo ad tollendam naturalem obligationem: nec enim ibi tractatur de jure & præjudicio domini.

Sed & hæreditas.] Ratio dubit. quia dixerat ex perſona domini ſervum ſtipulari: reſpondet, quod hæreditas ſuſtineat vicem defuncti & ita domini; de quo diximus *ad § ſervus etiam 4. ſup. de hæred. inſtit:* quomodo hæreditas aut defuncti, aut etiam hæredis futuri perſonam ſuſtineat. Addit autem Juſtin. *in pleriſque.* nam & quædam cum defuncto expirant, & quæ facti ſunt, ea repræſentare hæreditas non poteſt: ex quo negatur ulla poſſeſſio eſſe in jacente hæreditate *l.1. §. Scævola, ſi is, qui teſt. lib.*

Sive autem domino.] Quatuor modos ſtipulandi proponit, in formula & verbis ſtipulationis, quibus utitur ſervus; impersonaliter. *centum dare ſpondes?* & perſonaliter: quod fit tripliciter; ut vel ſibi, vel domino vel conſervo, ſtipuletur, qui in ejuſdem domini eſt poteſtate *l.ſive mihi 15. h.t.*

Idem in liberis.] Eadem enim eſt ratio propter jus poteſtatis *l. quodcunque 45. in pr. de V. O. in pr. inſt.*

Quod cum eaqui in al pot. Addit autem Juſtin. *ex quib. cauſis adquirere poſſunt.* nam in ſuis nulla eſt diſtinctio peculii: ſed eſt in liberis, ut tractarum *ſup. lib. 2. per quas perſ. adquir.*

Sed cum factum.] Speciem hoc exceptionis habet ad *pr. tit.* quaſi hic ſtipulatio in perſona ſervi ſubſiſtat. At enim revera exceptionem eſt: & nihilominus ex perſona nō ſervi ſed domini ſubſiſtit ſtipulatio: & ſi ſervus prohibeatur ire agere, domino cujus intereſt, actio datur. Itaque hactenus ſaltem perſona ſervi ſpectatur, ut ipſe facti citius exercitium habet, juxta mentem promiſſores. *fac l ſtipulatio 38. § hi qui 6. cum ſeq. de V. O.* & hoc ſenſu, quæ facti ſunt, tranſire in dominium negantur *l. qui hæredi 44 in pr. de cond & demonſtrat.* Atque ita procedit, ſi diſertè ſervus factum eundi agendi ſit ſtipulatus. Quod ſi enim ſervitutem ipſam veluti iter, actum, in ſtipulationem deduxerit, verius eſt jus ſervitutis & conſequenter eundi quoque & agendi ipſi domino adquiri, ut notat hic Acc. & probatur *ex l. ſi communis 17. h. t.* Recte igitur ſtipulatur ſervus iter ſervus ad fundum domini *d. l. 17.* non tamen recte ſervitus talis ſervo legatur *l. etſi 5. de ſeru. leg.* ubi additur ratio, quod nihil poſſit recte legari ſervo, quod non ipſe liber capere poſſit. *l. hæreditor 82. §. 2. de legat. 2.* cujus porro ratio eſt: quod id demum utiliter legatur, cujus dies in quemcunque eventum utiliter cederet. Atqui quod legatur ſervo, ipſi ſervo, præſtandum eſt, ſi is die cedente eſſet liber: poteſt autem ante diem cedentem ſervus liber fieri, in quem caſum legatum ſervitutis eſſet inutile. Et hinc, quod factum inhæret perſonæ ſervi, pendet ratio ad *l. antepen. h. t. l. ſervus 10. de oper. lib rt.* quod ſervus à liberto domini ſui non poteſt ſibi ſtipulari operas, ſed ſtipulatio eſt inutilis: quoniam hæ operæ ſervo præſtari nō poſſunt. Et hinc limitandum eſt, quod paulo ante dictum eſt, nihil intereſſe an ſervus impersonaliter an domino an ſibi ſtipuletur: ut procedat in terminis habilibus, ſiquidem à liberto domini ſervus imperſonaliter aut adjecta perſona domini utiliter ſtipulatur *d. l. antepen. h. t.* Illud perſpicuum eſt quod de facto hic dicitur, intelligi de facto, quod eſt explicandum per perſonam ſervi, ſecus ſi ſit explicandum per promiſſorem, veluti ſi ſervus ſtipulatus ſit, domum ædificari, quæ ſtipulatio tota adquiritur domino, quod hic Angel notat.

* *
*

TEXTUS.

Servus communis ſtipulando unicuiq; dominorum pro portione dominii adquirit: niſi juſſu unius eorum, aut nominatim alicui eorum, ſtipulatus eſt: tunc enim ſoli adquiritur. Quo ſervus communis ſtipulatur, ſi alteri ex dominis adquiri non poteſt, ſolidum alteri adquiritur: veluti ſi res quam dari ſtipulatus eſt, unius domini ſit.

COMMENTARIUS.

IN ſervo cōmuni ſinguli dominorum habent partes non corpore diviſas, ſed intellectu & pro indiviſo: itaq; unus duas, alter tertiam partem in ſervo habere poteſt, pro quibus partibus etiam dominis adquirit *h. § & l. ſervus 5. & l. 7. h. t.* Idq; ita ſi imperſonaliter aut ſibi proprio motu ſtipuletur, & res non in ſpecie unum concernat, & itidem utriq; dominorum adquiri poſſit. Quod ſi enim juſſu domini unius, aut uni nominatim ſtipuletur, huic totū adquiritur. Ita in univerſum caſus quatuor ſunt, quib. ſervus cōmunis uni dominorum ſolidum adquirit, ſi juſſu unius, ſi uni nominatim, ſi ex re unius (qui caſus hic omiſſus ſupplēdus eſt ex *l. ſi alienus 19 h. t.*) & ſi rem quæ uni tantum adquiri poteſt, ſtipuletur. Adeoq; hic hoc vel propter rei cauſæ aut formulæ ſtipulationis conditionem & qualitatem. Sub ea cauſa enim cōprehendo duos caſus, ſi ex re unius. & ſi ex juſſu unius ſtipuletur. Rursus extra iſtas cauſas adquirit pro dominicis portionibus ſervus, ſi imperſonaliter aut ſibi ſtipulat⁹ ſit: cæteroquin ſi ſub propriis nominib. ſtipulatus fuerit dominis, pro virilib. portionibus nō dominicis, ſingulis adquiri reſponſum eſt *in l. ſi communis 37 h. t.* Et quod hic de dominis veris & plene dominis dicitur proportionaliter etiam transferendū eſt, ad eos qui pro dominis habentur, veluti qui hominem liberum aut ſervum alienum poſſident fide bona, itemq; ad eos qui ſolū uſumfructum in ſervo habent, qui ſolummodo ex operis ſervorum adquirunt & ex re ſua; juxta tradita *ſup. ad tit. per quas perſ. adquir.* Ait Juſtin.

Niſi juſſu unius.] Si ſecutus juſſum domino jubenti nominatim ſtipuletur ſervus res non habet dubium: Sed & ſi juſſus ab uno imperſonaliter aut ſibi ſtipuletur ſervus, verum eſt ſoli ei qui juſſit adquiri *l. ſi ſervus 5. in fin. h. t.* quoniam alias nihil operatetur

juſſum

juſſum, & etiam citra juſſum, ſi ſervus uni nominatim ſtipuletur, huic ſoli adquiritur; ſunt autem duo diſtincta membra, juſſu unius ſtipulari, & nominatim uni ſtipulari, & tantum operatur juſſum per ſe, quantum ſi citra juſſum uni nominatim ſervus ſit ſtipulatus. Sed quid ſi ſervus contra juſſum domini alteri domino nominatim ſtipulatus fuerit, uni adquiretur, & cujus potior ratio habebitur, an juſſionis an nominationis? Tractat hunc caſum Juſt. in *l. ult. C. per quas perſ. adq.* ſed ita ut manifeſte ſibi contradicere videatur. Nam in prin. ait potiorem debere eſſe juſſionis rationem quam nominationis, adjectis rationibus, ne indulgeatur malignitati ſervorum, aut corruptioni alterius domini, qui iniquum ita ſibi captet lucrum. Sed ſtatim in *verſ. quod enim* probat potiorē eſſe rationem nominationis, quippe quæ plus, ut ait valere debeat, quā, ſterilis juſſio (ut Gothof. & Pac. editiones habent) vel, quam herilis juſſio: (ut editiones vulgatæ, itemque Ruſſardi & Pariſina habent) & removent objectionem, quod juſſio æquipolleat nominationi: cui reſpondet tūc id procedere, ubi ſervus nomen unius ex dominis non adjecerit. Quod ſi adjecerit, nominationē plus poſſe Interpp. ut hoc cōcilient, alii *pr. L.* ad eum caſum reſtringunt, quo dominus ex re ſua juſſit ſervū ſtipulari: alii ad eum caſum; quo nominatim dominus ſibi ſtipulari juſſit. Quæ tamen verbis ipſius textus non ſatis conveniunt: maxime cum in *verſ quod enim*, ejus quod præceſſit videatur velle reddere rationem Juſtinianus, & removere objectionē: quod & particula *enim* arguit: & tamen iſte verſ. plane deſtruit, quod ante dictum erat. Quæ ratio movit Baronem *dd. tit ſupr. per quas perſ. adq.* ut pro *enim* ſubſtituerit *autem*. ſed nec ita evitantur illi ſcrupuli, & ego fere exiſtimo, locum eſſe corruptum: quem aliis ſanandum relinquo.

Si alteri ex dominis non poteſt.] Quod ad omnes dominos non poteſt pertinere, id pro ſolido ad eum cui adquiri poteſt, pertinere, veteres comprobaverunt, inquit ICtus *in l. ſervus 12. de autor. tut.* ubi in pr. proponitur exemplum ſervi qui communis eſt toris & Titii, & aliquam rem à pupillo autore tutore accepit: ut videlicet adquiratur ſoli Titio; quoniam tutor in rem ſuam autor fieri non poteſt. Idem eſt ſi res ſit unius domini *h. §.* quoniam quod meum eſt mihi amplius adquiri non poteſt. Et hanc quoque ſententiam addito alio exemplo tradit ICtus *in l. proinde 7. in fin. h. t.*

AD TITULUM XIX. LIBRI TERTII INſtitutionum, *DE DIVISIONE STIpulationum.*

TEXTUS.

*S*tipulationum aliæ ſunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes, tam prætoriæ quam judiciales. Judiciales duntaxat ſunt, quæ à mero judicis officio proficiſcuntur: veluti de dolo cautio, vel de perſequendo ſervo, qui eſt in fuga, reſtituendove pretio. Prætoriæ ſunt, quæ à mero prætoris officio proficiſcuntur: veluti damni infecti vel legatorum: prætorias ſtipulationes autem, ſic exaudiri oportet: ut in iis contineantur etiam ædilitiæ: nam à juriſdictione prætoris veniunt. Conventionales ſunt, quæ ex conventione utriuſque partis concipiuntur: hoc eſt, neque juſſu judicis neque juſſu prætoris, ſed ex conventione contrahentium: quorum totidem genera ſunt, quot, pene dixerim, rerum contrahendarum. Communes ſunt, veluti rem ſalvam fore pupillo: (nam & jubet prætor, rem ſalvam fore pupillo caveri, & interdum judex, ſi aliter res hæc expediri non poteſt) vel de rato ſtipulatio.

COMMENTARIUS.

S*Tipulationum alia*] Hæc diviſio ſumta eſt à cauſa efficiente, ut apparet ex ſingularum ſpecierum deſcriptionibus. Itaque non obſtat quod in *l. 1. de prætor. ſtipul.* judiciales ſtipulationes conſtituuntur ſpecies prætoriarum: quia alio ſenſu ibi dicuntur judiciales, non ut hic, quæ juſſu judicis interponuntur: ſed quæ juſſu prætoris, huic fini, ut judicium ſit ratum: Itaque & pariter alio ſenſu commu-

communes ſtipulationes hic & ibi appellantur. Poteſt hæc diviſio ad bimembrem dirigi, ſi dicamus, ſtipulationes interponi vel libera voluntate privatorum: quæ ſunt conventionales: vel autoritate judicis verbo in genere ſumpto: & hujus officio vel nobili, quæ ſunt prætoriæ, & ædilitiæ: vel mercenario, & quod ſubſervit actioni, qui judex dicitur pedaneus, quæ ſunt in ſpecie judiciales, vel utroque quæ ſunt communes. Et nimirum, ſi prætor ex cauſa aliquando ipſe cognoſcat, cautionem ipſius juſſu interpoſitā judicialem magis eſſe dixerim: quia fungitur quodammodo partibus judicis pedanei, dum ipſe de cauſa agnoſcit & pronunciat.

Iudiciales, quæ à mero.] Apparet ex deſcriptione communium, judiciales eſſe, quas ſolus judex & numquam prætor ex officio jubet præſtari. Et itaque ſi fides habenda Juſtiniano hic, & ICto *in l. 5. de verb. oblig.* oportet, ut cautionem & ſtipulationem de dolo numquam prætor juſſerit præſtare. Iſtius cautionis de dolo uſus fuit præcipue, cum reus ante ſententiam tempeſtivam offerebat: quo caſu etiam eſſet abſolvendus *§. ult. infr. de perp. act.* petente actore cogebatur promittere dolum malum abeſſe, quem circa rem commiſſam peritor ſuſpicabatur. Sed & poſt ſententiam ei cautioni fuiſſe ex cauſa locū, docet *l. ſi poſt 18. de rei vindicat.* Et huc etiam pertinet ſpecies *l. & eleganter 7. §. non ſolum 3. de dolo mal.* ex quo exemplum deſumpſiſſe videtur Theophil. De cautione perſequendi ſervi tractatur *in l. ſi à bono 21. de rei vind.* ut eum adeptus reſtituat, aut precium præſtet, ut hic additur & plenius Theoph. explicat.

Prætoriæ ſunt.] Refert duo exempla, Cautionis quæ præſtatur de damno infecto, & ſuper legatis præſtandis: de qua re ſunt integri tituli: *ut legat. nom. cau. & de damn. infect.* ſuper quibus quaſi per modum actionis prætor implicabatur, non autem ad judicem pedaneum (cum nec ulla eſſet ordinaria actio) negotium mittebatur, *l. actiones 37. in pr. de O. & A.*

Vt etiam ædilitiæ.] Ita & ſupra in *§. prætorum 7. de jur. nat.* ædilitia edicta fecit partem juris honorarii, non prætorii: differunt enim utique prætores & ædiles: itaque recte Hottom. Cujac. Cont. Ruſſardus, Baro, verbum *prætoriis* hic delendum, & legendum cenſent: *nam & hæ à iuriſdictione veniunt:* quod ſcil. autoritate magiſtratus & juriſdictionis conceſſæ prætores & ædiles Edicta proponebant & defendebant: niſi quis à potiori, juriſdictionis prætoriæ mentionem factam putet, quo ſenſu recte dicitur, ſub prætoriis contineri & ædilitias: cæterum vox *prætoriis* abeſt & à *l. 5. de V. O.* imo Theoph. diſerte ſcribit, venire à juriſdictione ædilium: quod ſocordia interpretis & novi editoris non adverterit. Porro ut hoc addamus, ex ratione juris veteris facilis fuit diſtinctio ſtipulationum judicialium & prætoriarum, non ita & hodie, poſtquam ipſi audiunt cauſas magiſtratus, nullo dato amplius judice pedaneo. Sed hinc arbitror diſtinguendus, an ſtatim in principio litis, an poſt litem conteſtatam debeant præſtari. Quod enim prætor ex officio nobili fieri jubeat, id utique fiebat nulla lite conteſtata: ſicut ex adverſo, quæ judex fieri jubebat, non niſi poſt litem cont. fieri poterant, & proinde cautiones judiciales, ante lit. cont. locum non habebant. Aut dicam, magiſtratus aut conſiderari, qua talis, aut qua vicem pedaneorum judicum ſubeuntes, dum ſcilicet ipſi cognoſcunt de cauſis. Sed & differentiam faciunt ipſa negotia, ſiquidem petitio cautionis legatorum, aut damni infecti, talis eſt, ut litis conteſtationem nullam deſideret.

Conventionales.] Has in *l. 5. de verb. oblig.* IC. ait eſſe ex conventione *reorum*, quod verbum accipere videtur eo ſenſu, quo *ſup. de duob. reis* &c. Juſtin. repoſuit, *utriuſque partis*. Ab hac differentia, quod hæ ex arbitrio partium, illæ ab autoritate ſuperioris pendent, profluit & altera, quod conventionale pactis variari pro ut videtur contrahentibus poſſunt, at non illæ, ſed forma quam ipſe prætor dedit ſervanda eſt, ut docet *l. in convent. 52. de verb. oblig.*

Communes ſunt.] Hoc genus communium, quod & prætoris & judicis juſſa & officio interponantur, ſane ad ſpecies & exempla ſubjecta non eſt ſynonymum, ſed πρὸς ἓν magis. Nam regulariter & cautio rem pupilli ſalvam fore, & de rato in jure & juſſu prætoris qui conſtituit tutorem & judicem dat, interponuntur: Itaque cum ex potiori & eo quod regulare eſt, res quæque æſtimanda ſit, potuiſſent ſane iſta ſub ſtipulationes prætorias referri, quæ non niſi ſingulari caſu pertinent ad officium judicis pedanei. Et illa rem pupilli ſalvam fore, ſi in judicio incidenter cōtroverſia pupillaris incideret: vel forte debitor conventus à tutore, antequam ſolvat, ut tanto ſecurior ſit, hanc cautionem à tutore flagitat. De cautione rati controverſiam video moveri, & Cuj. notat, verba illa, *vel de rato ſtipulatio* alicui abeſſe. Weſembecius mavult legi,

vel dupla ſtipulatio, quam inter communes refert IC. *in l. 5. de verb obligat.* ſed perinepto utitur argumento Wesemb. quod *in l. 1. de prætor. ſtipul.* cautio de rato referatur inter judiciales. Equidem ibi dicitur eſſe cautionalis: Verum ut ſupra monuimus, longe alio ſenſu ibi judiciales dicuntur, & non à cauſa efficiente, ſed quod ad firmitatem judicii ſpectant, quo ſenſu recte cautio rati vocatur judicialis, potius quam cautionalis, ut recte hic obſervavit Hottom. ſed inde quo minus & juſſu pedanei judicis imponi poſſit non ſequitur. Et vero quid ſi cautio iſta de rato omiſſa ſit apud prætorem, aut ſi poſt demum de vitio aliquo mandati appareat, quid ni judex poſſit jubere, ut caveatur? Quod quidem apertiſſima ratio ſuadet. Et fruſtra quis hic objecerit, quod procuratoriæ exceptiones non admittantur poſt litis conteſtationem, per *l. 4. C. de juriſdict. l. 13. C. de procurat. l. filiusfam. 8. §. 2. D. eod.* id enim procedit, niſi alias ſequatur nullitas judicii, ad quam evitandam exceptio pertinens uſque ad ſententiam opponi poteſt. Talis autem eſt exceptio contra mandatum, cujus defectus, & ubi falſus arguitur procurator, facit, ut nihil plane in judicium deductum intelligatur, ut docet *l. licet 24. C. de procurat.* de cujuſmodi terminis in illis textibus non tractatur. Interp. autem vulgo hic ineptiunt, qui hanc cautionem ideo communem vocant, quod & ab actoris & aliquando à procuratore rei interponatur: expreſſe contra mentem Imp. qui à cauſa efficiente communem dicit, quatenus & à prætore & à judice præſtari jubetur. Cæteroquin ignoſcendum iis eſt, ſi quid peccaverunt in hac re, cum differentiam judicis & magiſtratus ignoraverint.

AD TITULUM XX. LIBRI TERTII INſtitutionum, DE INUTILIBUS STIPULationibus.

TEXTUS.

Omnis res, quæ dominio noſtro ſubjicitur, in ſtipulationem deduci poteſt, ſive illa mobilis ſit, ſive ſoli. At ſi quis rem, quæ in rerum natura non eſt, aut eſſe non poteſt, dari ſtipulatus fuerit: veluti Stichum, qui mortuus ſit, quem vivere credebat: aut Hippocentaurum, qui eſſe non poſſit, inutilis erit ſtipulatio. Idem juris eſt ſi ſacram rem aut religioſam, quam juris humani eſſe credebat: vel rem publicam, quæ uſibus populi perpetuo expoſita ſit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem ſervum credebat eſſe, vel cujus rei non habuerit commercium, vel rem ſuam ſtipuletur quis dari. Nec in pendenti ſtipulatio erit ob hoc, quod publica res in privatam deduci, & ex libero ſervus fieri poteſt, & ſtipulator adipiſci commercium poteſt, & res ſua ſtipulatoris eſſe deſinere poteſt: ſed protinus inutilis eſt. Item contra, licet initio res utiliter in ſtipulatum deducta ſit, ſi tamen poſtea in aliquam earum cauſam, de quibus ſupra dictum eſt, ſine facto promiſſoris devenerit, exſtinguitur ſtipulatio. At nec ſtatim ab initio talis ſtipulatio valebit, Lucium Titium, cum ſervus erit, dare ſpondes? & ſimilia quæ: enim natura ſui dominio noſtro exempta ſunt, in obligationem deduci nullo modo poſſunt.

COMMENTARIUS.

1 *An promiſſo homine mortuo æſtimatio debeatur.*
2 *Hippocentaurus.*
3 *Quid ſi ſtipulator ſolus vitium rei ignoret.*
4 *De re propria in ſtipulationem deducta*
5 *Quid ſi res non ſit in commercio ſaltem ſtipulationis.*
8 *Res ſe moventes ſunt mobiles*

POſt materiam ſtipulationis explicatam, contraria & vitia ejus traduntur: ita tamen ut pleraque aliis quoque obligationibus ſint communia: quibus ipſis firmandis quia ſtipulatio adhiberi ſolet, de ſtipulatione non incommode iſta tractare viſum fuit. Et nos quoque hanc rem in ſtipulatione tractabimus.

Primum vitium ſtipulationis hoc textu proponitur ab objecto, & re quæ in ſtipulationem deducta eſt. Cujus variæ hoc textu proponuntur ſpecies & exempla, quæ poſſunt reduci ad hæc capita: quod vel omnino non ſunt, nec futura ſunt: vel ſunt quidem, ſed extra commercium ſunt: & hoc vel omnimodo, vel ſecundum quid, & cum relatione quadam, quæ eſt vel in ipſis rebus, quæ verbi cauſa, ædibus junctæ ſunt, vel in perſona ſtipulatoris, qui vel eorum incapax eſt, vel eas jam apud ſe habet. De quibus ſigillatim videndum eſt: quoniam non omnium eadem eſt ratio, nec ubique eadem nullitas, & circa ſingula quædam notanda & obſervanda ſunt. Primum genus rerum, quæ nec ſunt, nec eſſe poſſunt, abit in duas ſpecies, quod vel fuerunt, ſed amplius non ſunt: vel nec fuerunt quidem unquam. Ex illarum numero eſt ſervus mortuus, §. 1. *h. t. l.* 1. §. *ſi id quod 9. de ob. & act. l. ſi homo 69. de verb. obligat.* ubi videlicet nulla antea ejus cauſa ſupererat actio. Quod ſi enim ſervus mihi debitus poſt moram, vel ipſo jure & ex re (velut à fure) vel ex interpellatione contractam mortuus fuerit, recte eam deducam in ſtipulationem *l. inter 83. §. pen. de verb. oblig. junct. l. promiſſor 21. in princ. de conſt. pecun.* quoniam mora perpetuat obligationem, ut facit, ut etiam homo mortuus peti poſſit *l. ſi ſervum 91. §. ult. de verb. oblig.* extra hunc caſum ſi ſcientes, ſtipulationem contrahant ſuper ſervo mortuo,
1 quæritur ab Interpretibus, an ſaltem † debeatur æſtimatio: quod idem tractant, ſi res ſacra aut religioſa in ſtipulationem fuerit deducta. Et communiter recte negatur, per hunc textum, qui ſimpliciter inutilem ſtipulationem eſſe pronuntiat: non eſſet autem inutilis, ſi vel æſtimatio deberetur. Et male diſſentit Porcius hic, cujus argumenta ſunt nullius momenti. Utitur in hac ratione, quod hoc textu loquatur Juſtin. de eo, qui ſervum putabat & credebat vivere: & mox de homine libero & re ſacra, quem ſervum, & quā profanam eſſe putabat: Sed inepte infertur inde, fore utilem ſtipulationem, ſi vel ſtipulans, vel uterque vitium ſciviſſent: ſed imo Juſtinianus ponit caſum magis dubitabilem, quo videbatur propter juſtum errorem utilis eſſe poſſe ſtipulatio: ut nec dubitandum ſit eſſe inutilem, ubi vitium rei non fugit ignoratum. Deinde ut Weſembec. reſpondet, hic tantum tractatur de caſibus quibus ob vitium in materia nulla eſt ſtipulatio, itaque putandum eſt ignoratum eſſe hoc vitium:

Ubi autem ſciunt contrahentes, alia ratio inſuper ſtipulationem inutilem facit. Et cur non ſtipulati recta fuiſſent rei æſtimationem? & facit, quod Juſtinian. *ſup. in §. non ſolum 4. de legat.* rei quæ non eſt in commercio, legatum ſimpliciter inutile eſſe ait, ut nec æſtimatio debeatur. Ita quoque *in l. inter 83. §. pen. de verb. obligat.* extra caſum moræ, de quo diximus ſervi mortui ſtipulatio ſimpliciter inutilis pronunciatur, & *in l. domum 61. §. ult. de contr. empt.* nullus hic dicitur contractus quia uterque in dolo eſſe intelligitur. Et ita quoque reſponderi poteſt *ad l. 1. §. ſi id 9. de obligationibus, & Action.* cum & quod Accurſ. hic notat, non procedat argum. à contrario ſenſu, ſi abſurdus intellectus ſequatur.

Rerum quæ ita eſſe † non poſſunt, ut nec umquam fuerint, exemplum refert Juſtinianus Hippocentaurum. Rudem vetuſtatem eos, qui primum equos domuerunt, tamquam mixtos hominibus equos credidiſſe perhibetur, & refert *Iſidorus* 11. *Etym* p. n. *in fin. & Alciat.* 9. *Parerg.* 13. Plinius tamen *libr. 7. cap.* 3. vidiſſe ſe refert. Hippocentaurum Claudii principatu ex Ægypto allatum in melle. Sed quidquid ejus ſit, iſta exertrantis naturæ monſtra curanda non ſunt, & *Cicer.* 2. *de nat. Deor.* quis Hippocentaurum, aut Chimæram fuiſſe putat?

Lucret. lib. 5.

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in ullo.

Eſſe queat duplici natura & corpore bino.
Ex alienigenis membris compacta poteſtas.

Quæ autem ita non ſunt, ut ex ordine naturæ ſperentur futura veluti fructus, partus, ea quin recte in ſtipulationem deducantur, non dubitatur.

Sequuntur res, quæ exſiſtunt, ſed ſunt extra commercium, & quidem omnimodo, veluti res ſacræ, ſanctæ, religioſæ, publicæ, liber homo: & Juſtin. *in verſ. idem h. t.* idem juris eſſe ait, ut nimirum inutilis ſit ſtipulatio *l. 1. § ſi id 9. de obligat. & action. l. inter 83. §. ſacram. de verborum obligationibus.* quippe ex ſtipulatione naſcitur actio & obligatio dandi *l. ubi 75. §. ult. de verb. obl* quo etiam omnes contractus tendunt, ut dominium aut ſaltem jus uſucapiendi in rebus adquiramus, & omnino oportet res eſſe alienabiles, cujuſmodi hæ non ſunt. Et quidquid etiā putet Porcius licet inter ſcientes ſtipulatio fiat, tamen nec æſtimationem deberi vo-

nius

tius eſt. Sed plus dubitationis † habet, ſi ſtipulator ignoret, & promiſſor ſciat conditionem rei, an non ſtipulatori competat actio ad intereſſe, propter dolum promiſſoris. Et ita quidem in venditione obtinet, ut hactenus videatur, tenere venditio rei ſacræ & liberi hominis, ut contra venditorem ſcientem detur actio ad intereſſe *l. 4. de contr. empt.* de quo *inſ. §. ult. de empt. & vendit.* An igitur hactenus diverſum jus in ſtipulatione? Ita videtur: ſiquidem hic ſimpliciter dicitur ſtipulationem inutilem eſſe. At contra *in d. l. 4.* liberi hominis & rei ſacræ & religioſæ emptionem intelligi, ſi ab ignorante ematur.

Et obligatio venditoris hæc ſaltem eſt, ut præſtet habere licere, non ut dominium transferat. Verum hujuſmodi res nec habere poſſumus bona fide, & titulus emptionis utiq; præſtat jus uſucapiendi, quod in his rebus locum non habet, & nec rem ſacram religioſam, aut publicam, venditionis objectum habile ullo modo eſſe poſſe, probatur *ex l. Continuus 137. § cum quis 6. de verb. obligat.* Cum Bartolo adeo *in l. Liber homo 118. de verb. oblig.* quem magis & Faber probat, Sentio, & ex cauſa ſtipulationis nomine doli eſſe actionem contra promiſſorem, ſi ex cauſa onerosa interpoſita ſtipulatio fuerit. Et frequenter venditoris obligationem per novationem quoque conſtat, fuiſſe deductam in ſtipulationem *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. de uſuris* & quis negat, cum hoc caſu contra venditorem ſcientem potuerit agi ex empto, & agi quoque poſſe ex ſtipulatu. Porro ad hunc caſum, rei ſacræ, religioſæ, publicæ, hominis liberi pertinent principaliter & omnes ampliationes in hoc textu. Et 1. ut ſit inutilis ſtipulatio omnimodo, nec ſit in pendenti nec expectetur eventus, quem & improbū ſit expectare, quo forte liber homo ſervus, aut res ſacra privata fiat, hoc textu *verſ. nec in l. inter 83. § ſacram 5. de verb. obligat.* Secunda ampliatio, ut ſtipulatio initio utilis, ſi rei poſtea talis qualitas ſupervenlat, inutilis efficiatur *h. text. verſ. Item contra l. is qui 31. & l. 83 §. ſacram; de verb. obl.* & ita hoc eſt exemplum regulæ, ſi res in eum ſtatum deducatur, à quo incipere non poteſt, annullari actū; ſiquidem hic caſus rem plane eximit commercio. Et hoc ita ut liberetur debitor, ſi id accidat ſine ejus facto: Cæteroquin, ſicut qui occidit hominem debitum, tenebitur ad æſtimationem, *d. l. is, qui 31. de verb. oblig. arg. l. ſi mihi 92. l. qui res 98. §. arcam 8. de ſolut.* quod factum illius ſi abſit, ita liberatur, ut nec ſi poſt in priſtinum ſtatum res reducatur, obligatio reſtituatur, *d. l. 98. § arcam.* Tertia ampliatio, ut nec in eventum mutatæ qualitatis ſub conditione ſtipulatio concepta utilis ſit *h. textu in fin.* nec enim eventus hic expectari poteſt aut debet *d. l. inter 83. §. ſacram. de verb. oblig.* & quod (ut Juſtin. ait) extra commercium natura & conditione ſua eſt, nec ſub conditione objectum contractuum fieri poteſt: cum præſertim vulgo dicatur conditionem retrotrahi ad tempus contractus: quod tamen generale non eſſe, ex jam dicendis apparebit.

Supereſſunt res, quæ ſecundum quid non ſunt in commercio, quarum tres facimus ſpecies. Primam, ubi in ipſa re vitium eſt, ſed non perpetuum: veluti quod res ædibus juncta eſt, quam eximi & præſtari vetuit Senatus *l. cætera 41. cum ll. ſeqq. de legat.* 1. Et cum hæc prohibitio nec ſit omnimoda, aut perpetua, ſicut & impedimentum ipſum temporale & accidentarium eſt, illud conſtat, ſub conditione rem talem promitti poſſe *d. l. cætera 41. §. 2. de legat.* 1. ſed nec crediderim evaneſcere ſtipulationem; licet facto alterius rei juncta fuerit, cum & in terminis rei jam junctæ Legato, non rato æſtimatio debeatur *d. l. 41. §. ſi duobus in fin.* quo argumento quis defendere poſſit, ſimpliciter valere ſtipulationem inter ſcientes, aut utique, ut ſit in pendenti dum res eximatur. Quod attinet ad rem † ſtipulatoris propriam, ex prima ampliatione deciſum hic eſt, ſtipulationem puram eſſe nullam, ſed & quo ad alteram in *verſ. Item contra* indefinite dicitur, nullam fieri ſtipulationem, ſi res in aliquam cauſam earum de quibus dixerat, deducta ſit. Tertia autem ampliatio hic ceſſat, & poſſe quem rem ſuam in eventum quo ſua futura non eſt, ſibi ſtipulari, expreſſum eſt, in *l. ſi rem 31. l. exiſtimo 98. de verb. obligat.* in quo tamen non inter omnes conveniſſe, oſtendit *d. l. 41. de legat. 1. §. 2.* ibi *Secundum eos qui emi rem meam & promitti ſub conditione ajunt.* Et movet hic ſcrupulum *l. uſusfruct. 26. de ſtipul. ſerv.* ubi dicitur ſervum hæreditarium, nec ſub conditione quidem poſſe ſtipulari uſumfructum, quoniam ex præſenti vires capiat ſtipulatio, licet petitio ejus ſuſpenſa ſit: quæ ratio ſi generalis eſt, faciet nullam eſſe & hanc ſtipulationem de qua quærimus. Accedit, quod vulgo jactatur, in contractibus conditionem quandocunque exiſtentem retrotrahi ad tempus contractus, quod ſi & hic admittimus, rurſus efficietur, inutilem eſſe ſtipulationem. Accedit & tertio, quæ ita arbitrii erit ſtipulatoris,

an ſtipulatio valeat nec ne, dum videlicet rem ſuam alienat; quod ruſus rationibus juris non convenit. Quod attinet ad *d. l. 26.* ratio illa ſubjecta non nimis laxe eſt accipienda, ſed ut præſens ſtatus inſpiciatur, tum quoad perſonam ſtipulantem tum quoad rem promiſſam, ut ſcilicet ſit in commercio; atquin rem meam eſſe, aut non meam, eſt purum accidens, & quidem maxime mutabile & ſeparabile, propter quotidiana commercia & permutationes rerum; qua ipſa de cauſa non debe impediri ſtipulatione ſub conditione facta, quæ naturæ ipſi rerum promercalium eſt conveniens, cui accedit, quod nihil hic videtur impedimento ſtipulationi, quam quod nihil intereſt ſtipulatoris, cujus res jam eſt, quod non poteſt inferri vitium actui ipſi ſtipulationis, ut accidit in *l. 26. de ſtipulat. ſerv.* ubi tempore contractus, nec vere, nec ficte eſt perſona, cui uſusfructus adquiri poſſit. Vulgatam autem regulam illam de retrotractatione nihil neceſſe eſt, penitus generalem, aut univerſalem eſſe; & ubi vitium aliud eſt nullum, ſatis eſt utiliter cedere diem, quod fit exiſtente conditione *l. 5. cedere 213. de Verb. ſignificat.* Sed ita ſane eveniet, ut exiſtente conditione poſt mortem ſtipulatoris, hæres, licet tum res non ſit ejus, non poſſit ex iſta ſtipulatione agere, atque ita erit iſta exceptio ad *§. penultim. infr. h. t. & ad §. ſub. condit. 4. ſupr. de Verb. Oblig.* ubi dicitur hæredem agere, licet conditio poſt mortem ſtipulantis exſiſtat, cujus non aliam poſſe diximus reddi rationem, quam quod conditio retrotrahatur ad tempus contractus, ſiquidem ex ratione juris veteris in hæredis perſona incipere obligatio non poteſt, aut an dicimus ſufficere quod vivo ſtipulatore potuerit conditio exſiſtere, ut ſpes tranſmittatur in hæredem, ut in *d. §. 4.* loquitur Juſtinianus: quod ſecus eſt ubi diſerte concepta eſt ſtipulatio poſt mortem; atque ita numquam contingere poteſt, ubi obligatio incipiat in ipſorum contrahentium perſona; de quo amplius cogitandum. Denique & ad tertiam objectionem reſpondeo, quod in arbitrium alterutrius ex contrahentibus recta & directo obligatio conferri non poſſit, ſecus ſi hoc fiat oblique: veluti ex parte promiſſoris inutilis eſt promiſſio *Dabo cum volam l. ſub hac 8. de obl. & act. l. ſtipulatio 17. de Verb. oblig.* utilis tamen eſt, *Dabo ſi Capitolium aſcendero.* licet hoc ſit in ipſius voluntate, notat *Donellin l. ſi quis 43. de V. Obl.* Quin & verius eſt valere ſtipulationem quæ confertur in arbitrium ſtipulatoris, ut Donell. notat. in *l. 17. de Verb. oblig. Iaſon. in l. continuus 46. §. ſi ita num. 7. eod. tit.* cui non obſtat *l. in vendentis 13 Cod. de contr. empt.* quoniam ille contractus eſt ultro citroque obligatorius, adeoque uterque etiam debitor eſt, quod ſecus eſt in ſtipulatione. Denique addendum hic eſt, non valere putã ſtipulationem rei ſuæ, 1. quoad dominium, ſecus de tradenda poſſeſſione quæ penes alium exſiſtit, *l. nemo 82. in princip. de Verb. oblig. l. ſi in 34. §. rei 4. de contr. empt.* 2. non valere, ſi plenum dominium & jus habeat; Ceteroquin ſi quod jus ei deſit, utilis eſt ſtipulatio, atque ita rem quæ tantum jure & dominio bonitario, aut utili mea eſt, recte ſtipulor, ut dominium etiam Quiritarium, aut directum conſequar *fac. l. in bello 12. §. ſi quis 7. cum §. ſeq. de captiv. & poſtlim. rev.* notat *Iaſon in l. ſi rem 31. de Verb. oblig.* (Supereſt tandem res, quæ non eſt in cõmercio ſtipulantis: (nam quod in commercio promittentis non eſt, nihil impedit, *l. multum 34. de V. Oblig.*) & inutilem eſſe ſtipulationẽ traditur *h. textu & in d. l. 34.* Illud quæri poſſit an ſub conditione valeat ſtipulatio: Et magis eſt denegandum putem, cum deficiant rationes, quæ ſtipulationem rei propriæ conditionalem utilem faciunt: & in primis cum hic vitium videatur eſſe in perſona, ratio *l. 26. de ſtipul. ſerv.* inutilem iſtam ſtipulationem facere videtur. Ita autem inutilis eſt ſtipulatio rei quæ non eſt in commercio, ut nec æſtimatio debeatur, quin ſimpliciter reſpondetur, inutilem eſſe ſtipulationem: atque ita communiter ſtatuere Dd. teſtis eſt *Iaſon in d. l. multum de Verb. Oblig. num. 5.* cujus tamen rationem, quod nec naturalis oriatur obligatio, falſam eſſe puto, nec probari ex *l. 1. §. ſi id 9. de O. & Act.* quod enim de naturali ratione dicit, non ad omnes æqualiter caſus pertinet; cum nec iſtius caſus nominatim ibi fiat mentio; & non ſine ambiguitate aliqua dicitur, naturali ratione aliquid eſſe inutile. An autem & quid juris ſit, in legato rei cujus commercium legatarius non habet, diximus ad *§. non ſolum 4. ſup. de legatis.*

Notanda eſt ex *pr. tit.* diviſio rerum bimembris in res mobiles & ſoli, ſive immobiles; ut appareat ſub reb. mobilibus etiam contineri res, quæ ultro ſe moveri poſſunt, quas mobiles eſſe nemo ſanus negaverit, qui vel à limine naturalem Philoſophiam ſalutaverit; & oppido quam inepti ſunt gloſſatores, qui appellatione rerum mobilium negant contineri res, quæ ſe ipſæ movere poſſunt; quamvis non negem, hæc diſtinctim alicubi & ut diverſa membra proponi, ut in *leg. 1. Codic. de præ-*

tor pa.

*tio pignor.l.un.§.cum autem 7. verſ.ex actio C. de rei ux.act l.ſi quis 49 § & ſi 2.& ſeq.C.de Epiſc. & Cler.l. 2.verſ.ſed ubi quarta Cod. quand. & quib. quart. part. leg.2 in princ. Cod. de conſtit. pecun. leg. in rebus 30. in princ.Cod.de jur.dot.Novell.*112.c.1.§.*ab hoc* §.1.*infra vi bonor.rapt.* quæ omnes recentiorum Imperat. & imo Juſtiniani (extra *l.2.quand & quibus quart.* quę Theodoſii eſt) ſunt conſtitutiones. Extat tamen eadem ſeparatio in *l.4. Codic.fam. erciſc & in leg.1. in princ.de adil.ed.* forte quia moventia ſunt ſpecies quaſi rerum mobilium, & illorum appellatione ex mente teſtatoris tantum animalia ſenſum habentia veniunt *l.moventium 93. de V. S.*

TEXTUS.

1 Si quis alium daturum facturumve quid promiſerit, non obligabitur: veluti ſi ſpondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod ſi effecturum ſe ut Titius daret, ſpoponderit, obligatur. Si quis alii, quam ei cujus juri ſubjectus ſit, ſtipuletur, nihil agit. Plane ſolutio etiam in extraneam perſonam conferri poteſt, veluti, ſi quis ita ſtipuletur, Mihi, aut Seio dare ſpondes: ut ſtipulatori quidem obligatio adquiratur, ſolvi tamen Seio etiam invito eo recte poſſit, & ipſo jure liberatio contingat, ſed ille adverſus Seium mandati habeat actionem. Quod ſi quis ſibi & alii cujus juri ſubjectus non ſit, dari decem aureos ſtipulatus eſt, valet quidem ſtipulatio: ſed utrum ſtipulatori totum debeatur, quod deductum eſt in ſtipulationem, dubitatum eſt. Sed placuit, non plus quam dimidiam partem ei adquiri. Ei vero, qui juri tuo ſubjectus eſt, ſi ſtipulatus ſit, tibi adquiri, quia vox tua tamquam filii ſit, ſicut & filii vox tamquam tua diligitur in his rebus, quæ tibi adquiri poſſunt.

COMMENTARIUS.

1 *De promiſſione facti alieni.*
2 *Alteri per alterum non quæritur obligatio: cum exceptionibus.*
3 *De iure adiecti.*
4 *Si quis alteri & ſibi ſtipulatur.*
5 *Utile per inutile an vitietur.*

PErtinet hoc ad congruitatem quæ requiritur in ſtipulatione, ut in utriuſque contrahentium perſonam collata ſit; ita ut quis ſe daturum facturumve promittat, & alter ſibi dari fierive ſtipuletur. Hinc et. fruſtra quis & nulliter promittit aliũ daturum facturumve: & ita quidem nulliter, ut nec ille alius obligetur, cujus conditio per alium deterior fieri nequit, nec ipſe promiſſor *h. textu in pr. l.in 83.in princ de verb. oblig.* quippe cujus perſona inſerta ſtipulationi non eſt. Et igitur ſecus erit, ſi quis ut alius det vel faciat, curaturum ſe promittat, & ita factum proprium, qui utique obligatur *h. text.& d l.83.* quod eo pertinet, ut in tantum teneatur, quantum ut alter daret, curaturum ſe promiſit *l.ſi heres 73.in princip de legat.1.* Quod tamen ſecus erit, ſi quis ſtipulatus ſit curari decẽ dari per *l ult.§. 1 de reb cred.l.illa 67.§.1 de verb.oblig.* Poſſit videri jejuna eſſe quædam verborum ſubtilitas, & ſemper iſta interpretatio ſumi, ut qui promiſit alium daturum, intelligatur promiſiſſe ſe curaturum, ut daret, ſed nihil neceſſum fuit hanc ſumere interpretationem, cum partibus imputari debeat, quod non debito modo fuerint ſtipulati: Et cum nemo poſſit alium obligare, creditum eſt partes, utique alterutrum qui promiſit, nec ſe obligare voluiſſe, qui nihil de ſe, ſed tantum de alio cavit. Et tamen non ſemper neceſſum eſt, hoc totidem verbis exprimi, ut quis ſe curaturum dicat, ſed non uno, imo multis caſibus hoc implicite actum eſſe intelligitur, ubi æquitas & conditio qualitasque negotii id expoſcere viſa eſt, quod recte promitto, Titium pro me fidejuſſurum *l.qui autem 14 §.2.de conſt.pec.* Item quod pro eo, qui promiſit ſe facturum, fidejuſſor recte intervenit, *l.ſi quis 5 ff. de fidejuſſor.* qui niſi proprium factum promitteret jam diverſum promitteret ab eo, quod eſt in obligatione principali, quod natura fidejuſſionis non patitur, ut dicemus tit.ſeq. Itaque intelligitur promittere ſe curaturum ut fiat, quod promiſſum eſt à reo principali, ut tamen ſimul & factum proprium promittat, per *l. ſicut reus 6 ff. de fidejuſſor.* quod ſcilicet idem eſt ſpecie ſive genere cum eo quod debet principalis, licet non in individuo. Hinc etiam eſt, quod procurator de cujus mandato dubitatur, recte & utiliter promittit, dominum ratum habiturum *t.t. rem rat.hab.inſ-*

in princ. de ſatisdationibus, ut ſcilicet intelligatur promittere ſe hoc curaturum; quoniam ſub hac cautione admittitur ad agendum nomine alieno, ſub qua cum ex ratione juris eum admittere teneatur Reus, utique decipi non debeat, ſed ſi dominus poſtea iterum agat ex ſatiſdatione actio contra procuratorem, & fidejuſſores ejus concedenda eſt; & omnino hoc promittit procurator, quod ipſe in judicio nomine alieno agit, ratum & firmum futurum & manſurum; ſed quia per nullum alium quam per dominum rei, ſi forte procurator falſus fuit, res iterum in judicium deduci poteſt, quaſi de facto ejus agi videtur, promittat procurator, vix etiam iſta exceptio à regula eſſe videtur. Huc etiam pertinet, quam itidem hic objiciũt Dd. ſtipulatio habere licere, quam venditor præſtat, & nimirum in effectu, rem evictam non iri, quam ipſe vendidit & ex contractu ipſo venditionis obligatus eſt, ita eam tradere ut dominium vel jus uſucapiend. transferatur in emptorem, & hic pro precio quod accepit, rem perpetuo tenere poſſit. Id enim hæc ſtipulatio habet per vẽditorem interpoſita, *l. ex empto 11.* (alias *l. emptorem*) *§ ultim. de act. empt.* ut quicunque rem evincat, committatur, licet alias tantum factum ipſius promittentis & heredis contineat, *l. inter 83. in princip. de verb. obligat. junct. l. ſtipulatio 38. in princip. eod.* Eadem ratio eſt ſtipulationis de judicio ſiſtendo, ut qui promiſit, alium ſiſti, (vel etiamſi promittat, judicio ſe Titium ſtiturum) intelligatur hoc permittere, ſe facturum, ut ſtet & judicio ſe ſiſtat *l. quoties 81. in pr. verb. obligat.* quoniam præſtatur ab eo, qui facit ut res, cui alias in jus neceſſario eundum erat, dimittatur *t. t. In ius voc. ut eant.* ut hic nec neceſſe ſit, exceptionem conſtruere in prætoriis ſtipulationibus; quamvis ſane illæ hoc proprium habeant, ut non à voluntate partium, ſed ex autoritate & edicto prætoris formam ſuam accipiant & robur *l. in prætoriis 9. de prætor. ſtipul.* cum & contra regulam alteram de qua jam dicemus, ex prætoriis ſtipulationibus alteri per alterum actio quæratur *l. in omnibus 5. eod. tit.* prætor enim non ſubtilitatem juris, ſed magis æquitatem intuetur, ne quiſquam ſub prætextu aliquo decipiatur, cum ipſius juſſu hę ſatiſdationes interponantur.

Si quis alii quam ei.] Diximus verba ſtipulationis debere collata eſſe in utriuſque contrahentis perſonam; & hinc fruſtra quem promittere, aut ſtipulari alium daturum facturum: Ex eodem fundamendo fluit hæc propoſitio. Fruſtra quem ſtipulari, alii datum iri, & fruſtra quem promittere, ſe alii daturum; & ita quidem fruſtra, ut nec obligatio quæratur ipſi ſtipulatori, cujus perſona ſtipulationi inſerta non eſt; nec alteri, vel quia mea non intereſt alteri obligationem quæri, ideo autem ſunt inventæ obligationes & præcipue ſtipulationes *§. alteri 18 infr. h. t. l. ſtipulatio 38. § alteri 17 de verbor. obligationib. l. 3. Codic. de contrahend. ſtipulationib.* vel quia actus iſtos, quibus de obligatione conſtituenda agitur, in perſona ipſorum agentium radicari oportet *arg. l. quæcunque 11. de oblig. & action.* nec quidquam niſi per medium legitimum & habile in alium poteſt transferri, quale medium non poteſt eſſe ſtipulatio, aut quævis alia conventio, quippe quæ tantum afficiat perſonas contrahentes. Neque enim iſta regula ad ſolam ſtipulationem pertinet, ſed eſt hoc generale, ut obligatio per alterum alteri non adquiratur *§ pen. ſup. per quas perſ. acq. l. ſi ita 126 § 2. de verb. oblig. t. ibi, nullam obligationem l. quo tutela 73. in fin. de Reg. jur. l. ſolutum 11. §. penultim. de pignor. action.* Atque hæc poſterior, eſt verior ratio; nam illa de intereſſe, efficit, ut ne ſtipulanti actio quæratur, ſed non ut ne illi, in cujus perſonam ſtipulatio collata eſt. Hæc autem regula non unam imo multas habet limitationes, quibus non quidem directa (nam hactenus regula perpetua eſt, ut nũquam alteri ex ſtipulatione alterius directa actio comperat) ſed utilis actio detur & adquiratur. Et exceptio una eſt in prætoriis ſtipulationibus *l. in omnib. 5. de prætor. ſtipulation.* quæ tamen cum de procuratore loquatur, referenda eſt ſub exceptionem generaliorem, quod per procuratorem adquiratur domino actio. Cujus exceptionis unum exemplum eſt in ſtipulationibus prætoriis *d. l. 5.* Aliud eſt exemplum extra prætorias ſtipulationes, ſi ſtipulatus fuerit procurator ex re domini *l. quod procurator 68. de procurat.* & aliud adhuc, ſi præſente domino ſtipulatus fuerit *l. ſi procuratori 79. de Verb. Obligat.* nec enim ratio patitur, ut eum textus ſimpliciter loquatur, vel ad prætorias ſtipulationes, vel caſum quo ex re domini procurator ſtipulatur, reſtringebatur. Alia non abſimilis exceptio eſt, ſi quis ex officio alteri ſtipulatur, qui ipſe vel ob ætatem, vel alias etiam cauſas, ſtipulari non poteſt. Hinc per ſervum publicum, & ut hodie loquuntur, per Notarium adquiritur aliis actio, ut in *l. 2. rem pupilli ſalv. fore l. non aliter 18. cum l. ſeq. de adopt.* quo etiam referendũ eſt (regula enim generalis eſt, & ad quoſcunque contractus pertinet) quod

per

Digitized by Google

per inſtitorem quæritur præponenti actio *l. 1. in fin. & l. 2. de inſtit. action.* itemque per actorem municipum *l. 5. §. ſi actori de conſt. pec.* & per magiſtratum, in ſpecie *l. 1. §. exigere 15. in fin. de magiſtrat. conven.* quæ etiam partim ad priorem exceptionem referri poſſunt, aut conſtituenda una exceptio generalis, in iis, qui ex officio aliquid faciunt; nam & procurator gerit officium. Alia exceptio eſt generalis itidem, ſi pactio vel conventio adjiciatur actui naturali, quia facilius hoc modo operam noſtram accommodando aliquid alteri adquirimus, ut tractant *Dd. ad l. 1. §. per procuratorem 20. de adq. poſſeſſ.* & ex hoc fieri putant, quod per procuratorem domino adquiratur poſſeſſio. Et duo membra habet hæc exceptio. Primum eſt cum adjicimus pactum ejus rei traditioni, quæ ad alium pertinet, aut ad eũ pertinere debet ex quo illi acquiritur actio utilis ex pacto ejus, qui rem commodavit aut depoſuit *l. penult. Cod. ad exhib.* aut alterius nummos numeravit *l. 126. §. 2. in fin. de verb. obl.* item ex pacto creditoris, qui rem pignoratam ſibi diſtraxit *l. ſi cũ 13. in prin. de pign. act.* Alterum membrum eſt, ſi quis traditioni rei ſuæ pactum & conventionem in alterius favorem adjecerit; notat Jaſon in *l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. de verb. oblig. n. 13.* Hinc ſi alterius nomine pecuniam numerem, illi condictio adquiritur *l. certi 9 § penul. de reb. cred. l. ſi ita 126. §. 2. in fin. de verb. oblig.* quo etiam referri poſſit ſpecies *l. Publia 26. in princip. depoſiti.* Hinc etiam eſt, quod ei cujus nomine indebitum quis ſolvit, condictio datur *l. dominus 53 de condict. indebit. l. 6. Codic. eod.* Eodemque referunt Dd. pactionem quæ adjecta eſt dationi dotis, ut ea alteri reſtituatur. Sed cum fere pactum id proponatur factum pro conjunctis perſonis, alii hic novam ſtatuunt exceptionem ab affectione perſonarum, ut his qui conjunctiſſimi fuerunt, ſtipulanti, aut paciſcendi, ex conventione in ipſorum perſonam collata actio detur, quo pertinet quod ſi pater ſtipulatus ſit filiæ ſuæ dari poſt mortem, filiæ utilis actio datur etiamſi patri hæres non exſiſtat *l. quodcunque 45. §. 2. de verbor. obligation.* Et videtur hoc ideo admiſſum, quia pater alias liberis ſuis ſtipulando ſibi adquirit actionem. Nimis enim impudens eſt, quod *Ant. Fab. in leg. 17. § 4. & in leg. 11 §. 2. de pact.* iſtum locum a Triboniano corruptum contendit. Affectioni perſonarum accedit favor cauſæ, ſi eo tendat pactum, ut liberi dotem habeant. Ceterum circa pactum quod eſt adjectum dationi dotis, de re alteri reſtituenda, ipſis textibus noſtris non ſatis convenire videtur. Iſtud apparet, rigorem juris conſtitutionibus Impp. poſteriorum, in aliquibus caſibus temperatum fuiſſe, ut in ſpecie *l. 3. Codic. de donat. ſub mod.* quæ nititur ſimplici æquitate, quamvis aliquid faciat, quod dationi rei ſuæ pactum adjectum fuit. Et ita facilius admiſſum fuit pactum dotis dationi adjectum, ut in ſpecie *l. pater 7. C. de pact. conv.* ubi nepotibus ex filia, ex pacto avi utilis datur actio, quippe cum pater alias ex jure communi pro repetenda dote haberet actionem, quam ille pacto in nepotes ex filia transferre ut poſſet, permiſſum fuit: quæ ipſa ratio differentiæ dari poteſt ad *l. 4. Codic. de pact. conv.* ubi ex pacto matris dotem dantis liberis negatur actio; quoniã uxore mortua dos adventitia manet apud maritum, utique ex juris veteris ratione. Et hinc etiam ratio dari poteſt cur ex avi materni pacti neptĩ actio quæratur *l. Gai. 45. in f. ſol. matr.* Et an ſpeciale præterea fortaſſis, in *d. 45.* quod agit ibi ipſa uxor divortio facto, cujus nomine dos data fuit, quæ citra ſtipulationem actionem rei uxoris haberet, ut eo facilius ne dotem amittat, ipſi danda ſit actio ex ſtipulatu; quæ ratio ceſſat in *d. l. 4. C. de pact. conv.* Et ita videtur Acc. ibidem reſtringere *d. l. 45.* quamvis facile crediderim, clauſulam *d. l. 45.* à Triboniano adjectam eſſe, quod & diſputatio JCti præcedens, & ipſe ſtilus arguit; quod cenſet & *A. Fab. 15 conject. 3.* Sed cum Tribonian. hanc acceperit poteſtatem, ut reſponſis JCtorum addere & detrahere poſſet, & ipſius ſanctiones autoritatem Legum obtineant, his reſponſionibus non poſſumus conciliare textus. Ex hoc etiã reſpondetur ad *l. debitor 59. §. ult. ad Trebell.* ubi ex pacto filiæ negatur matri actio, cum & alias difficilius aſcendentib. per liberos actio quæratur. Itemq; caſus eſt *l. inter 26. § filia cum 4. D de pact. dot.* Nihil autem hoc facit *l. ſi cum 82. de ſolut.* ubi poſt traditionem factam conjuges inter ſe pacti proponuntur. Atq; his caſibus alteri quæritur actio ex ſtipulatione in alterius perſonam collata. Aliud genus exceptionis eſt, quo actio quæritur ipſi, qui ſtipulatus eſt alteri, veluti ſi ejus intereſſit; de quo dicemus ad § *alteri inf. hit.* Jam in textu noſtro pergamus.

Aliquam ei cujus juri ſubiectus] Regula, quod nemo alteri ſtipulari poſſit, procedit in extraneo: & extraneus hic omnis eſt extra eos in quorum quis eſt poteſtate; ut verba mox ſeqq. oſtendunt. Et nimirum quibus adquirimus, iis conſequenter etiam recte ſtipulamur, cum & ſi ſimpliciter ſervus, aut filiusfam. ſtipuletur, aut alias contrahat, patri,

aut

aut domino quæratur actio. Id in ſervo ſimpliciter obſtuctrin liberis habet exceptiones juxta traditio ad §. *ſup. per quas perſ. n. b. adq.* & tractatur *infr. hoc lib. tit. penult.*

Solutio & in extraneam.] Extranea perſona, ut dixi, omnis, † hic eſt, præter dominū & patrem. Habet autem & iſtud quandam ſpeciem limitationis, aut declarationis ad regulam præmiſſam. Et nimirū non poteſt perſona alterius inſeri ſtipulationi, ut ei actio quæratur & obligatio, ſed poteſt adjici perſonæ ſtipulanti per particulam disjunctivā, ut ejus recipiendæ ſolutionis nec quidquā præterea inſtar cujuſdam procuratoris adquiratur *h. text. & l. ult. §. ſi ita 3. de V. O. l. ſi mihi 23. de fidejuſſor. l. quod 10. d. ſolutionib. l. ſi ita 9. eod.* & quin inſtar procuratoris, verus tamen procurator non eſt, imo negatur eſſe procurator *l. vero 1. § 1. de ſolutionib.* quoniam tamē id a deficiebat ad inſtar procuratoris, ut mandati actione teneret ut receptum fuit *h. §. & l. Iulianus 23 § de Verb. Oblig.* Et quia procuratoris inſtar eſt, cum mandatum morte finiatur, hæredi ejus ſolvi non poteſt *l. cum quis 55. de V. O.* Etc iam ſi jam pars ſoluta ſit principali tamen reſiduum adjecto ſolvi poteſt *l. cum decem 71. in princip. de ſolutionibus*, & ſolvi adjecto poteſt etiam invito ſtipulatore *h. §.* in quo differt ab alio procuratore vulgari cui quod mandatum eſt libere revocari, & ita facultas quoque recipiendi ſolutionem adimi poteſt. Et ratio ſpecialitatis eſt, quia hæc poteſtas data adjecto eſt per ipſam formam ſtipulationis ; quin potius, ut rectius dicam, promiſſori ex ipſa ſtipulatione jus hoc quæſitum eſt, ut poſſit ſolvere adjecto, quod ipſi ſtipulatoris arbitrio ſolo adimi non poteſt *l. vero 12. §. penult. de ſolutionib. l. fidejuſſor 16. in fin. princip. de fidejuſſ.* quæ ratio facit, ut licet perſona alias inhabilis ſit, tamen ei ſolvi poſſit, *l. ſi ſtipulatus 31. d. ſolutionibus.* nam & cuicunque creditor mandavit, ut ſolutionem recipiat, ei recte debitor ſolvit. Et proinde quia loco procuratoris eſt adjectus, ſolutio ejus commodo non cedit, ſed quod accepit, mandati actione conventus reſtituere cogitur *h. text. & d. l. Julian. 131. §. 1. de V. O.* Recte autem ſolvitur adjecto, ſi maneat in eodem ſtatu, nec in eum deducatur, in quo ſi ante fuiſſet, ſtipulator eum adjecturus non fuiſſet *leg. cum quis 38. in princ. de ſolut.* cui tamen textui videtur repugnare reſponſum Papiniani in *leg. Stichum 95. §. uſumfructum 6. eod.* quādere v. *Acc. Iaſonem Zaſium & Cuiacium in l. cum qui 56. §. 2. de V. O. A. F. lib. 3. conject. 10.* & quæ notavimus in *§. Item ſi 10. inf. mandati.*

Quod ſi quis ſibi & alii.] Habet & hoc ſpeciem ſimilitudinis ad regulam ſuperiorem. Nimirum ſtipulatio eſt nulla, ſi tota in alterius perſonā ſit collata, nam ſi ſimul adjecta ſit perſona ſtipulantis, in partem valet ſtipulatio. Nec enim debuit in ſolidum adquiri ſtipulanti, qui ipſi alium adjecit, nec in ſolidum debuit inutilis eſſe ſtipulatio, cum nec alibi utile per inutile vitietur, de qua propoſitione vide hic late & accurate *Ioh. Fab. l. ſi mihi 110. in princip. de Verbor. Oblig.* nam qui v. c. decem ſibi & Titio dari ſtipulatur, non alia, & alia decem, ſed ſola decem ſibi & Titio communiter ſtipulari intelligitur *l. cum qui 56. in pr. de V. Oblig.* ex quo fit ut Titius partem faciat, & propter eā tantū ſtipulatio valeat. Ex quo efficitur, contra quam Hotom. putat, et amſi non pecunia, ſed corpus in ſtipulatione ſit, veluti fundus, homo, equus, tamen non totum, ſed tantum partē deberi, quod & magis probat *Weſemb. hic.* Quod ſi autem res plane ſit individibilis, aut ejus conditionis, ut adjecto adquiri non poſſit, magis eſt, ut perſona ejus tum pro ſupervacuo adjecta habeatur, ut in *l. proprium 5. Com. præd.* Quod alia ratione accidit in contractu emptionis, quia integrum pretium fundi ſolvitur *l. fundus 64. de contr. empt.* ut pleniſſime errer Pe ctius hic, qui hoc putat fieri per jus accreſcendi, quod ipſe textus reſpuit, dum dicit perſonam Titii ſupervacuam eſſe & fruſtra adjectā; quod falſum eſt, quoties juri accreſcēdi locus eſt, ubi in utriuſq; perſona inito conſiſtit id de quo quæritur, ſed per concurſum ſcinditur, & uno deficiente ad alterum totum pertinet: Atquin in contractibus, aut qui adjectus eſt facit, ut actus pro parte ſit nullus, aut omninō pro non adjecto habetur ; perinde ac ſi in alterius perſonam ſolius contractus totus collatus ab initio fuiſſet, quod & accidit in ſpecie *§. ult. ſupr. de ſtip. ſerv. l. ſi ſervus 12. de aut. tut.*

Et vero qui tuo iuri ſubiectus.] Titius recte ſtipulatur patri, & ſervus domino, ita ut his per illos adquiratur: Sed alia ratione pater recte ſtipulatur filio, & dominus ſervo, nō ut his adquiratur, ſed ipſis ſtipulantib. perinde atq; ſi ſibi ipſis ſtipulati fuiſſent; quoniam quidquid ad filium, aut ſervū pervenit ſtatim domino, aut patri adquiritur; itaque ne fruſtra adquireretur filio, Leges ita interpretatæ ſunt, ac ſi pater ſibi ipſi ſtipulatus fuiſſet. *h. textu & l. 2. Cod. de contr. ſtipul. l. dominus 59. de V. O.* Et hinc quia per filium emancipatum patri nihil adquiritur, fruſtra quoq; ex ratione juris pater ſtipulatur filio emancipato *l. ſi genero. 26. C. de iur. dot.* Ex quo

etiam

eſſam eſt, ut quoniam poſt mortem fruſtra quis ſibi ſtipulatur, nec filio pater dari poſt mortem recte ſtipuletur, quamvis ex æquitate receptum ſit, ut utilis actio hic filio detur *leg. quodcunque 45. § 2. de verb. obligat.* ſicut & ex æquitate eadem receptum eſt, ut ex pacto patris filio detur exceptio doli *l. & hæredi 21. §. 2. in fin. de pact.* quoniam ratio juris, quod per patrem liberis nihil adquiri poteſt *l. cum dos 7. de pact. dot.* facit ut ne ſit locus exceptioni pacti *l. ſi tibi §. ſi pactus 4. de pact.* nam & hæc ratio juris eſt, ut ſtipulatio collata in tempus, quo nulliter inire poneretur, nulla ſit *l. 4. Cod. de donat. ant. nupt.* Procedit hoc in iis quæ patri acquiri poſſunt per filium, itaque ſi factum ſit perſonale in obligatione, veluti ſi pater ſtipuletur filio ire agere licere, nihil agitur *l. quod dicitur 130. de verb. obligat.* nam ſi ita ſibi ſtipularetur filius, patri non adquireret *§ ſed cum 2. ſup. de ſtip. ſerv.* Itaque cum hodie nullorum adventitiorum proprietas quæratur patri, videatur pater extra cauſam profectitii peculii fruſtra ſtipulari filio, quoniam per patrem filio non poteſt adquiri *l. cum dos 7. de pact. dot.* adquireretur autem filio uſusfructus, ſed magis videtur ut propter jus uſusfructus recte pater ſtipuletur, & ut hactenus per conſequentiam propter jus novum adquiratur filio per ſtipulationem patris & ſecutam traditionem dominium; nam ex ſtipulatione qua tale nihil adquiretur filiæ. Aut an dicimus pro profectitio eſſe; quia cauſa adquiſitionis & obligationis à patre habet originem, *v. Fabr. hic n. 9.*

Vox tua tamquam filii.] Hinc deducunt, quod filius & pater habeantur pro una & eadem perſona: quod extra ea quæ ſunt juris publici, & fere ubi de jure adquirendi patri per filium tractatur, locum habet, quamvis id aliquando & alio trahatur, ut in *l. ult. inf. Codic. de impub. ſubſtit. l. cum ſcimus 22. §. ult. Cod. de agric. & conſ.* Male autem huc à Weſemb. adducitur *Ariſtot. 1 Polit.* quaſi filii ſint organa quædam & inſtrumenta per quæ adquirat pater. Id enim de ſervis tantum affirmat Ariſtoteles, minime autem de liberis, qui ex ejus ſententia non ſunt in tali poteſtate patris, ut oſtendimus *ſupr. de patr. poteſt.* Sed ſane ex ratione juris civilis Romani veteris iſtud procedit.

TEXTUS.

1. Præterea inutilis eſt ſtipulatio, ſi quis ad ea quæ interrogatus fuit, non reſpondeat, veluti ſi quis decem aureos à te ſibi dari ſtipuletur, tu quinque promittas, vel contra, aut ſi ille pure ſtipuletur, tu ſub conditione promittas, vel contra: ſi modo ſcil. id exprimas: id eſt, ſi cui ſub conditione vel in diem ſtipulanti, tu reſpondeas, præſenti die ſpondeo. Nam ſi hoc ſolum reſpondeas, promitto, breviter videris in eandem diem vel conditionem conſenſiſſe: neq; enim neceſſe eſt, in reſpondendo eadem omnia, repeti, quæ ſtipulator expreſſerit.

COMMENTARIUS.

Hoc quoq; pertinet ad congruitatem ſtipulationis, quæ eſſe debet in interrogatione & reſponſione, ut non aliud reſpondeatur, nec alia forma, quam interrogatum fuit. Identitas & diverſitas conſideratur vel in re vel in qualitate, ſi aliud promittatur, conſtat ſtipulationem eſſe nullam, ſi mutetur qualitas, & pure interrogatus, reſpondeat, ſe daturum poſt tempus, vel ſub conditione, nullam eſſe itidem ſtipulationem reſpondetur *h. §. & l. 1. §. ſi quis 3. de verbor. Obligatione.* ubi tamen additur limitatio, niſi diverſitas reſponſionis illico placuerit ſtipulatori, id eſt niſi ſtipulator ſtatim atteſtatur ſit ſe reſponſione ea eſſe contentum, quo facto perinde habetur, ac ſi eadem qualitas quam addidit ſtipulator, interrogationi inſerta fuiſſet, & nova quaſi contracta ſtipulatio *d. l. 1. § 3.* quod tamen ad illum caſum quo diverſitas eſt in qualitate pertinet, nec ultra extendendum eſt, & recte Johan. Fab. negat id procedere, ſi diverſitas ſit in re promiſſa, ita enim tota variaretur & mutaretur ſtipulatio; nec id citra novam interrogationem poteſt fieri.

Quantitas dicitur verbi cauſa in pecunia numerata, quæ opponitur Rei ſumptæ in ſpecie pro corpore: Ceteroquin & pecunia res eſt. Et nimium promittitur, aut plus, aut minus: & utroq; caſu valere ſtipulationem in ſummam minorem aperte reſpondet Ulpian in *l. 1. §. 4. de verb. oblig.* ubi contra ejuſmodi ſtipulationem movet rationem dubitandi quod ſummæ non videantur congruente: eamque ita removet, quod manifeſtiſſimum ſit, in ſumma majori ineſſe minorem, & conſequenter ipſa vi & poteſtate congruitatem eſſe in ſtipulatione. Nec adeo probari poteſt, quod *Cujac.*

Mmmm in d. l.

in d. l. 1. §. 4. (quæ tamen jam olim Poteii ſententia fuit hic) putat Ulpianum loqui de caſu, quo diverſitas reſponſionis illico placuit ſtipulatori; nam hæc limitatio addita eſt in §. *præc.* ubi diverſitas eſt in qualitate; ſed in §. 4. utitur nova & propria ratione J. Ctus, quod manifeſtum fit in viginti & decem ineſſe, adeoque intelligi non eſſe talem diverſitatem in ſtipulatione; quæ poſſit vitiare ſtipulationem. Secundum hoc, quod hic Juſtinianus ſtipulationem inutilem ait, accipiendum eſt ſecũdum quid & quo ad ſummam, quæ excedat, non quo ad concurrentem, quæ Dd. eſt communiſſima explicatio; & porro hinc cõjunctio duplicis diverſitatis, à qualitate & quantitate, itidem eſt ſecundũ quid accipienda; quia propter illam omnino inutilis eſt ſtipulatio, aut an dicimus, quod Ulpianus quidem vim & poteſtatem verborum conſiderati, Juſtinianus autem tantum externam eorum formam, ſecundum quam poſſit omnino videri inutili ſtipulatio, quæ etiam fuit ſententia *Caii oblig. tit. 9. vel ſi* 10. Ceteroquin ſi *d. l.* 1. §. *de verb. obl.* cum hoc loco conciliare velimus, omnino explicatio Dd tenenda erit.

TEXTUS.

3. Item inutilis eſt ſtipulatio, ſi vel ab eo ſtipuleris, qui tuo juri ſubjectus eſt, vel ſi is à te ſtipuletur. Sed ſervus quidem non ſolum domino ſuo non poteſt obligari, ſed nec quidem ulli alii, filii vero familiarum aliis obligari poſſunt.

COMMENTARIUS.

PEndet ex ratione, quam diximus ad §. *ſi quis alii verſ. ei vero.* & quod filius & pater pro una perſona habeantur; & quod patri omnia quæratur per filium (exceptis quibuſdam bonis.) Itaq; neceſſum eſt, ut fruſtra filius promittat patri, aut pater filio, quæ comparatio procedit in civili obligatione: Ceteroquin ſi pater à filio ſtipuletur, dominus à ſervo, obligationem naturalem naſci argumento eſt, quod recte accedit fidejuſſor *l. ſi qua* 56. §. 1. *de fidejuſſ.* quem fruſtra accipi in caſu adverſo, ſi filius à patre vel ſervus à domino ſtipuletur, ibidem traditur: ut vel hic nullam, vel jure civili pro nulla habitam obligationem oriri oporteat, nam naturaliter etiam dominum ſervo obligari expreſſũ eſt *in l. ſi quod dominus* 64 *de cond. in deb.* Emancipati quia alia ratio ſit, dubitari non poteſt. Alia quoq; ratio bonorum quæ ſunt filii, veluti caſtrenſium, in quibus filius loco patrisfam. eſt *l.* 2 *ad SC Maced.* itaq; ex ea cauſa cum patre recte contrahit & litigat *l.* 4. *de iudic.* idem prorſus erit in bonis adventitiis, quorum filius habet plenam proprietatem, ut notat Joh. Fab. hic.

Sed ſervus quidem.] Hoc nihil ad rem iſtam, ſed obiter ſaltem attingitur, quid hic interſit inter ſervum & filium: quod hic extra contractum mutui §. *illud* 7. *infra Quod cum eo, qui in al. pot.* ex ceteris omnibus cauſis civilibus obligatur ubi cum alio contrahit, *l. filiusfam.* 39. *de obligat. l. ſi quis* 44. *de peculio l. cum filius* 49. *l. ult.* §. *pupillus* 2. *de verb. oblig.* Servus autem nec domino nec ulli alii obligari poteſt, videlicet civiliter, de qua obligatione hic tractatur, naturaliter autem & aliis & domino, & dominus ipſi viciſſim obligatur *l. ſervi* 14 *de obl. & act.* §. 1. *infra tit. ſeq.*

TEXTUS.

4. Mutum neq; ſtipulari, neque promittere poſſe palam eſt: quod & in ſurdo receptũ eſt, quia & is qui ſtipulatur promittentis verba: & is qui promittit, verba ſtipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, ſed de eo qui omnino non audit.

COMMENTARIUS.

1 *Literis nec inter præſentes contrahi ſtipulatio poteſt.*

DIximus ad *pr. tit. de verb. oblig. ſup.* in ſtipulatione requiri verba ore prolata utrimque: & igitur mutus ſtipulationem contrahere non poteſt. & quoniam non poteſt reſpondere, niſi qui intelligit quod interrogatur, conſequenter nec ſurdus contrahet ſtipulationem: Quod ſi enim ipſi interrogatio in ſcriptis proponatur, jam vitium eſt in ſtipulatione & deficit eſſentia ejus: ex quo apparet falſum eſſe, quod ſtipulatio inter præſentes per literas contrahi poſſet. Ita enim nihil prohiberet quominus & mutus & ſurdus ſtipulari poſſent contra hunc textum & *l.* 1. §. *pen. & ult. de oblig. & action.* & *l.* 1. *in prin. de verb obl.* Atqui poſſit circa ſurdum ſcrupulum movere quod ſcribit Juſt. *in l. diſcretis* 10. *C. Qui teſt. fac. poſſ.* neminem tam eſſe ſurdum, ut non audiat, ſi quis ſupra cerebrum ejus loquatur. Verum ſuſpicor id eſſe commen-

mentum, de quo diximus ad §. *Item ſurdus 3. ſup. quibus eſt perm. fac. teſtam.*

TEXTUS.

5. Furioſus nullum negotium gerere poteſt, quoniam non intelligit, quod agit. Pupillus omne negotium recte geret: ita tamen, ut ubi tutoris autoritas neceſſaria ſit, adhibeatur: veluti ſi ipſe obligetur: nam alium ſibi obligare etiam ſine tutoris autoritate poteſt. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum eſt, qui jam aliquem intellectum habent. Nam infans, & qui infantiæ eſt proximus, non multum à furioſo diſtant: quia hujuſmodi ætatis pupilli intellectum habent nullum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta eſt, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui eſt in poteſtate parentis impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

COMMENTARIUS.

1 *Pupillus an & quatenus obligetur.*

COmmunis hæc omnibus contractibus eſt tractatio, quippe qui ſine conſenſu conſtitui & conſiſtere non poſſunt. Itaque recte in genere ait Juſt. quod furioſus nullum negotium gerere poſſit, *l. in negotiis 5. l. furioſi 40. de reg. iur. l. 1. § furioſum. 12. de obl. & act. l. ſi à reo 70 §. ſi à furioſo 3. de fideiuſſ.* ita ut nec promittere poſſit nec ſtipulari *d. §. 12.* in quo differt à prodigo *l. is cui 6. de v. obl.* Itaque nec cum curatore quidquã agere poteſt *d. l. 5. de reg. iur.* & implicaret contradictionem, nihil plane intelligere poſſe & agere, & poſſe tamen cum curatore: quoniam qui quid agit aut facit aliquo autore, ipſe quoque ſimul facit. Qua in re melior cõditio eſt pupillorũ, qui tutore autore omnia fere recte agunt *d. l. 5. de reg. iur.* De trib. ætatibus pupilli, quæ attinguntur h. §. infantia, huic proxima, & pubertati proxima, diximus *ad tit. de tutelis ſupra.* Hic de obligatione pupilli an & quatenus obligetur, agendum eſt aliquid. Et inprimis hinc removendus eſt infans, qui cum conſenſum non habeat, nec ullo modo obligari poteſt. Dicendum igitur de proximo pubertati & de proximo infantiæ, quos non dici modo eodem *ad d. t.* de tutelis monuimus. Etenim proximus pubertati dicitur, qui necdũ eſt pubes, ſed prope abeſt à pubertate, cæteroquin amplius non eſſet pupillus. Proximus autem infantiæ eſt, qui infantiam jam eſt egreſſus, nullus enim terminus dari poteſt, qui antecedat infantiam: & igitur nullo alio ſenſu dici poſſunt infantiæ proximi, quam quod infantiam egreſſi ſint. Pubertati proximum conſtat & doli capacem & pœnæ eſſe *l. pupillum 111. de reg. iur. l. 23. de furto l. 5. § 2. in fin. ad L. Aqu.* Et poſſet ſane ex hoc fundamento quis contendere, eum ex conventionibus poſſe obligari civiliter quoque. Verum quia perſonæ & bonis pupillorum datur tutor, & tenera nimis ætas facile labi aut circumveniri poſſit *arg. l. 5. de minorib.* Unde facile accideret, ut in damno morarentur. Jus civile noluit omnino pupillos ex conventionibus ſuis obligari, niſi (quod Pius Edicto conſtituit) quatenus locupletiores eſſent effecti *l. pupillus 5. in fin. pr. & §. 1. de autor. tut.* Extra hunc caſum an taliter naturaliter obligetur, valde diſputatur, & variæ ſunt opiniones & interpretationes textuum, qui invicem pugnare videntur, & alii naturalem pupilli obligationem adſtruere *l. ſi pupillus 21. ad L. Falcid. l. ſi eius 64 in pr. ad Trebell. l. cum illud 25 §. 1. Quand. dies leg. ced.* alii negare *l. quod pupillus 41 de condict. ind. l. pupillus 59 de obl. & act.* Ego ita cenſeo ſiquidem obligationem naturalẽ in ſe quatenus ex conſenſu oritur, conſideremus, & pupillum non longe à pubertate, ponamus, qui ſatis intelligat, quod actum eſt, videri pupillum realiter obligari. Sed illam obligationem effectu pene pro nulla haberi, ne vergat in damnum pupilli, quod facile accideret, ſi hoc effectus, quos naturalis obligatio jure noſtro habet, iſti obligationi tribueremus, verbi cauſa, quod naturaliter debetur compenſari poteſt *l. 6. de compenſat.* ita poſſet pupillo ob hoc debitum objici cõpenſatio: itemq; poſſet debitũ iſtud qualequale ſolutum à pupillo, retineri, qui itidem effectus eſt naturalis obligationi *l. 10. de obl. & act.* At hoc jura non admittunt, nec patiuntur compenſari aut retineri debitum *d. l. 41. de cond. indeb.* ut perinde propterea ſit, ac ſi pupillus naturaliter obligatus non eſſet. Et hoc ita ſtatutum eſt jure in gratiã favoremq. pupilli: quo ceſſante ceſſat etiam ipſa diſpoſitio. Et proinde ſi pupillo promittente quis pro eo pignus dedit, aut fidejuſſor interceſſit, (quæ etiam naturali obligationi acce-

dere diximus *ad tit. 14. de oblig.*) & pignus tenet, & fidejuſſor efficaciter conveniri poteſt *l. Marcellus 25. de fidejuſſ. l. ſi pupillus 127. de V. O.* jura enim pupillo tantum non aliis volunt conſultum, ideoq; quoad hos obligationē pupilli naturalem integrā relinquunt; eoque pertinet, quod obligatio pupillaris novari per aliū, & pupillus tertii obligationem in præjudicium ejus novare poteſt *l. 1. de novat.* Et ad hunc modum fœmina intercedens propter cōſenſum haud dubie naturaliter obligatur: ſed quia SCtum improbat obligationem *l. 16. in fi. ad Vellej. l. 9. C. eod.* pro obligata effectu non habetur, & ſolutum ex cauſa interceſſionis condicit *l. qui except. 40. §. 1. de cond. indeb.* Hæc breviter ad iſtam quæſt. jam ſextum percurramus.

Pupillus omne negotium.] Quem intelligat pupillum ſtatim explicat: & hac de re ſatis actum *ſup. de aut. tut.*

Qui habent aliquem intellectum.] Habent procul dubio proximi pubertati, inter quos & infantes medii ſunt, qui dicuntur proximi infantiæ: itaq; aliquid etiam de proximis pubertati eos participare rationis eſt, nec proinde recte hic eadem ratio ſtatuitur infantis, & infantiæ proximi: & omnino illa comparatio, & quod uterq; nullum habeāt intellectum, cum mica ſalis accipienda eſt. quod ſcilicet & proximus infantiæ & qui eam egreſſus eſt, non recte intelligat quod agat *l. 1. §. huic 13. de obl. & action.* cæteroquin nec tutore quidem autore quidquam agere poſſet, nec benignior interpretatio, cujus hic & *ind. §. 13.* mentio eſt, locum invenire potuiſſet: præſertim, ut idam juris haberent (velut hic ait Juſtinian.) quod proximi pubertati: nimirum hactenus ut & ſibi alios obligare, & tutore autore contrahere & alia facere poſſint: *l. tutor & l. obligari 9. in pr. de autor. tut. l. obligari 43. de oblig. & act. l. 1. C. de inutil. ſtipul.* cæteroquin manet inter eos differentia: quod proximi infantiæ doli capaces needum ſunt: ſed & non eſt idem gradus in iis conſenſus, qui eſt in proximis pubertati, & Juſtin. ait hoc propter utilitatem eorum receptum.

Sed qui in poteſtate.] Ratio duplex redditur, cur impubes in poteſtate non obligetur patre autore: & quia pater non teneatur reddere rationes, & quia hoc ſit extra terminos & fines patriæ poteſtatis, quæ reſpicit jus patris: tutor autem huic fini conſtitutus eſt, ut pupilli perſonam & bona tueatur. Prior autem ratio mihi non videtur concludens: licet enim ob reverentiam patri remiſſa dicatur reddendæ rationis neceſſitas, id tamen non poſſit impedire, quo minus autoritate patris contrahere & obligari poſſit impubes, & ex *l. ultim. §. ſin autem 4. in fin. Codic. de bon. quæ lib.* pater eſt immunis à rationibus: & non dubitarim, quia quum adminiſtrator recte filio conſenſum aut autoritatem præſtet, per *l. ſi infanti 18. in fi. C. de iur. delib.* ubi pupillus, patre autore in cujus poteſtate eſt, hæreditatem adit, & in *d. l. ult. §. ipſum autem 5. in fin.* alienat filius cum voluntate patris: quamvis, quod recte animadvertit Faber voluntate & licentia patris ſit opus, propter jus quod pater in bonis habet, eoq; opus erit illa licentia, licet filius ſit 30. annorum. Sed ſane in *l. ſi infanti 18. in fin. C. de iur. delib.* non adiret recte filius pupillus hæreditatem, niſi patris conſenſus pro autoritate eſſet, & omnino, cum pater non ut pater, ſed ut legitimus adminiſtrator conſideratur, de quo plura *Angel. hic n. 4.* qui recte ait, ſi quæratur tantum de obligando impubere nihil poſſe autoritatem patris: quoniam ut *Baro hic* tractat, per filium in poteſtate patri adquiritur, at tutori non adquiritur: nec quiſquam in rem ſuam autor fieri poteſt. Cum itaque pater autor fieri non poſſit, ut filius acquirat, nec recte autor erit ut filius obligetur.

TEXTUS.

6\. Si impoſſibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet ſtipulatio. Impoſſibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento eſt, quo minus exſiſtat: veluti ſi quis ita dixerit: ſi digito cœlum attigero, dare ſpondes; At ſi ita ſtipulatur: ſi digito cœlum non attigero dare ſpondes; pure facta obligatio intelligitur, ideoq; ſtatim peti poteſt.

COMMENTARIUS.

Iſtud quoq; commune eſt ceteris obligationibus & conventionibus, ut adjectione impoſſibilis conditionis vitientur *l. non ſolū 31. de ob. & act.* ubi redditur ratio & de ſtipulatione *in l. 1. §. Item 1. eod. & l. ſi ſtipulor 35. de verb. obligat.* Et Juſtinianus definit conditionem impoſſibilem, cui natura eſt impedimento: Et ea revera talis eſt, ſed idem effectus eſt in conditione quæ jure dicitur impoſſibilis, quia eſt turpis & contra bonos mores *l. generaliter 26. l. ſtipulatio 61. & l. ſi id ſtipulor 35. §. 1. verb. obligat.*

quæ

quæ non inepte dicuntur impoſſibiles, quippe cum ea non facere poſſe credamur *l. ſi filius 15. de condit. inſtit.* & jure impleri poſſe hæc negantur *l. continuus 137. §. cum quis 6. de verb. obl.* Atque hæc recte comparantur, ubi conditio eſt concepta affirmative non autem ubi negative: ſiquidem conditio impoſſibilis natura negativa facit, ut pura ſit ſtipulatio *h. §. in fin. l. 7. & 8 de v. ob.* at turpis conditio etiã negative concepta vitiat obligationem *l. 7. §. ſi ob. 3. de pact.* quoniam hoc ipſum turpe eſt, accipere pecuniam ne delinquas. Atqui in illo caſu nulla plane ſupereſt impoſſibilitas: nec ea poteſt ſuſpendere actum, ſed protinus purificat, & ſolet à Dd. appellari neceſſaria, quippe cujus contraria eſt impoſſibilis. Juſtin. de turpi promiſſione ſeparatim agit *infr. h. t. §. quod turpi. 23.*

TEXTUS.

7. Item verborum obligatio inter abſentes concepta inutilis eſt. Sed cum hoc materiam litium contentioſis hominibus præſtabat, forte poſt tempus allegationes tales opponentibus, & non præſentes fuiſſe, vel ſe vel adverſarios ſuos contendentibus: ideo noſtra conſtitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta eſt, quam ad Cæſarienſes advocatos ſcripſimus, per quam diſpoſuimus, ſcripturas tales, quæ præſto indicant eſſe partes, omnino eſſe credendas: niſi is qui talibus utitur improbis allegationibus, manifeſtiſſimis probationibus, vel per ſcripturã, vel per teſtes idoneos approbaverit, toto eo die quo inſtrumentum conficiebatur, ſeſe vel adverſarium ſuum in aliis locis fuiſſe.

COMMENTARIUS.

Duæ ſunt partes hujus §. Altera quod ſtipulatio non poſſit fieri inter abſentes, de quo diximus *ad §. 1. ſup. de v. obl.* quod nimirum verbis nuncupatis ſit opus, & ſatis conſequitur ex § *mutuum ſup. h. t.* cum quo ſane iſta tractatio erat conjungenda. Altera quam ibidẽ attigimus, eſt de præſumptione pro inſtrumento, quam Dd. appellant veritatis, quod præſumatur & credatur, ita ut ſcriptum eſt inſtrumento, partes præſentes contraxiſſe ſtipulationem: quæ tamen præſumptio non eſt juris & de jure, ut loquuntur, ſed tantum juris, ut admittat probationem contrariam, nimirum, alterutram partẽ toto illo die abfuiſſe ab eo loco, in quo ſtipulatio facta aſſeritur in inſtrumento, atqui ita probatur nõ negativa, ſed affirmativa, ſcilicet quod alterutrer alibi fuerit. quomodo dicunt Dd. negativam tempore & loco coarctatam probari poſſe. Conſtitutio Juſtiniani cujus hic meminit eſt *in l. optimam 14. C. de contrah. ſtipul.*

TEXTUS.

8. Poſt mortem ſuam dari ſibi, nemo poterat ſtipulari, non magis quam poſt ejus mortem à quo ſtipulabatur. At nec is qui in alicujus poteſtate eſt, poſt mortem ejus ſtipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & ſi quis ſtipuletur ita, pridie quam moriar, vel, pridie quam morieris, dari ſpondes? inutilis erat ſtipulatio. Sed cum (ut jam dictum eſt) ex conſenſu contrahentium ſtipulationes valeant, placuit nobis etiam in hunc juris articulum inducere neceſſariam emendationem, ut ſive poſt mortem, ſive pridie quam moriatur ſtipulator ſive promiſſor, ſtipulatio concepta ſit, ſtipulatio valeat.

COMMENTARIUS.

Rationes iſtius juris has reddit Hottom. quod ſint certæ formulæ & ritus ſtipulationi præſtituti: quod poſt mortem ſuam nemo dare poſſit, quod perinde ſit, ac ſi quis alium daturum, ſpõdeat. Sed ita quoque inutilis ſit futura ſtipulatio, *cum moriar*, vel *cum morieris* contra *§. Ita autẽ. cum §. ſeq. inf. h. t.* & iſtæ planæ rationes nihil concludunt. Solida & vera ratio eſt, quam diximus ad *§. poſt mortem ſup. de legatis*, quod obligatio non poſſit incipere in perſona hæredis, aut contra hæredem, quam regulam juris veteris ſuſtulit, qui non poteſt teneri, niſi qua repræſentat defunctum: Juſtin. *l. un. C. ut act. ab hæred.* itaque etiam ſimul quod ex ea conſequebatur, & tum legata tũ ſtipulationes poſt mortem conceptas utiles eſſe voluit, *h. §. poſt mortem 35. ſup. de legat. & l. ſcrupuloſam 11. C. de contr. ſtipul.* Aber-

Digitized by Google

rant autem plane Faber, & Angelus hic, dum jam jure Digeſtorum putat obtinuiſſe, quod hic *in fin.* §. *& in d. l.* 11. Juſtinianus conſtituit inepte adducta *l. centeſimis* 46. §. 1. *de v. obl.* quæ loquitur de caſu ſtipulationis conceptæ in tempus mortis *cum moriar* vel cum morieris, quā ante utilem fuiſſe ait Juſtin *in d.* §. 14. *&* 15. adeoque aperte ab iſta, quæ poſt mortem concipitur, diſtinguit. Illo enim caſu qui eſt *in* §§. 14. *&* 15. Obligatio incipit etiam dum in perſona morientis qui etiam dum vivit: quippe quod punctum mortis vitæ computari ſoleat, atque ita tranſmittitur in hæredem à defuncto, uti diximus, ad *d.* §. *poſt mortem ſup. de legatis.*

Nec is qui in poteſtate] Quoniam ex ratione ſupra dicta *ad.* §. *ſi quis alii in fin.* perinde eſt ac ſi ipſe pater vel dominus ſtipularetur, quia vox filii intelligitur vox patris *d.* §. *ſi quis in fin.* & hic ait Juſtin. filius patris voce loqui cenſetur.

Pridie quam moriar.] Cur hæc quoque ſtipulatio inutilis fuerit, diximus ad *d.* §. *poſt mortem in fin. ſup. de legatis.*

Cum ex conſenſu.] Hæc ratio non videtur eſſe bona: nam nec alii contractus licet conſenſu conſiſtantes ſolo, poſt mortem contrahentium poterant conferri. Neq; ſolemnitas verborum quam ſupra *in* §. 1. *de v. ob* ſublatam dixit, hujus juris cauſa fuit.

TEXTUS.

9. Item ſi quis ita ſtipulatus erat, ſi navis ex Aſia venerit, hodie dare ſpondes? inutiles erat ſtipulatio, quia præpoſtere concepta eſt. Sed cum Leo inclytæ recordationis, in dotalibus eandem ſtipulationē, quæ præpoſtero nuncupatur, non eſſe rejiciendam exiſtimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare: ut non ſolum in dotibus, ſed etiam in omnibus valeat hujuſmodi conceptio ſtipulationis.

COMMENTARIUS.

PRæpoſtera hæc ſtipulandi ratio merito antiquitati improbata fuit: quoniam ita obligatio ante eventum conditionis conſtituitur, quod implicat contradictionem, cum pendente conditione non poſſit eſſe obligatio nata: atque ita filia naſceretur ante matrem, & cum exiſtentia conditionis faciat naſci obligationem, ridiculum ſit ante exiſtere obligationem. Solenne eſt Juſtiniano, quæ olim ſingularibus caſibus, ex uno atque altero obtinebant, facere generalia: quomodo & hic, quod Leo in dotibus admiſit, in univerſum valere voluit *l. præpoſteri* 25. *C. de teſtam.* quamvis non probem quod Hotom. cenſet neceſſitati id datum fuiſſe, & tum admiſſum, ubi mulier dotem reddi ſtipulabatur, ſed exiſtimo etiam ad promiſſionem de danda dote, favore dotis, ne mulier indotata eſſet pertinuiſſe. Plane ſi ſtipulatio talis valere debet, oportet aut conditionem detrahere, ut ſtipulatio tota ſit pura aut mentionem præſentis temporis, ut tota ſit conditionalis, quod poſterius probavit Tribonianus *in d. l.* 25.

Idem autem eſt ſi dies faciat præpoſterationem, veluti poſt Calendas Majas hodie dare ſpondes? quo caſu itidem detracto verbo hodie, ſtipulatio habet diem *d. l.* 25. Alia ratio hujus ſtipulationis eſt *ſi Titius conſul factus fuerit, tunc ex hac die in annos ſingulos dena dari ſpondes?* ut docet ICtus *in l. hujuſmodi* 64. *de v. obl.* ubi ſane hæc fuit ratio dubitandi, quod præpoſtere videbatur concepta ſtipulatio.

TEXTUS.

10. Ita autem ſtipulatio concepta, veluti ſi Titius dicat, cum moriar dare ſpondes? vel, cum morieris? & apud veteres utilis erat, & nunc valet. Item poſt mortem alterius recte ſtipulamur.

COMMENTARIUS.

1 *Punctum moriendi an tribuendum ſit vitæ.*

COnjungendum erat omnino cum §. *poſt mortem* 12. quoniam oſtendit differentiam inter ſtipulationem, *poſt mortem dabis*, & *cum moriar dabis*. Illa inutilis, hæc olim utilis erat *h. textu & l. quodcumque* 45. §. 1. *de v. obl.* Miror Hottomannum hic quoque impertinentes pro deciſione hujus textus afferre rationes, quod extranea perſona hic non deducatur in ſtipulationem (& tamen hæres extranea perſona non eſt) & quod iſta figuram potius quam vim poteſtatemque conditionis habeant: neque enim quod adjectio vim conditionis habet vel non, quidquam facit ad infirmandam ſtipulationem, ubi aliud vitium non eſt. Ratio certa eſt quam attigimus ad §. *poſt mortem* 12. quod

quod hoc caſu obligatio etiamnum incipit in perſona creditoris vel debitoris, & inde ad hæredem tranſmittitur: ſiquidem, quod ipſe hic anno-
1 tat Hotto. momentum moriendi, non † morti, ſed vitæ adhuc attribuitur. Ex quo conditiones quædam ſunt, quæ extremo vitæ momento implẽtur *l. vet. de condit. inſtit.* Inde etiam eſt, quod filius emancipatus, qui poſt mortem patris quæſita non confert *l. pen. de collat.* ea tamen confert, quæ ipſi relicta ſunt *moritur pater.* Hinc itidem ita recte legatur *hæres meus cum morietur, centum dato l. hæres 79. §. 1. de c. nd. & demonſtr.* Libet hac de re adſcribere quod eſt apud *Gellium lib. 6. c. 13.* Graviſſimi, inquit, Philoſophi ſuper hac re quæſiverũt, & alii moriendi momentum manente adhuc vita fieri putaverunt, (idque ſecuti ſunt ICti noſtri) alii nihil in eo tempore vitæ relinquerunt, totumque illud, quod mori dicitur, morti vindicarunt. Sed Plato noſter neque vitæ id tempus, neque morti dedit, &c.

Item poſt mortem alterius.] Nam & hic ceſſant rationes, quæ ſtipulationem poſt mortem alterutrius contrahentium conceptam, inutilem faciebant. Et valet igitur ſtipulatio *poſt mortem Titii centum dabis?* Sed quid ſi ſtipulator moriatur ante Titium? Puto eſſe has ſtipulationes inſtar conditionalium, & adeo ſpem tranſmitti, ut loquitur *§. ſub. conditione 4. ſup. de verb. obl.*

TEXTUS.

11. Si ſcriptum in inſtrumento fuerit, promiſiſſe aliquem, perinde habetur atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit.

COMMENTARIUS.

HOc addendum erat *ad §. Item verborum 11.* ubi dicetur præſumi pro inſtrumẽto, vera eſſe quæ in eo ſcripta ſunt. Ex hoc §. notant Dd. aliam præſumptionem pro inſtrumentis, quæ dicitur ſolemnitatis, quod credatur omnia ſolemniter acta, &, ut loquuntur, quod præſumatur ſolemnitas intrinſeca. Itaque rectius hic ſcripſiſſet Tribonianus (hoc autem utique ſenſit,) *perinde haberi, atque ſi ſcriptum eſſet interrogatione præcedente reſponſum fuiſſe.* Idque ita quoq; ſcriptum eſt à *Paulo 5. ſent. 7. tit de obligat. l. 1. Cod. de contr. ſtip. l. Titia 134. §. penult. de verb. obl. junct. §. ult. tit. ſeq.* Repetenda autem huc quoque eſt limitatio *§. Item verſ. 11.* niſi alter poſſit manifeſte probare, interrogationem nullam præceſſiſſe, quod & ratio ſuadet, & firmatur *arg. l. 7. §. quod fere 12. de pactis.*

TEXTUS.

12. Quoties plures res una ſtipulatione comprehenduntur, ſiquidem promiſſor ſimpliciter reſpondeat, *Dare ſpondeo*: propter omnes tenetur. Si vero unam ex his vel quaſdam ſe ſpoponderit daturum, obligatio in iis pro quibus ſpoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim ſtipulationib. una, vel quędam videntur eſſe perfectæ: ſingulas enim res ſtipulari, & ad ſingulas reſpondere debemus.

COMMENTARIUS.

PLures res deducuntur in ſtipulationem aut ſub uno nomine & appellatione, aut expreſſis corporibus. Illo caſu veluti ſi quis ſtipuletur quadrigam aut lectigarios, ſtipulatio una eſt. *l. ſecundum 29. in fin pr. de v. ob.* itaque crediderim hoc caſu ſi quis reſpondeat de una re, ſtipulationem fore inutilem: nam ſi ſimpliciter reſpondeat, non dubium eſt, recte reſponſum, ſicut & in hoc §. tenetur, qui ad plures res ſimpliciter reſpondet ſe daturum: quia repetiiſſe cenſetur hoc modo verba, quæ ipſi præjuiſſe quaſi ſtipulator intelligitur. Hoc caſu aut plures res ſunt expreſſæ alternative, aut copulative. Illud, veluti *Stichum aut Pamphilum dabis?* Et ſtipulatio eſt una, itaque conſequens rurſus eſt, ut ſi reſpondeatur, Pamphilum dabo? ſtipulatio ſit inutili *l inter 83 §. 2. de verb. ob.* quia poſita unitate ſtipulationis, diverſitas vitiat ſtipulationem. Hoc, veluti Stichum & Pamphilum & equum dabis? plures ſunt ſtipulationes, & tot, quot co pora *d. l. 29. §. 1. fin. pr. l quod dicitur 86. l pen. in princ. de verb. obligat.* itaque ſi reſpondeatur, unum vel alterum dabo, in id quod reſponſum eſt, obligatio contrahitur: qui eſt caſus noſtri §. Cum enim ſint plures ſtipulationes, illæ cenſentur perfectæ, ad quas reſponſum eſt *h. §. verſ. ex pluribus.* Sed quid ſibi vult quod ſequitur: *ſingulas enim res ſtipulari, & ad ſingulas reſpondere debemus* Accurſius adnotat ad verba, *Et ad ſingulas ſi ſuper omnibus obligari velimus:* quod fere ita accepit & Theophil. qui hæc verba ſubjicit præcedente verſiculo. Ad unumquodque enim eorum, quæ interrogatione comprehenſa

ſunt,

Digitized by Google

ſunt, reſponderi oportet; ita enim in omnibus perfecta erit interrogatio: quæ nimirum alias ubi ad quædam tantum reſponſum eſt, in cæteris imperfecta, imo inutilis manet. Sed Hottom. putat non ferre hoc linguæ Latinæ conſuetudinem, & ſi has ſubauditiones admittamus, nihil fore certum. Itaque ipſe addita negatione legendum cenſet, *non ad ſingulas*, quoniam oporteat quidem res ſingulas interrogare, ſed ſufficiat generalis & indefinita reſponſio. Verum ita ultima verba non ad proximius, ſed ad remotius fuerint referenda. Denique miror, cum urgere Latinæ linguæ proprietatem, cui tamen Tribonianus alias barbarus & Latinæ linguæ imperitus eſt, ſed & tertio non video, quomodo per iſtam explicationem vitietur Latinæ linguæ proprietas. Denique longe abſurdiſſimum eſt, quod putat facilius admittendam eſſe emendationem, imo corruptionem textus quam aliquam ſubauditionem aut interpretationem. Etenim quid tandem certum erit in jure noſtro, ſi cuivis Interpreti ex cerebro ſuo liceat mutare & refigere textus. Prurigo hæc eſt novatorum, corrumpendæ Jurisprudentiæ, quam angue & cane pejus odiſſe debemus. Et ego exiſtimo hoc dicere velle Juſtinianum, imputare ſibi debere ſtipulatorem, qui una verborum conceptione plures & varias res comprehendit, & qui ad eas tantum ad quas reſpondet, obligatum habet promiſſorem, quem ad omnes obligatum habuiſſet, ſi ſeorſim ſingulas interrogando ad ſingulas quoque reſponſio fuiſſet ſubſecuta, quod feciſſet facile promiſſor, quippe alias obligatur, cum ſtipulatio aliis obligationibus quæ præceſſerunt, firmandis ſoleat adhiberi.

TEXTUS.

19. Alteri ſtipulari, ut ſupra dictum eſt, nemo poteſt: inventæ enim ſunt hujuſmodi ſtipulationes, vel obligationes ad hoc, ut unuſquiſque adquirat ſibi quod ſua intereſt: cæterum ſi alii detur nihil intereſt ſtipulatoris. Plane ſi quis velit hoc facere, pœnam ſtipulari conveniet, ut niſi ita factum ſit, ut eſt comprehenſum, committatur pœnæ ſtipulatio, etiam ei cujus nihil intereſt. Pœnam enim cum quis ſtipulatur, non illud inſpicitur, quod interſit ejus ſed quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis. Ergo ſi quis ita ſtipuletur, Titio dari, nihil agit, ſed ſi adjecerit pœnam, niſi dederis, tot aureos dare ſpondes? tunc committitur ſtipulatio.

COMMENTARIUS.

1 *Quantitas pœna conventionalis.*

Diximus ſup. *ad §. ſi quis alii h. t.* quæ ſit ratio cur alteri ſtipulari non poſſemus, ita ut nec alteri illi nec nobis actio ex ea ſtipulatione, quæratur. Cautelam hic tradit poſt Juriſconſultum *in l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. de v. obl.* Juſtinianus, per quam oblique conſequitur ſtipulator, ut promiſſor alteri det: nimirum ut pœnalem ſubjiciat ſtipulationem. Hoc enim modo non efficitur utilis ſtipulatio in perſonam Titii collata, nec quod promiſit quis Titio ſe daturum, aut Titius aut ſtipulator petere poteſt, ſed ut dixi, oblique & per indirectum hoc efficitur, ut promiſſor dum vult evitare pœnam, ſatisfaciat priori, quamvis inutili ſtipulationi, dum Titio mavult facere aut dare, quam pœnam exſolvere, quæ utili ſtipulatione in perſonam ipſius ſtipulantis eſt collata. Itaque hæc non eſt exceptio ad regulam, qua dicitur neminem alteri ſtipulari poſſe: quia ſtipulator, ſibi ipſi in caſum quo alter Titio non daturus eſt, pœnam eſt ſtipulatus. Neque movet, quod *in pr. §.* dicitur, neminem poſſe agere ex ſtipulatu niſi cujus intereſt. Etenim utique intelligitur mea intereſſe, ut pœnam promiſſam habeam, licet non interſit mea Titio dari. Eoque reſpectu dicitur *h. §.* non conſiderari in pœnæ ſtipulatione an interſit nec ne: ſcilicet reſpectu pœnæ ſtipulationis: cæteroquin etiam donandi cauſa recte interponitur ſtipulatio, & hactenus ſemper intereſt mea, ut pecuniam habeam. Et ſicut ubi quis ſtipulationi de faciendo ſubjecit pœnam, jure eam exigit totam, licet tanti ejus non interſit, factum eſſe, quod convenit, *§. ult. ſup. de v. ob.* ita hic non attenditur an mea interſit Titio dari, ſed quod tantum pœnæ nomine promiſſum eſt, & quod ea quantitas eſt in conditione ſtipulationis, vel ut rectius eſt *in l. 38. §. 16. de v. obl.* quod ea eſt quantitas & conditio ſtipulationis, quod tamen de conditione proprie dicta accipit Theophilus, quæ hic inſit: *Si Titio non dederis.* Quod autem dicitur inutilem eſſe ſtipulationem, *Titio dari*, quia nihil mea intereſt, accipiendum eſt de pecuniario intereſſe,

quemo-

Digitized by Google

quomodo ſi mea interſit Titio dari, utilis eſt ſtipulatio, ut dicemus ad §. *ſeq.* Quod ſi enim alias quis contendat ſua intereſſe, quod Titius verbi cauſa, ſibi ſit amicus, hoc ad validandam ſtipulationem non ſufficit. Atque ita quoque in ſtipulatione priori in perſonã ſtipulantis collata obtinet, ſi quid fieri ſtipulatus ſim, & nihil mea interſit fieri, agere non poſſum, quoniã ipſa actio ex hac ſtipulatione ad intereſſe competit, ſed ſi pœnalem ſtipulationem ſubjecerit, ex hac recte ago *l. 3. de v. obl* De quantitate autem pœnæ alia eſt quæſtio, & conſtat pœnam legalem non ſolere excedere quadruplũ *§. omnes 21. infra de actionibus.* De conventionali hic tractatur, & cum dicatur, non conſiderari an inter ſit, nec ne, ſed tantum quantum ſit in ſtipulatione, videtur citra ullam determinationem quantitatis ſtipulatio valere quoniam ſcilicet iſta ſtipulatio pœnalis non refertur ad aliam, ſed ſeorſim per ſe ſubſiſtit, & ad hoc facit *d. §. ultim. ſupr. de Verb. oblig l. ultim. de prætor. ſtipulation. l. 4. §. ult ſi quis cautionibus in d. l. cum pœnam 38 de arbitr.* licet quidam & pene communius, velut *Dd. Angel. Fabr. Portius*, id cum demum exiſtiment procedere, (de quo etiam *v. citatos à Iaſon. in §. omnes infra de actionib numer. 2. & latius num. 50 cum multis ſeqq.* ubi hanc materiam poſt *Angel. in d. §. omnes*, pleniſſime examinat) quando ſub expreſſione certæ quantitatis promiſſio facta eſt; ſecus ſi, ut loquuntur, pœna fuerit promiſſa, per nomina multiplicativa velut i librum ſcribere ſpondes, &, ſi non feceris, triplum vel quadruplum dare ſpondes, ut tum pœna promiſſa reducatur ad intereſſe. Quam opinionem licet Faber hic improbet, & hoc modo inutile conſilium Legis reddi dicat, quod eſt in *l. ultim. de prætor. ſtipulat.* cum ſimilibus & quod ita non rebus ſint legis impoſitæ, ſed verbis: ea tamen mihi hac ratione fulciri videtur, quod iſta unica ratio ſtipulationem pœnalem ſub quacunque quantitate & ſumma utilem facit, quod ea conſideratur non relative ad priorem ſtipulationem: Ceteroquin ex ea omnino agi non poſſet in hac ſpecie iſtius §. *& l. 3. de V. Oblig.* ſed ſeorſim & ſeparatim, tanquam ſi nulla alia præceſſiſſet ſtipulatio, atquin, cum ita ſtipulator, ſi non iſtud feceris, quod promiſſum eſt, triplum, aut quadruplum dabis, manifeſto ad priorem ſtipulationem fit relatio, neque aliud triplum, aut quadruplum conſiderari poteſt, quam reſpectu ejus, quod in priori ſtipulatione fuit; itaq; non poterit ultra duplum exigi *per l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod inter.* quamvis videatur uſque ad quadruplum porrigi poſſe *arg l ſi dictum 56. in pr. de evictionib.* & ſcil. per expreſſam conventionem, de quo caſu non agit *d. l. un. Cod. de ſent. quæ pro eo quod int.* Quod porro contra hunc §. objicitur, ubi non valet ſtipulatio principalis, nec acceſſoriam pœnalem valere debere, ex prædictis removetur, quod ſtipulatio pœnalis conſideretur ut per ſe ſubſiſtens. Plane ſi ſtipulatio turpis & jure damnata ſit, procul dubio nec pœnalis ſtipulatio valebit; ne per obliquum promiſſor ad turpe obſtringatur.

TEXTUS.

14. Sed & ſi quis ſtipuletur alii, cum ejus intereſſet, placuit ſtipulationem valere. Nam ſi is, qui pupilli tutelam adminiſtrare ceperat, ceſſerit adminiſtrationem cõtutori ſuo, & ſtipuletur rem pupilli ſalvã fore, quoniam intereſt ſtipulatoris fieri quod ſtipulatus eſt, cum obligatus ſit futurus pupillo, ſi male res geſſerit, tenet obligatio. Ergo & ſi quis procuratori ſuo dari ſtipulatus ſit, habebit vires ſtipulatio. Et ſi creditori ſuo quis ſtipulatus ſit, quod ſua intereſt, ne forte vel pœna committatur vel prædia diſtrahantur, quæ pignori data erant, valebit ſtipulatio.

COMMENTARIUS.

PRopoſuimus ſup. *ad §. ſi quis alii h. t.* aliquot caſus & exceptiones, quibus ex ſtipulatione, in perſonam alterius collata alteri, cui quis ſe daturũ promiſit, datur actio contra promiſſorem. Debebat hic §. cum illo conjungi, quo proponuntur caſus, quib. ipſi ſtipulanti, qui alteri dari ſtipulatus eſt, datur actio in promiſſorem. Et eſt generalis exceptio, ſi ſtipulantis intereſſit, nimirum, ut ad §. præceden. monuimus, ſi interſit pecuniarie. Ratio hujus exceptionis ſumitur ex eo quod in prin. §. præc. dictum eſt, Inventas eſſe ſtipulationes, ut quiſque ſtipuletur de eo quod ſua intereſt, nihil autem intereſſe, ut Titio detur. Et igitur ſi mea interſit Titio dari, actio mihi concedenda erit. Eſt autem hic locus deſcriptus ex *l. ſtipulatio 38. §. ſi ſtipulor 20. & §. ſi quis 21. & 23. de Verb. oblig.* ubi iſta quoque tria exempla referuntur, 1. ſi quis à contutore ſuo cui adminiſtrationem ſoli permiſerat, ſtipule-

tur ſalvam fore rem pupilli, cui nimirum & ipſe re male geſta & utriq; e in ſubſidium obſtrictus manet *h. §. & d §. 20.* Alterum eſt, ſi quis ſtipuletur dar- procuratori ſuo, qui v. e. p o ipſo expoſuerat pe- cuniam, quam actione manda i ipſi reſtituere tene- batu-, *h. §. & dict. leg 38. § und. & 23. 3.* ſi quis ere- ditori tuo; cui de. ebat pecuniam ſub pœna vel cui ſua bona & prædia, quæ prop er moram di- ſtrahi poterant, obligaverat pignori, dari pecu- niam ſtipulatus fuerit, ut ita diſtractionem bono- rum, aut pœnam devitaret *h. §. & d l. 38. §. 23. de Verb. Obligat.*

TEXTUS.

15. Verſa vice, qui alium facturum promiſit, videtur in ea eſſe caſſa, ut non teneatur, niſi pœnam ipſe promiſerit.

COMMENTARIUS.

COnjungendum eſt cum *§. alteri* 18. *h. text.* ſtipu- latio, ut quis al erì det & ut alter det, inutilis eſt: & adeo fruſtra promittit quis alii da e, vel al um daturum. Sed ſicut illo caſu poteſt ſubjici ſti- pu atio pœnalis, ſi non dederit alteri, ita & hoc po- teſt ſubjici, ſi non dederit, vel fecerit alter: quip- pe ita ſuo nomine & ſeparata ſtipulatione con- venitur. *Idem in leg. ſtipulatio* 38. § 2. *de Verb. obligation.*

TEXTUS.

16. Item nemo rem ſuam futuram in eum ca- ſum, quo ſua ſit, utiliter ſtipulatur.

COMMENTARIUS.

SAtis confuſe agit Juſtinianus, & omnino hoc pertinet ad materiam §. 1 & 2. *ſupra h. t.* ubi agitur de objecto ſtipulationis, & quæ res inutili- ter in eam deducantur, & nominatim de re pro- pria ſtipulatoris, quod eam inutiliter quis ſtipule- tur, adeoque & in eum caſum quo mea res futura eſt, inutiliter eam promitti conſequens eſt; cum etiam ſi ſimpliciter res aliena recte promiſſa ſit, ſi tamen poſtea quo caſu mea fiat, inutilis reddatur ſtipulatio *d §. 2.* Et ex ſtipulatione naſcitur obli- gatio ad dandum & dominium transferendum *l ubi* 75. *§. ultim de Verb obligat.* adeo non poſſ. m ex ſti- pulatu petere rem quæ mea eſt *h. § & l. nemo* 87 *de V. Obl.* Et eſt regula quod inutiliter actus confertur in id tempus, quo pure inutiliter fieret *l quod Sponſa 4. C. de donat. ant nupt.*

TEXTUS.

17. Si de alia re ſtipulator ſenſerit, de alia pro- miſſor perinde nulla contrahitur obliga- tio, ac ſi ad interrogatum reſponſum non eſſet: veluti ſi hominem Stichum à te quis ſtipulatus fuerit, tu de Pamphilo ſenſeris, quem Stichum vocari crediderìs.

COMMENTARIUS.

PErtinet ad locum communem de errore & diſ- ſenſu qui omnes vitiat obligationes: itaque de- bebat conjungi cum tractatione ſuperiori de fu- rioſo & pupillo: In ſumma diſſenſus & error in ipſa ſpec e & corpore vitiat obligationem; idque pro- pria quoque ratione in hoc contractu, quam innuit hoc §. Juſtinianus, quod perinde ſit ac ſi ad interrogatum reſponſum non eſſet; non quaſi plane nihil reſpondiſſet alter, ubi nulla eſſet ra- tio dubitandi ſed quaſi expreſſe aliud ſe daturum reſpondiſſet, quo caſu conſtat, nullam eſſe ſti- pulationem; æſtimamus enim reſponſionem ex mente & ſententia reſpondentis, qui eum de alio corpore conſenſit, hoc potius quod ſenſit, quam nu- dum nomen in conſiderationem venire debet. Et ſicut ubi de corpore conſtat, non curatur de no- mine, licet diverſum nomen expreſſum ſit; de quo diximus ad § *ſi in nomine de legat.* & de ſtipula- tione reſponſum eſt, in *leg ſi in* 32. *de V. Oblig.* ita ex adverſo ubi de corpore diſſentitur, nudum no- men non poteſt facere, ut valeat actus: textus ad hoc generalis in *leg in omnibus* 55 *de O & A* & in his terminis in *leg. inter* 83. § 1. *lex continuus* 137. §. 1. *de Verb Obligation.* Ita, ſi in corpore erratum & diſſenſum ſit: ſecus ſi de eo conſtet, licet in qualitate, aut materia erretur *l. ſi id quod* 22. *de Verb. Obli- gat* qua in re vulgo receptum eſt, diverſum obti- nere in emptione, in qua pretium proportiona- tum conſtituitur, ad rem venditam, de qua tracta- tur in *l in vendit. 9. §. ult. cum l. ſeq. l. quidtam* n 14. *de contrah. empt.*

TEXTUS.

18. Quod turpi ex cauſa promiſſum eſt, vel- uti, ſi quis homicidium vel ſacrilegium ſe facturum promittat, non valet. Cum quis ſub aliqua conditione ſtipulatus fuerit, licet ante conditionem deceſſerit, poſtea exiſtente

exiſtente conditione ejus hæres agere poteſt. Idem eſt & ex promiſſoris parte. Qui hoc anno aut menſe hoc, dare ſtipulatus eſt, niſi omnibus partibus anni, vel menſis præteriti, non recte petet. Si fundum vel hominem dari ſtipuleris, non poteris continuo agere, niſi tantum ſpacium præterierit, quo traditio fieri poſſit.

Commentarius.

HÆc omnia ſupra in præcedd. ſunt explicata. Diximus ad §. *ſi impoſſibil.* 10. *h. t.* quæ turpia ſunt, ea jure impoſſibilia haberi, & facere ſtipulationem nullam. Quod ſequitur in §. *pen.* de ſpe quæ tranſmittitur in hæredem, ubi obligatio eſt ſub conditione ſuſpenſa, explicatum eſt, ad §. *ſub condit.* 4. *in fin. de Verb. Obligat.* Et denique duo quæ ſunt in § *ultim.* 1. quod ni ſi præterito toto die in quem obligatio collata eſt, agi poſſit, 2. quod etiam ei, qui pure promiſit, dandum ſit aliquod interſtitiũ temporis, inter quod ſolvi poſſit, explicavimus in §. *omnis a ſupr. de Verb. Obligation.* Et non multum iſta ad hunc tractatum de inutilibus ſtipulat. pertinere videntur.

AD TITULUM XXI. LIBRI TERTII INſtitutionum, DE FIDEIUSSORIBUS

TEXTUS.

Pro eo, qui promittit, ſolent alii obligari, qui fidejuſſores appellantur: quos homines accipere ſolent, dum curant, ut diligentius ſibi cautum ſit.

Commentarius.

AD debitum alienum ſolvendum quis ſe obligat, aut tacite & per quandam conſequentiam, veluti ſi mandet, ut alteri pecunia credatur, quo nomine ipſe tenetur *l. Papinianus* 28. *Mandati.* de quo *infr. h. liber otit.* 27. vel expreſſe. Et hoc, vel novando, ſublata obligatione priori & liberato debitore veteri, qui dicitur expromiſſor *l. qui libertinus* 37. §. *ult. de oper. libert.* & aliquando in ſpecie *Reus* cujus locum ſolus ſubit *leg. ſi vero* 64. §. *ſed & ſi* 4. *ſolut. matr. l. & eleganter* 7. §. *ſervus* 8. *de dolo malo*, ex quo tamen textu apparet, expromiſſorem dici, qui & pro non obligato ſe reum principalem conſtituit, qualis eſt ſervus, aut tantum ſimul promittendo, manente & ſalva veteri obligatione; & hoc vel nudo pacto qui eſt conſtitutor *l. 1. de conſtit. pec.* de quo in §. *de conſtituta* 9. *infra de actionibus*, vel per ſtipulationem, qui dicitur fidejuſſor, de quo *h. t.* & alias adpromiſſor *d. l.* 64 § 4. *ſolut. matrim. l. 5. §. ſatis de V. O. l. in omnibus* 43 *de ſtipulationib.* qui & ſponſor dicitur, apud *Varr. 5. de lingu. Lat.* Spondet, inquit, ſponſor, qui idem ut faciat, obligatur. Quamvis procul dubio hoc verbum etiam eum, qui nomine proprio promittit, comprehendat §. 1 *ſup. de V. O.* Ait Juſtin.

Pro eo, qui promittit.] Quod exempli tantum cauſa poſitum eſt: Ceteroquin conſtat omni regulariter obligationi accedere fidejuſſorem, docet § 1. Quod ait *pro eo*, intelligendum eſt, ſalva obligatione principali. Nam & qui per novationem debitum alienum ſuſcepit expromittendo, recte dicitur obligari pro alio, ſed non eſt fidejuſſor. Et igitur dum ſalva obligatione principali obligatur pro alio fidejuſſor; efficitur inde fidejuſſionem acceſſionem eſſe quandam obligationis alterius: & ita fidejuſſor dicitur accedere *l. 1. & paſſim de fidejuſſorib. §. fidejuſſores 5. inf. h. t.* cui tamen obſtare videtur, quod dicitur mox *infr. in §. 3. h. t. l. ſtipulatus 6 fin. D. eod.* poſſe fidejuſſorem etiam obligationem præcedere: abſurdum autem ſit ut antecedat acceſſorium & ſequatur principale. Dicendum eſt, quod fidejuſſio præcedat non tam revera, quam nomine nudo, & omnino quæ interim in ſuſpenſo ſit, & tum demum vim ſumat, atque in eſſe deducatur, ubi principalis obligatio exſiſtit, ut docet *l. fidejuſſor.* 57 *h. t.* fidejuſſorem non poſſe conveniri, antequam reus debeat, & *l. non* 53 *de judic.* fidejuſſoris obligationem eſſe in pendenti.

Ut diligentius ſibi cautum ſit.] Hic finis eſt cujuſcunque cautionis; & igitur fidejuſſionis quoque, *l. 1. §. ſed aut* 8. *de O. & A.* de quo *infra de ſatisdat.*

TEXTUS.

1. In omnibus autem obligationibus adſumi poſſunt, id eſt, ſive re, ſive verbis, ſive

 lite-

literis, ſive cōſenſu contractæ fuerint. At nec illud quidem intereſt, utrū civilis an naturalis ſit obligatio, cui adjicitur fidejuſſor, adeo quidem, ut pro ſervo quoque obligetur, ſive extraneus ſit, qui fidejuſſorem à ſervo accepit, ſive dominus in id, quod naturaliter ſibi debetur.

Commentarius.

1 *An in cauſis criminalibus admittatur fidejuſſor.*
2 *An pro dote reſtituenda.*
3 *Obligatio naturalis in ſervum & dominum.*
4 *An obligationi civili nuda accedat fidejuſſor.*

Objectum fidejuſſionis. Et in primis, quia fidejuſſio acceſſio eſt, oportet eſſe obligationem: Ceteroquin fidejuſſio quoq; nulla eſt, ut docent *l. ſi quis 37. & l. ſi quis 56. in prin. h. t.* ubi autem eſt obligatio, ibi tenet fidejuſſio, quæcunq; etiā ſit obligatio modo jure civili non improbata. Id licet animadvertere, ſi ſingulas ſpecies obligationis percurramus. Naſcitur illa, vel ex delicto, vel ex contractu. *ſupr. de oblig.* Et pro eo qui furti, injuriarum, aut ex Leg. Aquil. obligatus eſt, vel etiam ex quaſi delicto, fidejuſſorem intervenire poſſe non dubitatur; quatenus ſcil. ex his cauſis civiliter & ad pœnam pecuniariam agitur, de quo caſu eſt *l. ſi quis 56. §. ultim. h. t. l. grace 8. §. ſed et ſi 5. eod.* Ceteroquin ſi agatur criminaliter & quidem ad pœnam infligendam corpori, ſpecialis ratio inutilem facit fidejuſſionem, quod hujuſmodi pœnæ nemo ſuccedaneus fieri poteſt, cujus nulla poteſt fieri reparatio, & ubi quod quis ſoluit, vel ſuſtinuit; nulla mandati actione repeti, aut in priorem ſtatum reponi poteſt. Nimirum ad id quod ſoluit fidejuſſor actionem mandati ad repetendum habet, ne officium ipſi ſit damnoſum: corporalis autem pœnæ nulla reſtitutio eſt, nec proficiet fidejuſſori, ſi eandem pœnam poſt ſubeat Reus: & offenderetur manifeſta juſtitiæ ratio, ſi qui non peccavit, pœnam hujuſmodi ſuſtineret. Id de pœna ipſius delicti, vel obligatione ad pœnam in corpus, ut pro ea non poſſit intervenire fidejuſſor: Ceteroquin alia eſt quæſtio, ſi quis reus criminis ſaltem, nec dum convictus, aut indiciis ſatis gravatus, & fortaſſis honeſta alias perſona ſit, an in carcerem protinus conjiciendus, ut ex vinculis cauſam dicat, an fidejuſſoribus committendus ſit, qui caveant non de pœna, ſed de judicio ſiſtendo, ut reus moleſtiam carceris evitet, ad quos fidejuſſionis terminos pertinent textus in *l. 1. 2 & 3. de cuſtod reor. l. 6. §. ſuper his 3. & l. minime 12. Cod. de appellat.* & ſi ſe nō ſtiterit reus in mulctam pecuniariam tenebuntur fidejuſſores, quæ aut in fidejuſſione definita, aut arbitrio magiſtratus definienda eſt: niſi quid dolo fecerint ut reus elaberetur: quo caſu ex admiſſo proprio extra ordinem gravius coerceri poſſunt, *per leg. 4. de cuſtod. reor.* Quæ ab aliis involuta, nec intellecta, aut explicata, breviter hic adjicere libuit. Sequuntur obligationes ex contractu vel quaſi; ex quibus cū debeatur non niſi pecunia, vel quod eſt æſtimabile pecunia, haud dubie fidejuſſioni locus eſt: & id Juſtinian. *h. §.* enumeratione quatuor ſpecierum, quas *ſup. de obligat.* propoſuit, oſtendit: & idem fere ICtus in *l. 8. §. 1. h. t.* & adeo propoſitio hujus §. ſatis verificatur, licet aliqua excipiatur obligationis ſpecies: veluti ex communiſſima ſententia, obligatio qua tenetur maritus ad reſtituendam dotem. † pro qua non recte accipi fidejuſſorem probant 2 *Dd. ex t. t. Cod. ne fideiuſſ. dot. dentur*; quamvis quidam Neoterici eum tit. reſtringant ad caſum mariti qui coactus ſit dare fideiuſſorem. Sed parum ſubtiliter: tum quia maritus nunquam præſumatur ultro ſe onerare velle gravi hac cautione: tum quia ita beneficium illarum LL. ſit futurum inutile marito: qui non audiretur excipiens poſtea ſe coactum fuiſſe, præſertim, (quæ etiam allegato futura eſſet turpis) ab uxore: hic enim caſus ibi tractatur cū maritus tenetur dotem reſtituere uxori, non ubi alii extraneo, qui recte exigit fidejuſſorem. Neque ubi maritus non ſolvendo eſt, quæſtio jam vertitur inter maritum & uxorem, ſed inter uxorem & fidejuſſores, quos uxor convenit & exigit, & qui de jure vel facto tertii excipere nō poſſunt, nec poſſūt allegare maritum coactum dediſſe fidejuſſores, cum utique ipſi ſponte intervenerint. Itaq; admiſſa explicatione Neotericorum Duareni & Connani, prorſus eluderentur conſtitutiones *ſub. d. t. Cod. Ne fidejuſſ. dot. dent.*

Pergit Juſtinianus; & quoniam ex quatuor illis ſpeciebus oritur civilis actio, addit, etiam pro naturali ſaltem obligatione, recte intervenire fidejuſſorem. Et vel hic locus oſtendit, non debuiſſe in *tit. 14. ſup.* omitti hanc obligationem naturalem, quippe cui recte accedit fidejuſſor, & procul dubio accedit ita, ut conveniri quoque poſſit & exigi.

De ſpeciebus naturalis obligationis egimus

d. tit.

Digitized by Google

d. tit. 14. & diximus ibid. utilem haberi fidejuſſionem pro hac obligatione, quoniam & illa ſuos effectus habet, & hunc præcipue, quod ſolutum retineri poſſit *l. 6. & 7. l. fideiuſſ. 16. §. 3. & 4. h. t.* Et Juſtinianus hic exemplum proponit ejus quæ talis eſt ob perſonam debitoris, veluti ſervi, qui naturaliter tantum poteſt obligari, *l. 14. de O. & A.* & ut hic §. docet, ipſi domino quoque, qui adeo recte pro hac obligatione fidejuſſorem accipit: pro
3 eo nimirum, ut Juſtinian. ait, quod †. ſibi naturaliter debetur: quod ego non dubito eſſe de eo genere debiti naturalis accipiendum, quod deſcendit ex adminiſtratione peculii, *argum. l. cum fide. 35. h. t.* quo etiam refero *l. ſi quis 56. §. 1. l. ſi à reo 70. §. adeo 3. eod.* alias vix exiſtimaverim obligationem naſci naturalem: quod tamen in medio relinquo: plane non tantum jus civile obligationem naturalem conſiderat in ſe ex mero jure gentium, ſed etiam prout effectus, habet aliquos in Repub. ceteroquin & ſervo dominus poſſet dare fidejuſſorem: quod negatur in *d. leg. 56. §. 1. h. tit.* Et tamen ſpecialis eſt ejus deciſionis ratio, quod videlicet obligatio civilis & naturalis, qua tenetur fidejuſſor ſtatim & recta acquireretur domino, dum fidejuſſor ſervo promitteret ſe debitum fide ſua eſſe jubere: idque eſt, quod ait ibi Juriſconſultus non poſſe fidejuſſorem eſſe pro eodem & eidem obligationi: ceteroquin quod dominus obligetur naturaliter ſervo ut nec poſſit repetere, quod ſolvit manumiſſo, reſponſum eſt in *leg. ſi quid 64. de cond. indeb.*

4 Sed quid de obligatione † civili, quæ nuda & ſolum civilis eſt, deſtituta vinculo æquitatis, an & huic recte accedet fidejuſſor? Hoc quidem non obſcure videtur adfirmare *Angelus hic*, ſed contraria ſententia verior eſt: quoniam, ut diximus, ratio quæ facit, ut utiliter accedat fidejuſſor naturali obligationi, hoc eſt, quod ſolutum repeti non poſſit: atqui quod hoc modo nude civiliter debetur, ubi nimirum debitor exceptione tutus eſt, ſolutum condici poteſt *leg. qui except. 40. de condict. indeb. leg. ſi non ſortem 26. §. 3. & §. adeo 7. eod.* ſicut & alii effectus quos naturalis ſola obligatio habet, hic deficiunt: cum nec hujuſmodi civile debitum conſtitui aut compenſari poſſit, *l. 1. §. 7. de conſtit. pecun. l. pecun. l. quæcunque 14. de compenſat.* & facit in terminis *leg. ſi poſt 37. h. tit.* ubi fruſtra dicitur pro eo intervenire fidejuſſor qui tranſactione liberatus eſt. At objecerit quis juxta hunc §. intervenire fidejuſſorem etiam pro eo qui literis obligatus eſt: quæ obligatio ſane eſt civilis nuda, cum non intervenerit pecuniæ numeratio: ex quo Dd. quoque iſtud mutuum nude civile appellant. Sed hac de cauſa nimirum ad *tit. de oblig. ſup.* hoc addendum, & obligatio quam mixtam diximus, ſubdiſtinguenda eſt, quod alia ſit vere talis, alia, ut ita dicam, præſumptive. Hanc appello ubi Lex præſumit veram & naturalem quoque ſubeſſe obligationem. Id accidit, ubi quis per ſententiam judicis condemnatus eſt, contra quem licet judicaverit, attamen actio judicati datur, & ſi ſolverit, in quod condemnatus eſt, non repetit, quoniam ſententia pro veritate habetur, & quod judicatum eſt eo loco cenſetur, ac ſi vere ita ſe res haberet *leg. ingenuum 25 de ſtatu hom.* & poſt ſententiam non amplius quæritur an debitum fuerit, ſed an judicatum ſit *leg. poſt rem 56. de re iudic.* Ita quoque ſi quis chirographo profeſſus ſit accepiſſe ſe pecuniam & exinde elapſum ſit biennium, præſumitur & creditur numerationem eſſe ſecutam, ut chirographo continetur, de quo plura *tit. ſeq.* Secundum quam explicationem intelligendi ſunt Dd. qui obligationi civili tantum fidejuſſorem accedere poſſe admittunt, veluti *Bart. in l. 4. h. t. num. 3.* obligationem quandam civilem tantum, facit, quæ effectum habet exactionis. Effectus hujus rei, quod fidejuſſionem accedere poſſe negamus, in eo eſt, ut licet ſummo jure teneat ſtipulatio, tamen fidejuſſor conventus eadem exceptione, quæ competit reo principali, creditorem repellere poſſit: quod facere non poteſt, qui interceſſit pro naturaliter tantum obligato, nec ob id eum repellere, quod reus principalis conveniri non poſſit.

TEXTUS.

2. Fidejuſſor non tantum ipſe obligatur, ſed etiam heredem relinquit obligatum. Fidejuſſor & præcedere obligationem & ſequi poteſt.

COMMENTARIUS.

HOc regulare eſt, ut obligationes deſcendant quoque in heredem, qui repræſentat defunctum: ex nimirum obligationes (cujuſmodi & hæc eſt) quæ ex conventionibus naſcuntur: non quæ ex delictis, in quibus ceſſat repræſentatio & tranſmiſſio: cum delicta penitus hæreant in perſona delinquentis: non ſecus ac illa, quæ ſpecia-

li ſignificatu perſonalia dicuntur, & in hæredes tranſire negantur, veluti privilegia perſonalia *leg privilegia* 196. *de Reg. iuris. leg maritum* 12. *cum leg. ſeq. ſolum. matrimon.* ceteroquin & alio ſenſu, obligationes quæ ſunt ex conventionibus, dicuntur perſonales, & inhærere perſonæ debitoris, ita ut actio perſonalis ſemper ſit contra eundem *leg. actionum* 25. *de obligat & action.* qua in re opponitur actioni in rem *d. leg* 25. ſed non ita inhærere, ut non tranſeant in heredem §. *ultim infra Locati, leg ex depoſiti* 12. *leg. ex contractibus* 49 *de obligat & act. h.* §. & *leg.* 4. *D eod.*

Fideiuſſor & precedere.] Hoc jam ad *pr. tit.* explicatum eſt.

TEXTUS.

3. Si plures ſint fidejuſſores, quotquot erunt numero, ſinguli in ſolidum tenentur. Itaque liberum eſt creditori, à quo velit, ſolidũ petere. Sed ex Epiſtola Divi Hadriani cõpellitur creditor, à ſingulis, qui modo ſolvendo ſunt, tempore litis conteſtatæ, partes petere. Ideoque ſi quis ex fidejuſſoribus eo tempore ſolvendo non ſint, id ceteros onerat. Sed ſi ab uno fidejuſſore creditor totum conſecutus fuerit, hujus ſolius detrimentum erit, ſi is pro quo fidejuſſit ſolvendo non ſit: & ſibi imputare debet, cum potuerit ex Epiſtola Divi Hadriani juvari, & deſiderare, ut pro parte in ſe detur actio.

COMMENTARIUS.

1 *An fideiuſſor qui totum ſolvit, poſſit quid repetere.*
2 *Beneficium Adriani an Antonini.*
3 *Quando hæc exceptio diviſionis obiici poſſit.*

QUi eandem rem vel eandem ſummam promittunt, in dubio efficiuntur duo correi debendi, juxta tradita *ſup. de duob. reis.* hujuſmodi autem ſunt plures fidejuſſores unius debiti. Itaque ex natura duorum correorum ſinguli ſolidum debent *leg. 3. infr. Cod. h. tit. & h.* §. & ſinguli in ſolidum conveniri & exigi poſſunt. Huic juri hactenus derogavit Hadrianus, ut poſſet unus fidejuſſorum conventus, petere ut divideretur actio pro rata in confidejuſſores, qui eſſent ſolvendo. Exceptionem tantum dedit fidejuſſori convento, ſed obligationem ipſo jure non diviſit, ut ſinguli tantum pro parte eſſent obligati *leg inter* 26. *h. titul.* Inter quæ multum intereſt. Quod ſi enim ipſo jure diviſa eſſet obligatio, & unuſquiſque tantum ipſo jure partem deberet, nullo modo teneret actio in ſolidum, nec quidem ſi aliqui ſolvendo non eſſent: ſed & ſi quis ſolidum ſolviſſet, condicere partem poſſet, tãquam plus debito ſolviſſet: quod utrumque contra eſſe docet hic locus, & *d. lege* 26 *leg ſi teſtament.* 49. §. 1 *h. tit.* Etenim docet Juſtinianus ſi quis non objecta exceptione diviſioni totum ſolverit, ipſum ſibi imputare debere, ſi reus principalis ſolvendo non ſit (contra quem nimirum habet propriam mandati actionem.) Ex hoc enim efficitur nihil eum repetere poſſe à creditore: ſimul & hoc, nec à confidejuſſore quoque poſſe repetere partem, quam exceptione objecta alias creditor ab eo petere neceſſe habuiſſet: quod utrumque expreſſum eſt in *leg. ut fideiuſſor* 39. *h. titul.* quod nimirum proprio jure actionem movere non poſſit: etenim actionem ſibi ceſſam jure creditoris exercere, & partem exigere à confidejuſſoribus poteſt *dict. leg.* 39. Fit autem hoc ex conditione & natura correorum, in quorum ſingulorum perſona in ſolidum obligatio conſiſtit: adeo cum quiſque ſolvendo propria obligatione ſe liberaverit, non habet quod eo nomine contra alium experiatur. Licet videatur æquitas ſuadere, ut cum utique unius ſolutione effectum ſit, ut alter liberetur, pars alteri reſtituatur: quod attigimus *ſup de duob. reis* Anforte hæc eſt differentia, quod ex duob. correis principalibus, ſi unus conveniatur, omnimodo ſolidum ſolvere cogitur: at fidejuſſor unus conventus habet beneficium diviſionis, quod ſi non objiciat, renuntiaſſe ei videtur: quod hoc §. *inf.* innuit Juſtinianus. Fruſtra autem hic objicitur ab Interpp. quod qui tutus eſt exceptione perpetua, repetat, quod ſolvit. Neque enim hanc exceptionem habet fidejuſſor quaſi non debeat, ſed tantum quia æquum eſt eos qui ſimul interceſſerunt, ſimul conveniri: adeo ſi totum ſolvat non poteſt dici indebitum ſolviſſe: maxime cum utique totum creditori efficaciter debeatur. Hodie porro ex *Novell.* beneficium quoq; excuſſionis & ordinis fidejuſſoris habent, ut ante reum principalem, & niſi hoc prius excuſſo conveniri nequeant, quod olim ſecus fuiſſe conſtat *l. 3. C. h. t.*

Ex

Ex Epiſtola Hadriani.] Sive illa Epiſtola ad Senatum aut etiam ad quem magiſtratum aut privatum miſſa & ſcripta fuerit. Hadriano tribuitur *h.* §. *& in l. inter 26. h. t. l. ult. Cod de conſtit. pecun.* ſed in *l. teſtamento 49. §. 1. eod. h. tit.* Epiſtolæ D. Pii tribuitur. An forte quia ab hoc repetitum: an potius per Hadrianum *h. §. & in d. l. 26.* intelligitur Pius adoptatus ab Hadriano, & cujus nomen uſurpavit: ut putat *Cuiac. ad d. l. 49 h. t. lib. 27. quæſt. Papinian.* Et ita notavimus ſupra ad § 2 *de SC Tertull.* SCtum illud & Hadriani tempore D. Pii factum perhiberi. Beneficium tamen diviſionis Edicto prætoris tribuit *Paulus. 1. ſent. 20.* ſed ille locus fortaſſis corruptus eſt: vix enim dicere liceat, Hadrianum confirmaſſe Edictum prætoris, cujus hac de re nec minimum jure noſtro exſtat veſtigium.

Si ſecundo litis cont. tempore.] Hinc olim Petrus collegit, hanc exceptionem diviſionis, poſt litem conteſtatam opponi non poſſe. Sed non videtur id recte hinc inferri. Si litis conteſtatæ tēpore inſpicitur an confidejuſſor ſolvendo ſit nec ne: ergo numquam poterit hoc tractari poſt litē cont. Et videtur ideo pertinere, ut ſi poſt litem conteſtatam alter fiat ſolvendo, id ad onus ceterorum nō pertineat *l. inter 51. §. pen. h tit.* non autem eo ut qui judicium accepit in ſolidum, non poſſit amplius petere ut actio dividatur in ceteros, qui etiamnum ſunt ſolvendo. Et in *l. fidejuſſor 10. §. 1. Cod. h. t.* dicitur quod hoc poſſit objici & diviſio actionis peti ante cōdemnationem: quod ſane perquam durè ita acceptum à Petro eſt, ut ſignificet ante litis conteſtationem: quæ ratio loquendi à jure noſtro aliena eſt, ut quod ad litem neque conteſtatam tantum ferri poteſt, dicatur ante cōdemnationem recte fieri. Et tamen pro opinione Petri contra *d. l. 10. Cod. h. tit.* ea fortiter militat ratio, quod cum ex ſtipulatione naſcatur ſtricti juris actio, in qua non aliæ admittebantur exceptiones, niſi quæ nominatim à prætore formulæ inſertæ fuiſſent, non apparet, qui potuerit judex admittere exceptionem diviſionis poſt litem conteſtatam, quem imo juxta formulam reum condemnare oporteret: utpote qui ſemel in ſolidum, judicium ſuſcepit. Ego ita cenſeo, ſi fidejuſſor, cum ceteri litis conteſtatæ tempore ſolvendo eſſent, in ſolidum ſuſceperit judicium, eum poſt litem conteſt. exceptionem diviſionis non potuiſſe objicere: quod ſolida & certa juris ratio efficit: ſicut & hoc quod per electionem unius fidejuſſoris alter fuit liberatus, ut oſtendimus ad *Treutl. de fidejuſſ. th. 1. lit.*

6 Quod ſi tum tempore litis conteſtatæ ceteri ſolvendo non eſſent, unus coactus ſit ſuſcipere judicium in ſolidum, & poſt litem conteſtatam alter ſit effectus ſolvendo, eum tum adito prætore poſſe petere ut actio pro rata in eum qui jam ſolvendo eſt, detur: eoq; refero *d. l. 10. C. h. t.* & facit quod Juſtinian. hoc loco imputandum ait fidejuſſori, qui non uſus eſt beneficio Epiſtolæ Hadriani. Nihil autem poteſt imputari ei, qui non potuit illa exceptione uti, ut maxime voluiſſet: quod beneficium ei negandum non eſt, ubi res ante condemnationem in alium ſtatum deducta eſt, & fidejuſſor alter ſolvendo eſſe cepit, ceteroquin non video quomodo lite conteſtata fidejuſſor poſſit movere hanc exceptionem. Et inepta eſt ratio Bartoli relata ab Angel. quod non niſi poſt litem cont. poſſit conſtare an ceteri ſint ſolvendo: quoniam ſi de hoc dubitatur, fidejuſſor conventus petere debebit hanc exceptionem inſeri formulæ *ſi non & ceteri ſolvendo ſint l. ſi contendat 28 h. t.* quo facto & probato, nō niſi in partē fidejuſſor damnabitur. Illos autem dubio procul errare puto, qui etiam poſt condemnationem & ſententiam, exceptioni diviſionis faciunt locum, quorum mentio eſt apud *Iohan. Fab. & Angel. hic, & Cyn. in d. l. 10. Cod. h. t.* qui tum per *d. l. 10.* refutantur, ubi dum ante condemnationem hoc admittitur, ſatis hoc ipſo ſequens tempus excluditur: tum per certam regulam juris, quod exceptio quæ oppugnat ſententiam, poſt condemnationem non habet locum. Neque obſtat adeo *l. ſi fidejuſſores 41. § 1 h. t.* quoniam ratio alia eſt exceptionis cedendarum actionum, quæ non oppugnat ſententiam, nec modo ullo lædit aut minuit jus victoris. Minus movet *l. inter eos 51. §. ult. h. t.* neq; enim intelligendus ibi eſt fidejuſſor damnatus ex cauſa fidejuſſionis, ſed ex delicto, & propterea bona fiſco vindicata: & poſt actum de conveniendis fidejuſſoribus: quod ſatis mihi videtur perſpicuum: ut mirer ibi hærere Interpp. & Joh. Fabrum cum aliis eo adigi, ut reſtringant illum textum ad caſum interpoſitæ appellationis, & per hanc ſuſpenſæ, & imo extinctæ ſententiæ ut loquitur *l. 1. § ult. ad Turpill.*

TEXTUS.

4. Fidejuſſores ita non poſſunt obligari, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur. Nam eorum obligatio acceſſio eſt principalis obligationis; nec plus in acceſ-

acceſſione poteſt eſſe, quam in re principali. At ex diverſo ut minus debeant, obligari poſſunt. Itaque ſi reus decem aureos promiſerit, fidejuſſor recte in quinque obligatur: contra vero obligari non poteſt. Item ſi ille pure promiſerit, fidejuſſor ſub conditione promittere poteſt: contra vero non poteſt. Non ſolum autem in quantitate, ſed in tempore etiam minus aut plus intelligitur. Plus eſt enim ſtatim aliquid dare, minus eſt, poſt tempus dare.

COMMENTARIUS.

1 *An qui in plus quantitate fideiuſſit, teneatur in ſummam concurrentem.*

2 *An durius ſit obligatus, qui fideiuſſit pro naturali tantum obligatione.*

3 *Caſus, quo ſublato principali, manet acceſſorium.*

SAtis conſtanter definitum eſt jure noſtro fidejuſſores in plus & omnino duriorem cauſam accipi & obligari non poſſe, & ſi accepti ſint, omnino non obligari, & nullam eſſe fidejuſſionem. Inde enim eſt, quod tam ſollicite tractant, an & quando in duriorem cauſam videatur acceptus fidejuſſor; ut in *l. Græc* 8. § *Illud* 7. *cum ſeqq. l. fideiuſſor* 16. § *l. hi qui* 34. *l. ſi teſtamento* 49. §. 2. *l. ſi Stichus* 38. *l. ſi à reo* 70. §. 1. & 2. *h. t.* Ratio eſt, tum quod fidejuſſio eſt acceſſio principalis obligationis h. § tum quod quæ ratio eſt in ipſa principali ſtipulatione, quo ad interrogationem & reſponſionem, ut ſi in hac ſit diverſitas, nulla ſit ſtipulatio, ut tractatũ ad § *præterea tit. preced* eadem eſt ratio & proportio inter fidejuſſionem & obligationem principalem, ut illa nulla ſit, ſi ab hac eadem proportione ſit diverſa. Et hoc quidem ubi in qualitate eſt diverſitas circa diem vel conditionem, dubium non habet: ſed quæritur, ſi v.c. cum reus quinque deberet fidejuſſor acceptus eſt in decem, an ſaltem in concurrentem ſummam obligatus ſit fidejuſſor: quod negatur communiter à Dd. pro quorum ſententia facit *l. Græc.* 8. *illud.* 7. *h. t.* ubi qui plus promiſit dicitur in duriorem cauſam obligatus: & in genere affirmatur, fidejuſſionem eſſe nullam quæ in duriorem cauſam conſtituta eſt. Et verba *omnino non.* haud patiuntur illam interpretationem, ut fidejuſſor pro [illegible] teneatur. Facit & quod omnibus locis paulo ante citatis, quibus in duriorem cauſam acceptus dicitur procul dubio eo ſenſu inutilis dicitur, fidejuſſio, ut nullo modo teneat. Quod quidem pene ſuperſtitioſius quam æquius ſecuti videntur JCti, ut quotcunq; etiam reſpectu plus vel durius videretur obligatus fidejuſſor, inutilem eſſe fidejuſſionem reſponderint: ut proinde eum in iſtis terminis fidejuſſorem in duriorem cauſam acceptum dicant, veroſimile ſit, fidejuſſionem pro nulla eos habuiſſe. Sunt plane plurima quæ in contrarium afferuntur, de quibus prolixe egi ad *Treutl.* ſed præcipua objectio eſt ex *l. 1. §. 4. de verb. oblig.* Quod ſi enim principalis obligatio non vitiatur ob diverſitatem in quantitate, ſed valet uſq; ad concurrentẽ ſummã, nulla videtur ratio dari poſſe, ob quam acceſſoria obligatio non debeat valere. Cogitabam ita removeri hanc objectionem poſſe, ſi diſtinguamus, an cum reus principalis centum deberet, fidejuſſor fuerit rogatus, ut fide ſua ducenta eſſe juberet: an vero eadem centum rogatus, ipſe ducenta reſponderit. Illo caſu defendam communem opinionem Dd. quoniam in tota promiſſione fidejuſſoria eſt diverſitas, quæ facit, ut non poſſit valere fidejuſſio, quæ in nullo conſenſit cum principali. Hoc autem caſu dixerim obligationem conſiſtere in centum; neque hic poteſt ullo modo evitari argumentum quod ſumitur ex *d. l. 8. §. 4. de verbor obligat.* Et de illo quoque caſu recte accipitur *d. l. 8. §. 7. h. t.* quoniam tum demum vere & proprie in duriorem cauſam acceptus dicitur fidejuſſor, ubi creditor plus ab eo ſtipulatus eſt, quam debebat reus principalis.

Illa non magni momenti † objectio eſt, quod 2
cum pro naturali obligatione recte dicatur accipi fidejuſſor, hic tamen in duriorem cauſam accipi videatur, cum debitum ipſum exigi à reo principali non poſſit, quod à fidejuſſore exigi poteſt. Hoc enim omnino effectu dicitur fidejuſſor recte intercedere pro naturaliter obligato. Etenim recte reſpondent Doctores & tribus verbis: Fidejuſſorem non poſſe obligari extenſive, ſed poſſe intenſive: id eſt, non poſſe obligari in plus, ſed poſſe arctius & fortius. Et ſupra diximus, quod hæc ratio fecerit utilem hanc fidejuſſionem, quod ſi debitor principalis ſolvat pecuniam, eam non poſſit repetere: & itaque hoc reſpectu ſi conſideres debitorem, tamquam bonam fidem agnoſcentem, & ſolventem, quod ut ſolvat, jure gentium adſtrictus eſt, videtur debitor efficaciter eſſe obligatus: & acci-

Digitized by Google

& accidit hoc propter perſonã debitoris, aut qualitatem conventionis, ut ne efficax exſiſtat obligatio jure civili: ceteroquin ex jure gentium perfecta eſt obligatio. Sed de his plus ſatis. Inepte autem hic quaſi exceptionis loco affert Mynſing. quod fidejuſſor de judicio ſiſtendo accipiatur in duriorem cauſam, cum & pœnam promittere ſoleat, quam non debet reus principalis. Etenim fidejuſſor hic non accedit obligationi principali ſuper qua reus in judicium vocatur: ſed illi ex qua juxta Edictum prætoris judicio ſe ſiſtere reus tenetur; quod futurum & facturum reum ſuſcepit fidejuſſor, & ni fiat promittit pœnam, & quadantenus rei principalis rationem habet.

Fideiuſſio acceſſio eſt.] Et cum igitur acceſſorium ſine principali non poſſit eſſe, inprimis neceſſarium eſt, ut adſit aliqua obligatio, pro qua interveniat, & cui accedat fidejuſſor cum nec obligari poſſit, niſi prius exſiſtat obligatio principalis, ut ad *princip. tit.* diximus. Ex quo eſt, ut qui adjectus eſt ſolutionis gratia, cum reum principalem obligatum non habeat; accipere fidejuſſorem non poſſit *leg. ſi mihi 23. h. tit.* Itemque ut ubi confuſa eſt obligatio, & ita ſublata non poſſit fidejuſſor amplius teneri *leg. ſi Stichum 38 §. 1. h. tit.* Eſt tamen (quia acceſſio eſt. Ergo primo nulla eſt, ubi initio nulla eſt obligatio, ſecundo tollitur ubi principalis obligatio tollitur) caſus ubi ſublata obligatione principali, quæ initio recte conſtiterat, fidejuſſio durat, veluti ſi reus ſine herede deceſſerit, *l. ſi ſine 22 in princip. de admin. tut.* Ergo omnino ubi nulla initio eſt obligatio, nulla & fidejuſſio eſt: regulariter etiam ſublata principali obligatione tollitur fidejuſſoria: ſed ubi ſine hærede reus deceſſit, non eſt ordinarius modus tollendæ obligationis, ſed fit ex accidenti, quod non eſt heres in quem actio detur: nec tamen perit jus creditoris aut actio, ſed illi integra manet, & contra fiſcum, & hactenus ut in bona ſe immitti petat: adeo ſi periret obligatio fidejuſſoria, iniqua conditio inferretur creditori.

Aliquando quoque fidejuſſoria obligatio ſubit locum obligationis principalis quatenus ei porro ſecũdus accedit fidejuſſor *l. Græce 8. §. ult. h. t.* ſed illa nimirum reſpectu principalis & primæ obligationis, nihilominus eſt acceſſio.

Non ſolum autem.] Quot modis *plus* dicatur, docet ex profeſſo *Inſtit. in §. plus autem infr. de actionib.*

* * *

TEXTUS.

5. Si quid autem fidejuſſor pro reo ſolverit, ejus recuperandi cauſa habet cum eo mãdati judicium.

COMMENTARIUS.

Ne fidejuſſori officium ſit damnoſum, certis actionibus & remediis quibus quod ſolvit pro debitore ut rurſus conſequatur, proviſum eſt. Et utitur actionibus, vel propriis vel ceſſis, & ſcilicet à creditore in ſe tranſlatis. Propriæ actiones ſunt, mandati *h. §. l. idemq. 10. §. fideiuſſores 11. Mandati l. ſi fidejuſſor 6. Cod. eodem.* ubi nimirum rogatus quis & ex mandato pro alio interceſſit: & negot. geſtorum, ſi quis ſine mandato, animo negotium alterius gerendi pro alio fidejuſſit *l. 6. §. 2. l. ſi pro 40. Mand. l. ultim. Cod. de negot. geſt.* Circa ceſſas actiones ita in genere jus eſt, ut quiſquis ab alio exigit, quod alius principaliter vel æque cum illo debet, petenti reo convento cedere actiones teneatur, quas habet contra eos qui principaliter aut æque ſunt obligati. Hinc correus debendi unus ſi conveniatur in ſolidum jure petit ſibi cedi actiones contra alterum correum, ut quod ſolvit pro rata ab eo repetere poſſit. Hinc itidem fidejuſſor conventus jure petit ut ſibi cedatur actio contra reum principalem vel contra confidejuſſores *l. ut fidejuſſor 39. l. ſi fideiuſſ. 41. § ultim. h. tit. l. cum alter 11. Cod. eod.* idque in *l. fidejuſſ. 17. h. t.* dicitur vendere (Hal. tamen legit *cedere*) ceterorum nomina; quoniam quaſi pro pretio actionum ceſſarum videtur fidejuſſor totum ſolvere *arg. l. Modeſtinus 76 in f. de ſolut. l. cum is qui 36 h. t.* Cedere autem actionem in jure noſtro nihil aliud eſt, quam per mandatum actionem in alium transferre, ut docent *l. 1. §. & ſi forte 13. cum §. ſeq. junct. l. cum pupillus 21. de tut. & rat. diſtr. leg. quod ſi minor 24. in prin. de minorib.* de qua re alibi tractatur.

TEXTUS.

Græce etiam fidejuſſor ita poteſt accipi, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ, ſed & ſi dixerit, θέλω, ſive βούλομαι, ſed & φημί, pro eo erit ac ſi dixerit λέγω. In ſtipulationibus fidejuſſorum ſciendum eſt, hoc generaliter accipi, ut quodcunque ſcriptum ſit, quaſi actum, videatur etiam actum. Ideoque conſtat,

Digitized by Google

ſi quis ſcripſerit ſe fidejuſſiſſe, videri omnia ſolenniter acta.

COMMENTARIUS.

GRæce] Stipulationem poſſe fieri quæcunque lingua dictum eſt in §. 1. *ſup. de verbor. oblig.* eadem fidejuſſionis ratio eſt quæ fit per ſtipulationem. Pro eo autem quod vulgo legitur *πιστεύω ἐγὼ* Hottomannus, Cujacius, Weſembecius legunt *πιστεύω, λέγω* ex *leg græc* 8. *in princip. h. t.* Sed nihil neceſſum eſt, ut iiſdem verbis dicamus uſum fuiſſe Tribonianum, & Theophilus omiſſo verbo *ἐγὼ* ſimpliciter ſcribit *πιστεύω θέλω* &c. tanto minus neceſſum eſt, ut expungas prioribus verbis *ſed & ſi dixerit* ea nos, *πιστεύω, λέγω θέλω βούλομαι*, ut Hottom. Et tamen pro priori illo facit, quod mox hoc textu dicitur, *ac ſi dixerit λέγω* quod ſane arguit, verbum hoc *λέγω* præceſſiſſe.

In ſtipulati nibus] Dicimus ad §. *ſi ſcriptum* 16. *tit præc.* p o inſtrumento eſſe p ſu p inoem ſolemnitatis, videlicet intrinſecæ, quæ requiritur à jure, & quæ pert ad ſubſtantiam actus. & ſine qua ipſe actus pen t & in ſee ſſet nullus. Itaque cum ad eſſentiam ſtipulationis requiratur interrogatio, ſi ſcriptum ſit in inſtrumento, ſtipulatione interpoſita quem reſpondiſſe, creditur præceſſiſſe interrogationem. Hinc ſi in inſtrumento ſcriptum ſit, quẽ fidejuſſiſſe, credimus ſtipulationem deſuper factam fuiſſe: quoniam hæc eſt de fidejuſſionis eſſentia, *h. §. & l. ſciendum* 30. *de V. O.* ubi hoc plenius tradunt *Dd. & late Ang. & Ioh. Fab. hic.*

AD TITULUM XXII. LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE LITERARUM OBLIGAtionibus.

TEXTUS.

Olim ſcriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non ſunt in uſu. Plane ſi quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt, de minime numerata pecunia, poſt multum temporis exceptionem opponere non poteſt: hoc enim ſæpiſſime conſtitutum eſt: ſic fit ut & hodie, dum queri non poteſt, ſcriptura obligetur, & ex ea naſcatur condictio, ceſſante ſcilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus conſtitutionibus uſque ad quinquennium procedebat: ſed ne creditores diutius poſſent ſuis pecuniis forſitan defraudari, per noſtram conſtitutionem tempus coarctatum eſt, ut hujuſmodi exceptio ultra biennii metas minime extendatur.

COMMENTARIUS.

1 *Probatur non eſſe veram obligationem ex literis.*
2 *Qualis ſit actio hac & obligatio, contra ineptias Dd.*
3 *An poſt biennium opponi poſſit exceptio.*

HActenus de contractibus qui ineuntur re & verbis: ſequitur juxta §. *ultim. ſup. de obligat.* tertia ſpecies obligationis vel contractus, qui literis conſtituitur: qui ſecundum Juſtinianum hic eſt, ubi quis ſpe numerationis ſecuturæ chirographo confeſſus eſt ſe accepiſſe pecuniam: quoniam enim ita conſtitutum eſt, ut creditur chirographo, ne poſt quinquennium & hodie poſt biennium opponi poſſit exceptio non numeratæ pecuniæ, fit, ut videatur ex literis obligari, qui in rei veritate pecuniam non accepit, ut ipſe hic ait Juſtinianus in verſ. *ſic fit* Ex quo ipſo ſatis apparet, nunc non eſſe vere & proprie dictam obligationem: quod ego ante viginti amplius annos libello publice edito; & poſt a. *Treutl. de mutuo theſ.* a. ſolidis rationibus oſtendi, cum id quidem jam ante monuiſſet *Connan.* 1. *comm.* 6. *num* 11. ſed omnino leviter & ſuſpenſa manu, ut nec rem intellexiſſe ſatis videatur. Rationes ſunt hæ, quas ſtrictim ſubjicere libet, primo quod nullo alio juris loco mentio fit hujus obligationis ſed ſpecierum tantum trium, quæ verbis, literis & conſenſu contrahuntur, *l.* 1. §. 1. *in princip. de oblig. & action. §. 2. inf. de pact. l. græce §.* 1. *de fidejuſſ. l.* 1. 4. ... *de novationib.* & longe alio ſenſu *Cajus l.* 2. *de obligation. tit.* 9. §. *literis* 12. literis contrahi ait obligationem. Itaque Dd. hic & in *l.* 24. *C. de non num. pec.* coguntur dicere hanc obligationem olim incognitam à Juſtiniano demum introductam eſſe; quod plane alienum ab ipſius mente & manifeſto

Digitized by Google

nifeſto falſum eſt: cum de hac re agatur non uno textu, *ſub tit. de non num pec.* quorum autores ii ſunt principes, quorum temporibus JCti noſtri vixerunt: & in quibus etiam fit mentio legitimi temporis, intra quod olim exceptio hæc proponenda erat, quod contraxit, & hoc ſolum, hac in tractatione mutavit Juſtinianus; nullam autem obligationem introduxit.

Alterum argumentum eſt, quod qualis eſt actio & ejus intentio talem etiam oportet eſſe conditionem & naturam obligationis & contractus: atquin intentio actoris hic eſt, quod numeraverit pecuniam, in quo & in numeratione neceſſe habet fundari ſuam intentionem, eamque probare, ut ait *l. 3. Codic de non num. pec.* Quod ſi obligatio revera ex literis eſſet, liceret agere ſub hac formula: *Aio te mihi debere, quia ſcripſiſti te mihi daturum*, cujuſmodi obligationem fateor Lege induci poſſe, non minus ac ut obligatio ex verbis naſcatur ore prolatis. Sed nego ullam talem obligationem jure noſtro eſſe introductam: & ultro apertiſſimum eſt, de hujuſmodi obligatione, nec *ſub h. t.* nec in *Codic. de non num. pec.* tractari. Falſum eſt igitur omnino, quod hic Fab. poſt Dd. probat, quod actor non habeat neceſſe imo non debeat in libello ponere, quod pecunia ſit numerata, ſed hoc ſolum, quod reus ſcripſerit ſe debere decem ex cauſa mutui: Quod quidem penitus ineptum eſt: & quorſum enim addatur cauſa mutui, ſiquidem ex literis eſt obligatio, cum nemo obligari poſſit ex mutuo, niſi pecuniam acceperit. Et veriſſimum eſt, quod ipſe hic objicit Faber, nec extricare poteſt, quod confeſſio non inducat obligationem ſed faciat probationem: & penitus eſt inexplicabile, quod ipſe rurſus objicit Faber, nec removere poteſt, quod reus poſſit objicere ſibi non numeratam pecuniam, & ea objectione exceptione propoſita (ſcilicet ante biennium) cogi creditorem probare numerationem: Ex quo neceſſario prorſus efficitur, ad fundanda actionem requiri numerationem pecuniæ, quam probare actor alias neceſſe non haberet. Et fundamentum iſtud tertium eſt, ex quo evinco non eſſe iſtam veram ex literis obligationem: Quod oppugnatur ab exceptione, in eo neceſſe eſt fundatam obligationem eſſe: atquin exceptio quæ his opponitur, oppugnat numerationem, & quod pecunia numerata ſit, negat, ceteroquin ſi verè ex literis obligatio eſſet, oporteret reum qui abſolvi vellet, excipere, ſe non ſcripſiſſe, neque enim peti poteſt exceptio ex obligationis diverſo genere, ad oppugnandum aliud obligationis genus, nec magis, ſi vere eſſet obligatio ex literis, pecuniæ numeratæ exceptio objici poſſet, quam contra eum qui agit ex ſtipulatu, aut exemptione.

Et quid igitur eſt? Nimirum quod res eſt fateri oportet, Juſtinianum paulo pinguius eſſe locutum, dum obligationem hanc ex literis, tanquam ſpeciem diverſam & ſeparatam ab aliis proponit. Et dum debitor elapſo biennio, non auditur opponens pecuniæ non numeratæ exceptionem, ſed ſolvere compellitur omnino *l. ſi intra 8. in fin. Cod de non num. pecun.* fit, ut ex hypotheſi non factæ numerationis videatur, non ex numeratione, ſed ex literis obligatur, idque innuit Juſtinian. dum ita fieri ait, ut debitor dum queri non poteſt, ſcriptura obligetur, pro quo rectius dixiſſet quod ſcriptura obligatus videatur. Nec enim poſt biennium quoque creditor ex ſcriptura agit, & ideo reum condemnari petit, quod ſcripſerit ſe debere, ſed agit ex numeratione, & ei probandæ adducit chirographum & confeſſionem Rei, quæ contra ſcribentem inducit præſumptionem, quæ initio quidem & ante lapſum legitimi temporis, levior aliquanto eſt, itaque objecta exceptione, numerationem actor cogitur probare, ſed autoritate juris & aſſiſtentia legis hæc præſumptio decurſu biennii firmatur, & confeſſioni creditur, ita ut amplius exceptioni non ſit locus. Et ex hac præſumptione acceptæ pecuniæ; & hoc poteſt eſſe pro quarto argumento ſententiæ meæ) condemnari debitorem apertiſſime probatur ex *ſ. hujus t.* ubi Juſtinian. ait, ſe coarctaſſe tempora exceptionis, ne fortaſſe creditores pecuniis ſuis defraudentur, dum nimirum improbi debitores, poſt acceptam vere pecuniam, tamen creditores flagitant probationem pecuniæ: & iſtud vero ineptiſſime diceretur, ſiquidem fundamentum obligationis in ſcriptum eſſet. Et ut igitur tandem hanc concludamus diſputationem, dico hanc obligationē eſſe ex præſumpto mutuo, reſpectu hoc, quod debitor negando, rem dubiam facit: ceteroquin dum intentionem actoris conſideramus, ex vero mutuo eſt obligatio & actio. Itaque etiam hic, dabitur condictio certi, tamquam ex mutuo per *l. 5 C h. t.* ubi dicitur, peti quaſi creditam † pecuniam. Et ita rurſus ruunt Dd. diſputationes, quæ nam hic actio, an ex lege condictio & ex qua, an actio in factum comperat: Itemque hinc quoque coarguuntur ineptiæ Dd. qui intricatiſſime diſputant, qua- a

1 an nam naſcatur & ſit hæc obligatio; an natura-
lis & civilis, an civilis tantum; & an ſemper ſit civilis ſola, an ſaltem poſt biennium ſuperveniat naturalis obligatio, quam quidem initio quoque intervenire cenſent, & meras nugas agunt, ut videre eſt ex *Angelo & Fabro hic & Dd. in d. l. in cōtractibus 14. C. de non num pecun.* Nempe, ut attigimus *ad §. 1. tit. prac.* eſt quædam mixta obligatio civilis & naturalis, non revera, ſed præſumptive, cujuſmodi eſt & iſta, propter debitoris confeſſionem. Oſtenduntur iſta, hos quoq; errare, qui poſt biennium cōtendunt naſci obligationem ex literis. Nam uti ante probavimus, & poſt biennium oportet creditorem agere ex numeratione; & quod veriſſime ſcribit *Conn. d. lib. 1 comm. cap. 6. n. 11.* Lapſus biennii non veram & novam affert & facit obligationem, ſed adimit contra probandi facultatem vel potius, adimit objiciendi facultatem, ſcil. cum effectu, quia exceptio inutilis eſt poſt biennium, qua non obſtante ſolvere pecuniam compellitur debitor, & quidem omnimodo, ut eſt *in d. l. ſi intra 8. C. de non num pecun.* & ut poſtea nullo modo introduci poſſit querela & exceptio pecuniæ non
3 numeratæ *l. in contractibus 14. in prin. C. d. l.* quod † tamen frequentius ita eſt acceptum, ut non poſſit proponi, ea modo ordinatio, ut onus probandi creditor teneatur ſuſcipere: ceteroquin videtur humanitatis eſſe & æquitatis, ut ſi velit debitor probare pecuniam ſibi non fuiſſe numeratam, audiatur: & ſane de hoc extraordinario modo probandi negativam (quę nec videtur poſſe regulariter probari, *argum. l. adſeveratio 10. C. de non num. pec.*) non videntur cogitaſſe Impp. nec eam voluiſſe excluſam, cum faciat hic pro debitor naturalis ratio, & ex ea deducta notiſſima regula, quod nemo debeat locupletior fieri cum alterius damno & injuria: nec quicquam judicum propitiis auribus audire creditorem ſeu potius actorem, omnino urgentem ut Reus condemnetur, etiamſi poſſit probare pecuniam non eſſe numeratam. Atque hæc ad explicationem hujus rei ſufficere poſſunt: varias enim quæſtiones quas de hac exceptione movent Dd. ne nimis late evagemur, remittimus, & ex fundamentis quæ conſtituimus facile omnia explicari poſſunt. Hoc unicum addendum eſt, exceptiones alias regulariter eſſe perpetuas, quoniam in poteſtate rei non eſt excipere cū vult, ſicut in poteſtate alterius eſt agere: hanc autem, *non num. pec.* eſſe temporalem, quoniam nimirum permiſſum eſt ei, qui ſpe numerandæ pecuniæ chirographum emiſit, ut & condicere chirographū per actionem incerti, & conteſtatione non facta numerationis exceptionem perpetuam facere poſſit, juxta *l. ſi intra 8 l. 9. & l. in contractibus 14. §. in omni 4. C. de non num. pec.* Neq; movet, quod cū hac exceptione concurrit exceptio doli *l. 3. C. de non num. pecun.* quæ perpetua eſſe dicitur. Id enim verum eſt in exceptione doli ſpeciali, non in generali, quæ cum aliis exceptionibus concurrens earum naturam imitatur, ut recte *Ioh. Faber hic.*

Quæ olim porro fuerat nominum obligatio, quam hodie in uſu non eſſe *in pr. tit.* ſcribit Juſtinianus hic explicat Hottomannus & nimirum nominibus contractam obligationem dici conſuevíſſe, cum in tabulis, quas ſinguli patresfam. conficere ſolebant, ſcriptum erat aliquem alicui debere, cujus rei veſtigia aliqua ex jure noſtro ibidem colligit. Non tamen fuiſſe hanc propriam & ſpecialem obligationem, ſed ad probationem tantum pertinuiſſe nō dubito, quod nimirum ex quocunque contractu aut obligatione quis aliquid debebat, id procul dubio in tabulas illas referebatur: & communem eſſe puto, quod hic Theoph. de veteri literarum obligatione & per eam facta novatione ſcribit.

AD TITULUM XXIII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE OBLIGATIONIBUS EX *conſenſu.*

TEXTUS.

Conſenſu fiunt obligationes, in emptionibus venditionibus, locationibus, conductionibus, ſocietatibus, mandatis. Ideo autem iſtis modis dicitur conſenſu obligatio contrahi, quia neque ſcriptura neque præſentia omnimodo opus eſt: ut nec dari quidem neceſſe eſt, ut ſubſtantiam obligatio capiat, ſed ſufficit eos, qui gerunt negotia, conſentire. Unde inter abſentes quoq; talia negotia contrahuntur: veluti per epiſtolam vel nuntium. Item in his contractibus alter alteri

alteri obligatur in id, quod alterum alteri præſtare ex bono & æquo oportet: cùm alioquin in obligationibus verborum, alius ſtipuletur, alius promittat.

COMMENTARIUS.

SEquitur tandem quarta & poſtrema ſpecies obligationum ex contractibus, qui conſenſu conſtituuntur, quod ipſe Juſt. ſatis explicat: nam cum ſine conſenſu nullus conſiſtere poſſit contractus *l. 1. § pr. de pact.* hic contractus conſenſu conſtare dicuntur; quod in cæteris præter conſenſum aliquid amplius requiritur, veluti res & verba: ſed in his ad producendam efficacem obligationem ſufficit hoc ſolū, quod ſimpliciter conſenſum eſt. Ex quo infert Juſt. etiam per nuntium & per epiſtolam hos contractus poſſe fieri enimirum per ſimplicem & ſolam epiſtolam & nuntium: cæteroquin & re per nuntium muti poſſunt: quo ſenſu convenire re & per epiſtolam ſive nuntium opponuntur inter ſe *in l. 2. in pr. D. de pactis.* Similis illatio eſt, *in l. 1. §. de contr. empt. l. 2. de ob. & act. l. 1. in pr. Mand. l. 4. de pignorib. l. 4. de fid. inſtrum. l. in quibuscunque. de ob. & act.*

Item in his contractibus.] Alia his verbis notatur proprietas contractuū qui conſenſu conſtat: quod ex his plenior & laxior naſcatur obligatio, in id quod alterum alteri præſtare æquum eſt, licet verbis non ſit expreſſum: ſed in obligatione verborum, aliis ſtipuletur, alias promittat: id eſt, quod hic naſcatur obligatio ſtrictior, nec ultra verba ſtipulationis *l. quidquid. 99 de V. O.*

Nam in ſtipulatione uterque neceſſario præſens eſt, & uterque loquitur: ut ipſis imputari poſſit, ſi quid non dixerint, quod proinde pro omiſſo habendum eſt. Tum ipſa natura cōtractuum de quibus hoc tit. agitur, ita comparata eſt, ut omnia quæ præſtari æquū eſt, nominatim exprimi non poſſint, cum quædam etiam non raro poſt emergant, quæ officium judicis & viri boni deſiderant. Denique itaq; ſtipulatio jure civili formata eſt, ut ejus eſſentia conſiſtat in ſolemnitate quadam verborum: extra quæ quidquid eſt, neceſſe eſt, ut extra contractum ſit idem. Iſti autem ſunt contractus juris gentium, nec ita determinatam, ſed laxiorem habent naturam.

Iſta tamen proprietas non videtur propria eſſe contractuum qui conſenſu conſtant, ſed communis omnibus bonæ fidei contractibus, per *§. in bonæ 30. infr. de action.* eaq; oppoſitio contractuum, & porro actionem bonæ fidei, ad ſtipulationem & imo omnes ſtricti juris actiones & contractus, eleganter probatur ex textibus *in l. quia 7. de negot. geſt. Lucius 24. de poſſ. l. 6. §. 1. de contr. empt.* & ad explicandum hunc locum, & oppoſitionem Juſtinianeam facit maxime, quod illis textibus docetur in bonæ fidei judiciis venire etiam quæ non ſunt dicta, & tantum in iis operari officium judicis ex bono & æquo, quantum in ſtipulatione nominatim facta expreſſio. Et cum Juſtinian. tantum in altero quoque membro oppoſito faciat ſtipulationis mentionem, non intelligitur voluiſſe in priori omnino excludere cæteros bonæ fidei cōtractus. Sed nimirum ſicut in ſtipulatione maxime iſtud verum eſt, cum alii contractus etiam ſtricti juris aliquam admittant ex natura ſua interpretationem, ut docet *l. 3. de reb. credit.* ita quoq; in contractibus conſenſu conſtantibus, præcipue & maxime locum habet, ut veniant etiam quæ non ſunt expreſſa: cum ipſa rei traditio quæ cæteros conſtituit, eos quodāmodo anguſtiores faciat; itaque recte hæc qualitas per excellentiam tribuitur contractibus his, qui ſolo conſenſu perficiantur: quibus hac conſideratione etiam recte eam hoc loco tribuit Juſtinianus. Theoph. tamen hunc locum ita accepit, ut in his contractibus alter alteri obligetur utrimque, ſed in ſtipulatione unus tantum obligetur, & alter habeat eum obligatum, nimirum alter ſtipulatur, alter promittit, qui obligatur ſolus.

AD TITULUM XXIV. LIBRI TERTII INſtitutionum, *DE EMPTIONE ET VENditione.*

TEXTUS.

Emptio & venditio contrahitur, ſimul atque de precio convenerit: quamvis nondum precium numeratum ſit, ac ne arra quidem data fuerit: nā quod arræ nomine datur, argumentum eſt emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditioni-

bus, quæ ſine ſcriptura conſiſtunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujuſmodi emptionibus & venditionibus eſt innovatum: in iis autem quæ conficiuntur ſcriptura, non aliter perfectam venditionem & emptionem eſſe conſtituimus, niſi & inſtrumenta emptionis conſcripta fuerint, vel contrahentium manu propria: vel ab alio quidem ſcripta à contrahentibus autem ſubſcripta: & ſi fiunt per tabellionem, niſi & completiones acceperint, & fuerint partibus abſoluta. Donec enim aliquid deeſt ex his, & pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, niſi arrarum nomine jam fuerit datum aliquid: hoc enim ſubſecuto, ſive in ſcriptis ſive ſine ſcriptis venditio celebrata eſt, is qui recuſat adimplere contractum, ſiquidem eſt emptor, perdit quod dedit: ſi vero venditor, duplum reſtituere compellitur, licet ſuper arris nihil expreſſum ſit.

Commentarius.

1 *An à perfecto contractu cum damno arrarum liceat recedere.*

Emptio eſt contractus de re pro certo precio alteri tradenda: quæ perfecta eſt hujus contractus definitio. Dico *tradenda*, quoniam ut *in pr. tit.* docet Juſtin. & apparet ex *tit. præced.* non opus eſt traditione rei, ad perficiendum contractum, ſed contractus eſt perfectus, ubi primum convenit de re & pretio. Itaque in his contractibus qui conſenſu perficiuntur & conſtant, diſtant perfectio & implementum contractus, quod implementum eſt in traditione rei & pretii numeratione, qui extremus ſcopus eſt contrahentium. Et tractavit primo loco de emptione, tanquam contractu frequentiori & nobiliori: poſt de reliquis tribus, quos ſimul enumeravit, *tit. præced. poſt ICtum in l. 2. de O. & A.* quia propoſitum fuit Juſtiniano tantum agere de obligationibus civilibus, & efficacibus; adeoque fruſtra *tit. præced.* opponit Faber, quod pacta nuda conſenſu perficiantur: cum hæc præſertim ſint ſine certo nomine & numero. Donationis pactum ſane & pignoris & conſtituti poſſint alias recte ad hanc claſſem referre: ſed utique contractus non ſunt, de quibus ſolis agere voluit Juſtin. ut apparet *ſup. in tit. de obligat.* plane autem obligationum materiam tractare ipſi propoſitum non fuit. Sed videamus porro de emptione.

Habet illa naturam vel eſſentialem & communem ex jure gentium, ut perficiatur nudo & ſimplici conſenſu vel adventitiam & accidentalem ex conventione & voluntate partium, ut ſcilicet perficiatur in ſcriptis, quam ut maxime conſenſum ſit, negat eſſe perfectam, niſi inſtrumentum deſuper confectum ſit, cujus formam ſatis accurate & perſpicue deſcribit hic & *in l. contractus 17. C. de fid. inſtrum.* Antequam id factum ſit, impune quippe à necdum perfecto contractu, alteruter, invito etiam altero diſcedere & voluntatem mutare poteſt, ita ſcilicet ut ad implendum contractum urgeri non poſſit. Quod ſi enim arræ datæ ſint, licebit & tunc quoque diſcedere à contractu, ſed cum damno arrarum: ita ut emptor, cujus regulariter eſt, dare arram, eã perdat, venditor duplicatã reſtituat. Et expreſſe ait Juſtinian. donec aliquid deeſt, ex his nimirum quæ ad perficiendam emptionem requiruntur, locum eſſe pœnitentiæ, ut liceat recedere à contractu necdum perfecto, cum damno nimirum arrarum, ſi quæ fuerint datæ. Et itaque falſa † 1
eſt opinio quorundam interpretum, qui putant etiam à perfecto contractu cum damno arrarum licere recedere, objiciunt tamen autores illius ſententiæ, ex quorum numero ſunt *Salic. & Sich. in l. contractus 17. C. de fid. inſtrum.* quod per dationem arrarum tacite id actum videatur, ut liceat cum damno arrarum diſcedere è contractu, ſed reſpondebo, non noſtrum eſſe inducere facile tacita pacta ſine lege. Quin imo mens & intentio contrahentiũ hæc eſſe videtur, ut per arras magis aſtringant contractus, nec adeo contra eorum mentem arræ datio explicanda eſt, ut contractus fiat infirmior, & ab eo perfecto liceat diſcedere idque omnino mihi perſpicuum videtur, ubi necdum perfecto contractu arræ datæ fuerunt: quod ideo emptor feciſſe videtur, ut venditor metu reddendi duplicatas induceretur ad perficiendum contractum: qua etiã mente vice verſa venditor eas accepiſſe videtur. Et perfecto igitur poſt contractu arræ finem ſuum

ſunt

ſunt adſecutæ, nec aliud ſupereſt, quam ut aut pretio imputentur, aut ſi in corpore & ſpecie conſiſtant, emptori reſtituantur, juxta *l. ex empto* 11. *§. is qui* 6. *de action. empt.* nec adeo operari amplius poſſunt, ut à perfecto contractu liceat reſilire. At vero ubi perfecto contractu arræ datæ ſunt, cum jam efficaciter ad implendum actio nata eſt, non videtur ullus effectus aut finis eſſe arrarum, quam ut initio altero liceat à contractu cum earum damno abire. Attamen & hic communius Interpp. arbitrantur, hunc eſſe effectum, ut alter habeat electionem, ſi alter implere nolit contractum, vel ex contractu ad implendum agere vel perſequi arrarum commodum quod forte malit, quam ut contractus effectum ſortiatur: cum etiam poſſint ea gratia videri arræ datæ, ut neuter gravetur onere probandi ejus quod intereſt in cujus locum emptor arras ſubrogatas eſſe voluerit. Qui autem utique hoc caſu negant alterum adſtringi invitum poſſe ad implendum contractum, hoc fere argumento præcipue uti ſolent, quod Juſt. *in fin. hujus text.* ait, altero inviro poſſe baſiri, ſive in ſcriptis ſive ſine ſcriptis, emptio celebrata ſit, nam & celebratam eſſe emptionem perfectum videatur arguere contractum; & cum ſine ſcriptis contractus, non niſi nudum conſenſum requirat, non videtur hic niſi perfecto contractu novæ dationi locus eſſe. Accedit quod *in d. fin. pr.* Juſtinian. ait eum amittere arras, qui recuſat adimplere contractum, ex quo contractum perfectum eſſe arguitur, ſed enim reſponderi recte puto, & I. Juſtinianum paulo pinguius loqui, & emptionem celebratam intelligere emptionem quæ adhuc eſt in fieri & ſuper qua tractatur: idque inde confirmatur, quod principaliter tractat de emptione in ſcriptis tractanda & perficienda, circa quam etiam nominatim ponit aliquid deeſſe & igitur revera contractus perfectus dici non poteſt: cum diſerte ſcribat *in l.* 17. *C. de fid. inſtrum.* necdum perfecto inſtrumento ad emptionem contractum & ad tradendam rem aut jure eſſe agi non poſſe. Et ex *d. l.* 17. hic quoque locus recipit declarationem & nimirum ex verbis *d. l.* 17. *ſuper facienda emptione.* item *non procedente contractu.* item *qui vendere pollicitus eſt*, quæ omnia imperfectum contractum deſignant. Ita quoque ad eundem modum abutitur verbo *adimplere*, quod & per ſe eſt ambiguum, & nimirum ubi cum perfecto contractu confertur ſignificat traditionem & numerationem precii: ubi autem cum imperfecto, contractus ſimplicem perfectionem deſignat. Secundum hæc eum omnino cō. tractum imperfectum intelligat Juſtin. qui in ſcriptis perficiendus eſt, ob id quod de contractu ſine ſcriptis traditur hoc loco in f. de imperfecto contractu accipiendum eſt. Neque verum eſt, quod ubi ſine ſcriptis contrahitur, contractus non poſſit eſſe imperfectus, neque n. ſuper pretio ſtatim conveniunt, ſed aliquantiſper & de pretio & forte quoque de rei acceſſionibus & finibus tractatur, ita ut interim antequam abſolvatur tractatus, arræ intervenire poſſint. Et vero inconcinna ſit comparatio contractus ſine ſcriptis perfecti cum contractu in ſcriptis adhuc imperfecto & perficiendo: & qui alias contractus, in ſimplici natura ſua eſſet perfectus, is ubi placuit in ſcriptis contrahi, etiamnum imperfectus eſt. Denique & iſtud movere poſſit fortaſſis, quod Juſtin. h. textu *in prin.* ait, arras datas, eſſe argumentum venditionis contractæ: ex quo, perfecto contractu arram tantum dari inferre quis poſſit, ſed enim cum hoc ipſo textu & *in d. l.* 17. *C. de fid. inſtr.* apertiſſime ſcribat Juſtin. arras contractu adhuc imperfecto dari, & ubi aliquid adhuc deeſt, non poteſt interpretatio iſta admitti, ſed dicendum eſt, aut quod & ibi venditio contracta improprie dicatur: aut potius quod Juſtinianus ibi reſpiciat veterem arræ dandi rationem quæ ſane poſt contractum perfectum dari ſolebat. ita *in d. l.* 11. *§. 6. de act. & empt.* qui vina emit, arræ nomine quid dedit, & aperte Cajus *in l. quod ſæpe* 35 *in pr. de contrah. empt.* arram dari ſolitam, ut evidentius probari poſſit, conveniſſe de precio. Et locus ille optime explicat hunc textum, ſcilicet ait Juſtin. perfectam eſſe emptionem, licet necdum arra data ſit; ubi ratio dubitandi nulla videri poſſit, cum utique arra ad eſſentiam contractus non pertineat, ſed nimirum eadem ratione IC. quod, inquit, arræ nomine datur, non eo pertinet, quaſi ſine arra non proficiat conventio, ſed ut evidentius probetur conveniſſe de precio. Qui locus arguit imo probat evidenter, arras non habere hunc effectum, ut liceat altero inviro abire à contractu, cum plane alium earum ſcopum proponat IC. & cum ſæpe arras datas ſcribat, minime hoc ſolicitor agere contrahentes, veroſimile eſt, ut invalidum facerent contractum. Neque vero hic quidquam Juſtinianus immutaſſe deprehenditur, & veriſſime Faber hic, ait, per conſtitutionem Juſtiniani. impoſt hanc pœnam, quando contractus eſt imperfectus, & ex ipſa lege eſt pœnitentiæ locus: voluit n. Juſtin. hoc quaſi remedio efficere ut contra-

hentium

Digitized by Google

hentium alterutei metu amittendi arrae non facile recederet à contractu, qui ex ratione juris gentium perfectus, ſed ex conſtitutione adhuc imperfectus eſt.

TEXTUS.

1. Pretium autem conſtitui oportet: nam nulla emtio ſine pretio eſſe poteſt. Sed & certum precium eſſe debet, alioquin ſi inter aliquos ita conveniret, ut quanti rem Titius æſtimaverit, tanti ſit empta: inter veteres ſatis abundeque hoc dubitabatur, conſtaretne venditio an non. Sed noſtra deciſio ita hic conſtituit, ut quoties ſic compoſita ſit venditio quanti ille æſtimaverit, ſub hac conditione ſtaret, contractus, ut ſiquidem ille qui eſt nominatus, precium definierit tunc omnino ſecundum ejus æſtimationem. & pretium perſolvatur, & res tradatur, & ad effectum venditio perducatur, emptore quidem actione ex empto, venditore ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus eſt, vel voluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo eſſe venditionem, quaſi nullo precio ſtatuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit, non eſt abſurdum, & in locationibus & in condictionibus trahere.

COMMENTARIUS.

Diximus, emptionem eſſe contractum de re pro certo precio alteri tradenda. Et igitur de eſſentia contractus hujus eſt pretium ut *in prin. hujus tex.* docet Juſtin *& l. empti 9. C. h. t. l. 2. §. 1. & l. pacta 72. in fin. pr. C. eod.* ubi dicitur emptionis ſubſtantia ex precio conſiſtere, quo nimirum æſtimata eſt res, de qua in perpetuum in alium transferenda agitur: quoniam cum donare utique nolit venditor, oportet ut quid aliud pro re accipiat, quod accidit permutando aut vendendo. Hic pretium requiritur quod quale eſſe debeat, tum porro *hic §. cum ſeq.* oſtendit. Ait enim Juſtinianus, pretium debere eſſe certum, ceteroquin imperfectum eſt negotium *l. quod ſæpe 35. h. t.* Certum autem dicitur aliquid vel ſimpliciter verbis expreſſa quantitate, vel per relationem, veluti quanti emiſti, quantum pretii in arca habeo, *l. 7. §. 1. junct. l. ſi quis 37. h. t.* Hinc quæſitum fuit an valeat venditio; ut ſi res empta res quanti Titius æſtimaverit: quomodo per relationem pretium, videatur definitum (quod ſi enim ita conventum ſit quanti res æſtimabitur inter omnes conſtat nihil penitus actum.) Sed cum requiratur ſequens factum & declaratio Titii, non poteſt contractus purus & perfectus eſſe. Itaque cōſtituit Juſtinian. *in l. ult. C. h. t.* ad quam hic ſe refert, ut emptio quaſi videatur ſub conditione contracta, ſi Titius æſtimaverit. Quid igitur, ſi non æſtimaverit? Et Juſtin. ait, pro nihilo eſſe venditionem, & non recurri ad arbitrium boni viri *d. l. ult. h. t.* quoniam partes nominatim elegerunt arbitrium certæ perſonæ: quod & ita in ſocietate juris eſt *l. ſi coita 75 pro ſocio* & generaliter reſponſum eſt, non recedendum eſſe à perſona ejus cujus arbitrium eſt inſertum *l. ſi quis 43. de V. O.* Neque obſtat *l. hac 7. in pr. h. t.* quoniam ut recte Faber hic, ſi arbitrium ſuper aliquo accidentali, (nam ſuper eſſentiali non poteſt,) in alterutrius contrahentium perſonam ſit collatum, ſubintelligimus arbitrium viri boni, ut ſuſtineatur actus qui alias tamquam collatus in arbitrium contrahentis unius, eſſet futurus nullus, & cum per partem ſtet, quo minus arbitretur actus non debet deficere, ſed magis haberi pro impleto, & ratio ſuadet idem admitti, ubi contractu perfecto, accidentale aliquid in perſonam & arbitrium tertii collatum eſt, ut poſt Barr. notat *Ang. hic num. 3.* & probatur *l. ſi in lege 24. in pr. locati:* alias enim cūres non amplius integra ſit, injuria alteri inferretur, ſed ita in contractibus procedit, quod hic dicitur ubi imputari poteſt contrahentium. Quod ſi quis legaverit Titio ſervum, quem v. c. Sejus elegerit, licet hoc non eligente, non petit legatum *l. 3. § 1. Cod. comm. de legat.* ſed dotis promiſſio ſpeciale quid habet, quia verſatur intereſſe mulieris juxta *l. cum poſt 69 §. 4. de jur. dot.* Quid porro ſi ille tertius & v. c. Titius, cujus arbitrium partes elegerunt, arbitratus ſit, ſed iniquè, & nimis magno parvo precio rem æſtimaverit? Et eſt conſentiens opinio omnium, hic eſſe locum arbitrio boni viri, pro reductione inæqualitatis & iniquitatis: & quidem ut ego accipio, non per ſpeciale aliquod remedium reſtitutorium, ſed per officium judicis quod ſubſervit actioni bonæ fidei exemplo ſocietatis, cujus ſi partes iniquas ſtatuerit tertius, ea iniquitas corrigitur,

gitur, per judicem inſtituta actione pro ſocio *l. in propoſito* 78. *cum l. ſeq. pro ſoc.* Ita ad eundem modum ſi nimis magno definito pretio, venditor ad illud agit, objecta peremptorem iniquitate ex officio judex propter clauſulam *ex bona fide* moderationem adhibebit. Ita Dd. communiſſime hic & *in l. ult. C. h. t.* quæ ſententia cum omnino æquitati & juſtitiæ ſit conſentanea, conſequenter cum mica ſalis erit & etiam iterato accipiendum, quod hic ait Juſtin. omnimodo ſecundum æſtimationem dictam à Titio pretium perſolvendum eſſe: ut ſcil. non excludatur judicis officium pro corrigenda inæqualitate: & etiam ea quæ non excedit dimidiam juſti precii, pro hac enim corrigenda ſpeciale remedium eſt *in l. 2. C. de reſc. vend.* hic. autem officio judicis locus eſt, re adhuc integra, ubi ex emptio aut venditio ad implendum contractum agitur. Quod ſi enim juxta æſtimationẽ, res tradita & precium ſolutum fuerit huic emendationi iniquitatis per officiũ judicis non erit locus: ſed tunc neceſſario recurrendum erit ad remedium *d. l. 2. C. de reſc. vend.* cui conſtat non eſſe locum, niſi ubi ultra dimidium alterutèr læſus eſt.

Quod jus cum.] Ait Juſtin. hoc idem obtinere in locationibus debere. Atquin jam diu ante Juſtinianum id obtinuiſſe & à Cajo ſcriptũ movet Hot. hic, *in l ſi merces 25. in pr. locati.* ſed obtuſæ naris hic videtur fuiſſe Hottom. dum non animadvertit *d. l. 25. loc.* interpolatam à Triboniano, quod & ſtilus & eadem pene verba, quibus hic utitur & *in d. l. ult. C. de r.* ſatis oſtendunt.

TEXTUS.

2. Item precium in numerata pecunia conſiſtere debet. Nam in ceteris rebus an pretium eſſe poſſet valde quærebatur: veluti an homo, aut fundus aut toga alterius rei pretium eſſe poſſet. Et Sabinus & Caſſius etiam in alia re putabant precium poſſe conſiſtere, unde eſt illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque ſpeciem emptionis & venditionis vetuſtiſſimam eſſe, utebantur que argumento Græco poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum ſibi vinum cõparaſſe ait, quibuſdam rebus permutatis, his verbis.

> Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο παρέστασαν οἶνον ἄγουσαι.
> Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
> Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
> Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσιν,
> Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Diverſæ ſcholæ autores contra ſentiebant, aliudque eſſe exiſtimabant permutationem rerum aliud emptionem & venditionem: alioquin non poſſe rem expediri, reb. permutatis quæ videatur res veniſſe, & quæ precii nomine data eſſe: nam utramque videri & veniſſe, & precii nomine datam eſſe, rationem non pati, ſed Proculi ſententia, dicentis, permutationem propriam eſſe ſpeciem contractus, à venditione ſeparatam, merito prævaluit, cum & ipſe aliis Homericis verſibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur: quod & anteriores Divi principes admiſerunt, & in noſtris Digeſtis latis ſignificatur.

COMMENTARIUS.

Diximus *in §. præced.* de una qualitate precii, ut ſit certum. Altera eſt, ut conſiſtat in pecunia numerata, juxta veriorem & receptam Proculi ſententiam, quæ permutationem à venditione diſtinguit. permutatio nimirum antiquiſſima fuit ratio commutandi neceſſaria, dum res rebus quibus ſinguli hinc inde indigebant, mutabantur, ſed habuit & hoc incommodi, quod ut eleganter diſſerit ICtus *in l. 1. h. t.* non ſemper eveniebat, ut utrimque in rebus, quæ penes in alterutrum erat indigentia proportionata occurreret: ut proinde neceſſum fuerit per aliam materiam, & alia ratione difficultatibus permutationum occurrere: & hoc nimirum per nummum, quo omnes res æſtimarentur, & pro quo quiſque res neceſſarias ſibi comparare poſſet, cum non poſſit inutilis eſſe accipienti, ſed hic quandocunque aliam rem ſibi neceſſariam, eo ſibi comparare poſſit: quod eleganter expreſſit *Ariſtot.* 5. *Ethic.* 8. ubi ita ſcribit: ὑπὲρ τῆς μελλούσης ἀλλαγῆς, εἰ νῦν μηδὲν δεῖται, ὅτι ἔσται ἐὰν δεηθῇ, τὸ

νόμισμα … ἐγγυητής ἐστιν ἡμῖν. ſignificans nimitum quod nūmus quaſi ſit quidam ſponſor, per quem ſi forte qua re olim indiguerimus, eam conſequi poſſimus: licet jam non egeamus. Ubi etiam docet, duplicem eſſe nummi uſum 1. cum non eſt utrimque quo alteruter æque egeat: 2. cum eſt quidem, ſed non æqualis valoris, quam inæqualitatem nummus exæquat. Et hoc quidem caſu, ubi res & pecunia intervenit qualis ſit contractus, alterius tractationis eſt, ut tamen fere placuerit, ab eo quod excedit, æſtimari an ſit venditio an permutatio. Frequentius autem ſola pecunia numerata intervenit, & datur pro re, quam conventionem poſt incommoditatis permutationem, in quibus utrimque res dabantur, inventum rectiſſime à permutationis contractu Proculus disjunxit, quem ceteri ICti communius ſunt ſecuti, pro qua ſententia *h.§.verſ.diverſa.* tale argumentum proponitur. In quo contractu diſtincta invicem debent eſſe precium & res, in eo non poteſt res pro re intervenire, ſed alio quodam, & nimirum pecunia numerata opus eſt. Atqui in emptione venditione iſta debent eſſe diſtincta. Ergo, &c. Majoris ratio proponitur *in verſ.alioquin.* quoniam ubi res pro re datur, veluti equus pro ſervo, nihil poteſt dici, cur equus vel ſervus potius pretium quam merx aut vice verſa dici debeant. Et jejuna plane eſt conjectura Hottomanni, qui hanc à Sabino inter permutationem & venditionem, ubi res pro re data fuiſſet, differentiam ſtatuiam fuiſſe putat, ut tunc eſſet permutatio cum utriuſque ſimilis eſt animus volentis rem ſuam in aliam transferre, emptio autem, cum alter quidem cupit rem alienare ſuam, ſed alter rem quam retinere mallet, coactus eam dat pro re qua eget, ut Græci dum vinum ex Lemno adjectum ſibi comparant pro rebus, quas alias retinere maluiſſent. Jejuna penitus eſt iſta conjectura, & purum hoc accidens non poteſt variare contractum. Aſſumptionis in ſuperiori argumento ratio eſt, quod emptio & permutatio cum habeant diverſa nomina, debent etiam reipſa inter ſe diſtincti eſſe contractus, ut in illa diſtincta ſint res & precium, in hac non ſint diſtincta, juxta *l.1. de rerr. permut.* ubi ICtus ait, in permutatione diſcerni non poſſe quid ſit pretium, quid res, quis dicatur emptor vel venditor, cum utriuſque contrahentium una eademque ſit ratio: & adeo hic eſt permutatio: in eo vero contractu ubi diverſa debent eſſe res & precium, non poteſt admitti ut utrumque & precii & rei loco ſit, ut diſputabat Proculus. Quæ nimirum ſunt rationes validiores, quarum meminit in f. hujus textus Juſtinian. quibus ceteri ICti aſſenſi fuerunt, cum & aliis viciſſim verſibus Homericis pro adſtruenda ſua opinione Proculus uteretur: quos *Alciat. putat 2. prætermiſſ.* eſſe illos quibus 6. Iliad. refert Homerus permutationem armorum inter Glaucum & Diomedem, ubi utitur verbo ἀμείβειν, quod permutationem ſignificat: quos & citat in hanc ſententiam Paulus in *l.1.h.t. & Theoph. hic.* Sed in neutram partem magni momenti videtur eſſe autoritas Poetæ, qui ſæpe metro inſervire neceſſe habet: ut proinde nec curandum ſit quod Homerus idem lib. 1. Odyſſ. ſcribit

—— *πρὸς τὰ … εἴσοισιν.*

quem locum idem Paulus citat in *d.l.1.h.t.*

TEXTUS.

3. Cum autem emptio & venditio ſit contracta (quod effici diximus, ſimul atque convenerit de precio cum ſine ſcriptura res agitur) periculum rei venditæ ad emptorem ſtatim pertinet, tametſi adhuc emptori ea res tradita non ſit. Itaque ſi homo ſit mortuus, vel aliqua parte corporis læſus fuerit, aut ædes totæ vel aliqua ex parte conſumptæ incendio fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus ſit, ſive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior eſſe ceperit, emptoris damnum eſt: cui neceſſe eſt, licet rem non fuerit nactus, precium ſoluere. Quidquid enim ſine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor ſecurus eſt. Sed &, ſi poſt emptionem fundo aliquid acceſſerit per alluvionem, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus eſſe debet, cujus periculum eſt. Quod ſi fugerit homo qui veniit, aut ſubreptus fuerit, ita ut neque culpa neque dolus venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an ejus cuſtodiam uſq; ad traditionem ſuſceperit venditor. Sane enim ſi ſuſceperit, ad ipſius peri-

jus periculum pertinet is caſus: ſi non ſuſceperit, ſecutus eſt. Idem & in ceteris animalibus ceteriſque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia ſane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipſe eſt dominus. Idem etiam eſt de furti & de damni injuriæ actione.

Commentarius.

1 *Res vendita licet, nec tradita perit emptori.*
2 *Quid ſi extet, ſed ex poteſtate venditoris exierit.*

Emptione perfecta, nudo etiam conſenſu, ſive in ſcriptis ſive ſine ſcriptis celebrata ſit juxta *pr. hujus tit.* licet necdum ſecuta traditione, & commodum quod accedit *h. §. verſ. ſed etſi* & incommodum ſi quid decedat, ad emptorem pertinet, imo etiam periculum ſi res plane perierit: quod utrumque perſpicue ſatis, propoſitis exemplis hoc §. declaratur, & amplius aliis pluribus textibus confirmatur *l. quod ſæpe 35. ſi res 4. h. t. l. cum emptor 5. §. ult. de reſc. l. vend. id quod 7. & l. neceſſario 8. in princip. de peric. & comm. rei vend. leg. 1. 4. 5. 6. Cod. eod. l. ſi ſolutam. 39. inf. de ſolution. l. is qui 11. §. plane 9. Quod vi aut clam. l. quod ſi is de jur. dot.* Et confirmatur hac invicta ratione.

Qui tantum dolum & culpam præſtat in re, is de periculo non tenetur & caſu fortuito. Atqui venditor poſt perfectam venditionem tantum dolum & culpam præſtat *leg. quod ſæpe 35. §. ſi res 4. h. tit. leg. 5. §. 2. commod. l. contractus 23. de reg. jur. & l. 3. & paſſ. de peric. & comm. rei vend. ultim. Cod. eod.* ut mirandum ſit, contrariam ſententiam, quæ tot textibus juris & manifeſtæ rationi juris repugnat, placere potuiſſe *Cujacio in leg. ſi fundus 33. Locati tract. 8. ad Afric.* ſed objicitur pro Cujacio primo *d. l. 33. locat.* ſecundo quod venditor etiam poſt perfectam venditionem rem alteri tradere eumque dominum efficere poteſt *leg. quoties 15. Cod. de rei vindicat.* tertio quod juxta vulgatam regulam res perit domino, venditor autem adhuc dominus eſt *h. §. inf.* quarto textus in *leg. Lectos 12. & leg. quod ſi 14. § 1. de peric. & comm.* quibus locis videtur requiri ut res tradita ſit, ut periculo emptoris pereat. Reſpondeo ad primum, ibi rem non periiſſe ſed adhuc exſtare: quo caſu ita jus eſt, ut juxta hunc §. *in fin.* venditor ſuas actiones cedere teneatur: quas ſi non habet aut ineſſicaces ſua culpa habet, hoc ipſo nomine damnandus eſt *leg. quod 35. § ſi res 4. in f. h. titul.* utique ut precium ſaltem reſtituat *d. leg. 33.* Recte autem ſtatuunt Dd. culpa ibi venditoris fundum publicatum fuiſſe; & ut maxime injuria judicis id accidiſſe dicas, tamen pro judicis ſententia in dubio præſumitur: & injuria illa potius penes venditorem contra quem ſententia dicta eſt, reſidere debet. Quoniam autem culpa ea de qua in *d. leg. 33.* venditoris nempe delictum, non directo tendit ad impediendam traditionem, non ad omne intereſſe agitur, ſed precium reſtitui ſufficit, quamvis poſt gl. *Angel. hic* ſtatuat ſi culpa venditoris cauſam dederit, ad omne intereſſe eum teneri. Ad 2. id fieri propter poteſtatem & vim traditionis, quæ ab adhuc domino facta ſimplici obligatione potentior eſt: & habet emptor remedia, quibus fidem ruptam ulciſcatur. Ad tertium quod emptor perfecta emptione ſtatim auferre & avocare rem poſſit: & ſi perierit adeo interim res, eam quaſi moram emptori nocere debere: & quod regula illa quod domino res pereat, ad eos pertineat, à quibus res per remedia juris avocari non poſſit: tum etiam quod ibi dominus opponatur his qui nudam cuſtodiam aut uſum rei habent: quod ſecus eſt in emptore, cui res perit ut creditori, & venditor non tamquam dominus ſed tamquam debitor interitu rei liberatur: quomodo ita ſi res promiſſa pereat, debitor liberatur *leg. ſi ex legati 23. & paſſim de verb. obligat.* Porro in *leg. 12. de peric. & com. rei vend.* lecti venditi culpa venditoris in loco publico poſiti, & ab ædile conciſi fuerunt. In *leg. 14. eod tit.* materia in genere vendita eſt, quo caſu, ſicut & cum res fungibiles venditæ ſunt, non ſtatim periculum eſt emptoris, ſed poſtquam admenſio facta eſt, ante quam perfecta nec emptio cenſetur *leg. 1 §. 1. & paſſ. de pericul. & comm.*

Et igitur, ut concludamus, periculum & damnum eſt emptoris, ſive res deterior ſit facta, ſive perierit: & rurſus ſive perierit tota ſive pro parte: & amplius ſive perierit, ſive ex poteſtate venditoris exierit, ut tradi non poſſit, velut ſi ſervus venditus vel aliud animal, vel quæcunque res, fugerit, ſubrepta aut amiſſa ſit. De qua re † tractatur *h.* 2
§. in verſ. Quod ſi fugerit. Diſtinctio ſumma eſt, quæ etiam in caſu præced. rei corruptæ aut conſumptæ locum habet, an culpa venditoris tale quid acciderit, an ſine ejus culpa. Illo caſu eſt damnum venditoris: nec intereſt an ſit culpa quam ex

Digitized by Google

natura contractus præſtat, an ex ſpeciali pacto (poteſt enim per pactum obligatio & præſtatio alterius contrahentium gravior & ſtrictior fieri, ut notavimus ad §. *Item is 2. ſup. quibus mod. re contr. obligat.*) quod intelligit Juſtinian. hic, dum ait, ſi neque dolus neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum eſſe, an cuſtodiam rei uſque ad traditionem venditor ſuſceperit nec ne: cuſtodiam nempe ſpecialem & in ſpecie ſumptam, quæ ut ſup. ad *d. §. 2.* notavimus, ſignificat exactiſſimam diligentiam; ceteroquin ad cuſtodiam in genere ſumptam etiam citra pactum ſpeciale venditor tenetur *lege quod ſæpe 35. §. ſi res 4. h. t.* & talem nimirũ qualem bonus paterfam. rebus ſuis adhibet *d. §. 4.* Cui non obſtat *l. 2. in f. & l. 3. de peric. & comm.* quoniam ibi tractatur de rebus fungibilibus venditis, in quibus nudus conſenſus non omnino perficit venditionem *l. 1. §. eod. tit.* Quod ſi citra culpam ſive juxta naturam contractus ſive ex pacto præſtãdam, tale quid acciderit, ſervus fugerit, res furto ablata, aut corrupta amiſſave ſit, ſecurus eſt venditor *h. §. verſ. ſane enim*, id eſt, actione ex empto ad tradendum, aut ad intereſſe conveniri non poteſt: ſed tenetur actioné ex empto ad illud, quod ſine damno ſuo præſtare poteſt, nimirum ut emptori cedat & in eum transferat, quas habet actiones; quarum quatuor referuntur à Juſtiniano, vindicatio, condictio, actio furti, & damni injuriæ. Rationem reddit, quoniam venditor adhuc dominus ſit, ſiquidem non per contractum, ſed per traditionem ſequentem transfertur dominium. Et an igitur hæ actiones omnes ſoli dantur domino? Idita ſane eſt in vindicatione: quod ſi dominus non fuerit, ſed alias bona fide poſſederit, habet actionem Publicianam: ſed quia hæc contra verum dominum inefficax eſt, emptor repulſus exceptione dominii ex empto aget contra venditorem, perinde ac ſi ipſi poſſidenti res evicta fuiſſet, per *l. 35. §. 4 in f. h. t.* Condictio intelligitur furtiva, quæ datur ſoli domino *l. 1. de condict. furt. l. eum qui 14. § qualis 16. de furt.* & datur contra furem vel ejus heredem, de quo in *§. ult. in f. lib. 4 tit. 1.* quam cedere debet venditor ubi res furto ſubrepta fuit: ſicut & tum (quæ tertia eſt) actionem furti pœnalem, quæ in ſolum furem datur. Ea quidem non tantum domino datur, ſed etiã ei cujus intereſt *§ furti 13. cum ſeqq. infr. de furtis.* Sed hoc nimirum ubi his ipſis res ablata eſt: hic autem ante traditionem non emptori, ſed venditori ſublatam proponimus, qui ſolus adeo habet actionem furti non emptor *d. l. eum qui 14. infr. de furtis.* Quarta demum actio eſt damni injuriæ ex L. Aquilia, ſi quis ſervum aut aliud animal occiderit, aut rem quamcuoque corruperit, quæ iidem regulariter ſoli domino datur, de quo *infra lib. 4. ad L. Aquil.*

TEXTUS.

4. Emptio tam ſub conditione, quam pure contrahi poteſt: ſub conditione, veluti: Si Stichus intra certam diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

COMMENTARIUS.

HÆc generalia, & communia, ſine vitio ſub ſpeciebus contractuum non traduntur. Et ſpecies tamen iſta conditionis quæ hic proponitur, non videtur temere in aliis contractibus occurrere & invenire locum: *Si tibi res placuerit, erit tibi empta centũ aureis*: ubi nimirum & de re precio conventum eſt, & tantum ſub conditione probationis contractus ſuſpenſus, quod non injuria adjectum præcipue intelligitur emptoris cauſa, cujus intereſt explorare prius conditionem rei, antequam omnino conſentiat in contractum. Itaque non confertur hic totus contractus in voluntatem & arbitrium emptoris, quod inutiliter fieri docet *l. in vendentis 13. C. h. t. l. hæc venditio 7. C. eod.* Et proinde additur hoc §. *ſi intra certum tempus*, neque enim perpetuo ita emptio ſuſpendenda, & tam vagum arbitrium explorandi rem emptori permittendum eſt: & ita omnes Interpp. hic ſentiunt.

TEXTUS.

5. Loca ſacra vel religioſa, item publica, (veluti, forum, baſilicam) fruſtra quis ſciens emit. Quæ tamen ſi pro profanis vel privatis, deceptus à venditore quis emerit, habere ei liceat: ut conſequatur, quod ſua intereſt eum deceptum non eſſe. Idem juris eſt ſi hominem liberum quis pro ſervo emerit.

COMMENTARIUS.

1. *An & quatenus verbi cauſa rei ſacræ emtio valeat.*

HOc quoque fere ad locum communem pertinet: quæ enim res extra commercium ſunt, nullius

nullius contractus aut obligationis objectum fieri poſſunt, ut notatum ad §. 2 *ſup. de inutil. ſtipulat.* Neq; enim probo quod Hotom. alia ratione res iſtas vendi poſſe negat, quod ſcilicet ſit contra bonam fidem: alia vero nō poſſe in ſtipulatum deduci, quoniam promiſſor, nō etiam venditor obligetur ad dandum: etenim utique ut liceat habere, emptori venditor præſtare obſtrictus eſt, & ut utique jus uſucapiendi transferat, quod in his rebus, non cadit: eñ & hoc utiq; inter emptorem & venditorem agatur, ut dominium transferatur *l. cum manu* 80 §. *ult. h. t.* Porro res ſacræ, religioſæ, homo liber, conſiderantur aut in ſe & quatales, & nullo modo poſſunt eſſe objectum venditionis. Itaque ſi uterque contrahentium ſciat qualitatem rei, (error enim & craſſa ignorantia juris, non poteſt ſuſtinere contractum) contractus omnimodo eſt nullus, ſicut & tum cum emptor ſcit in quem res eſt transferenda *l 4. & 6 l. ſi in* 34 §. 2 *l. liberi* 70. *h. t.* ſed ſi uterque ignoret vel emptor ſolus ignoret, videtur non omnino inutilis eſſe emptio, imo valere & ex eo actio dari *h* §. *& dd textibus*. Et quidem interim dum res pro profana vel homo liber pro ſervo habetur & tenetur, etiam traditioni locus eſſe poteſt & interim ſpecies quædam emptionis durat: ſed ubi de qualitate rei conſtat, ſane ſi ignoraverit quoque venditor ſaltem tenebitur, ut pretium reſtituat *arg. l. ſi fundus* 33. *Locati. l. ex empto* 11. §. *ult. de act. empt.* ſin ſolus venditor ſciverit, propter dolum amplius ad intereſſe tenetur *h.* § *& d. l.* 4 *h t.* Sed enim cum res per ſe ſit exempta commercio, difficile dictu eſt, quomodo dicatur valere contractus & emptio, ubi modo emptor ignoravit qualitatem rei Ita enim JCtus in *l. 4. h t.* liberi hominis & ſacræ rei emptionem intelligi ſi emantur ab ignorante, & in *d. l liberi* 70. *eod* liberi hominis emptionem contrahi poſſe inter ignorantes cum utique ſcientia vel ignorantia contrahentium non poſſit mutare qualitatem rerum. An hoc eo pertinet, ut dum qualitas ignoraretur, rem petere & tenere poſſit emtor: an potius ei ut ſaltem propter dolum ſuum, venditor ad intereſſe teneatur ut hic tradit Juſtin. Quod ſi enim dolus pro poſſeſſione eſt, id eſt, facit, ut qui poſſidere dolo deſiit, perinde actione in rem poſſit conveniri utiliter, ac ſi adhuc poſſideret: quid ni etiam dolus facere poſſit, ut v. c. venditor ſit obligatus, (qui alias propter qualitatem rei obligatus non eſſet) perinde ac ſi aliam rem quæ in commercio eſt, vendidiſſet, quam propter dolum ſuum tradere non poſſit.

Et proinde ratio decidendi non recte in ſe petitur, quod venditor non dare ſed tantum tradere teneatur, ut ad *pr.* notavi: & probavimus *ſup ad* §. 2. *de inutil. ſtipulat.* etiam ſi quis ſciens hominem liberum aut rem ſacram ignoranti promiſerit, teneri eum de dolo & ea ſaltem differentia eſt, quod in noſtris terminis extra actionem doli ipſa contractus actio ſufficit, quæ ſæpiſſime ad intereſſe competit, quæ ſane differentia ex eo pendet, quod ex ſtipulatu agitur ad dandum. Et huc referri poteſt, quod Baldus tractat in *l. non dubium* §. *C. de LL. col. 7. oppoſit. l.* 8. ex quibuſdam contractibus unam tantum oriri obligationem ad rem ipſam dandam, & in his contractibus omnino nulliter deduci has res: (præterquam quod aliquando actio doli locum habet) ex aliquibus, oriri obligationem duplicem, primitivam ad rem, & ſecundariam ad intereſſe, quod accidit in venditione: cujus contemplatione teneat contractus, modo emptor rem in commercio eſſe exiſtimaverit.

AD TITULUM XXV.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE LOCATIONE ET CONductione.

TEXTUS.

Locatio & conductio proxima eſt emptioni & venditioni, iiſdemq; juris regulis conſiſtit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, ſi de precio convenerit: ſic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, ſi merces conſtituta ſit: & competit locatori quidem, Locati actio: conductori vero conducti.

COMMENTARIUS.

Locatio-conductio eſt contractus de uſu rei vel perſonæ pro certa mercede mutando vel concedendo. Hæc enim princeps eſt differētia inter emptionem & cōductionem, quod ibi de re tota & omni jure, hic tantum de uſu agitur: unde & conſequenter altera naſcitur: quod emptio titulus perpetuus eſſe ſolet, locatio tantum temporalis. Et

Et porro quia locatio tantum uſum reſpicit, ad tempus, fit ut in eam etiam libera perſona & ejus nempe opera & uſus recte deducatur. Etenim locatio continet vel uſum rei vel perſonæ, cum nimirum quis perſonæ operas ad aliquid faciendum conducit. In qua ſpecie locationis illud notandum, quod nomina locatoris & conductoris mutua ſunt, & uterq; contrahentium diverſo reſpectu & locator & conductor videtur. Idem enim qui dicitur opus faciendum locare & eo reſpectu locator eſt, alio reſpectu dicitur & eſt cõductor, quatenus alterius operas conducit, & pro iis dat mercedem. Ad eundem modum qui locat operas, dicitur opus faciendum conduxiſſe. Et hujus exempla, ut dicatur opus faciendum locari & conduci plura extant ſuo hoc tit. Digeſt & , ut ex his quædam adducam, *in l. videamus* 11. § *pen. l. item* 13 § 1 *& 5. l. ſed addes* 19. § *ſi quis* 7. *l. ſi merces* 25 § *pen l. qui inſulam* 30. § 3 *l ſi cui* 48. *l. ea lege* 51. § 1. *l. cum in* 60. § 3. *& l ult h. t.* Nec tamen deſunt textus, quibus qui opus faciendum cõduxiſſe dicitur operas locaſſe perhibetur, ut in *d. l.* 19. § *cũ quidam* 9. *h t.* & operas conduxiſſe *l. 1. in pr. de aſtim. act* & ſimpliciter operarum locatarum fit mentio in *l. 3. de his qui not. inf. l. 1. § 6. de poſtul l. qui operas* 38. *h. t. & in l. item* 22. § 2. *h. t.* idem dicitur conductor operis faciendi, & locator operarum. Qua conſideratione defendi poteſt Cujac. & alias definitio Dd. qua Locatorem dicunt eſſe qui accipit, conductorem qui dat mercedem. Sed jam textum noſtrum aggrediamur. Et toto hoc tit. præcipue id agit Juſtin. ut oſtendat in quibus Locatio & venditio conveniant, quas & iiſdem juris regulis conſiſtere ait poſt JCtum in *l. 2. in pr. h. t.* Et primo conveniunt, quod uterque contractus conſenſu conſtat, in *pr ſup. de oblig. ex conſ.* & ſicut emptio juxta *pr. tit. præc.* ita locatio ſtatim perfecta eſt, ut primum de re ejuſq; uſu & mercede convenit *h. textu & d. l. 2. eod.*

TEXTUS.

1. Et quæ ſupra diximus, ſi alieno arbitrio pretium permiſſum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta eſſe intelligimus, ſi merces alieno arbitrio permiſſa fuerit. Qua de cauſa, ſi fulloni polienda curandave, aut ſarcienda veſtimẽta ſarcinatori quis dederit, nulla ſtatim mercede conſtituta, ſed poſtea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio & conductio contrahi intelligitur, ſed eo nomine actio præſcriptis verbis datur.

COMMENTARIUS.

ET *quæ ſupra diximus.*] Aliud hoc eſt in quo conveniunt emptio & conductio; quod nimirum idem jus obtinet in hac, ſi merces in arbitriũ tertii definiẽda collata ſit, quod in illa obtinere diximus in § 1 *tit. præced* juxta *l. ſi merces* 25. *h. t. & l. ult. C. de contr empt.* & ea itaq; huc repetenda ſunt.

Qua de cauſa.] Aliud in quo hi contractus conveniunt: Et deducitur iſtud ex eo quod in *princ. d. tit.* dictum eſt, oportere ut initio ſtatim certa merces definiatur, ſicut in emptione neceſſe eſt, ut initio ſuper certo pretio conveniatur. Itaque ſi quis alicui veſtimenta det polienda, & hic nec gratis eam operam ſuſcipiat, quo caſu mãdati eſſet actio, de quo in § *ultim infr. mand.*) & nec merces initio ſtatim conſtitueretur, deficiente eſſentiali requiſito locationis res incidit contractum innominatũ, & præſcriptis verbis agendum eſt *h. § in fin. & l. ſi tibi* 22. *de præſcript. verb.* Unde autem dicta ſit actio præſcr. verbis, an, quod nulla certa formula ejus erat, ſed quod eam ipſe actor ex facto concipiebat, & quaſi prætori præſcribebat, qui ſecundum eam actionem dabat, ut Hottoman. hic putat, alterius nec hujus loci quæſtio eſt. Illud autem conſtat, quod deficiente actionis certo & proprio nomine ad actionem generalem & inde terminatam *præſcr. verb.* fuerit recurrendum *l. 1 de æſtim. act. l. 1. 2. & 3. de præſcr. verb.*

TEXTUS.

2. Præterea ſicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus, emptio & venditio cõtraheretur: ita quæri ſolebat de locatione & conductione, ſi forte rem aliquam utendam ſive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam ſive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit non eſſe locationem & conductionem, ſed proprium genus contractus: veluti cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus unũ, placuerit inter eos, ut per denos dies

dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit, neq; locati, neq; conducti, neq; cōmodati competit actio, quia non fuit commodatum gratuitum: verum præſcriptis verbis agendum eſt.

Commentarius.

1 *Merces locationis an ſolum in pecunia numerata.*

Et hoc quoque pertinet ad oſtendendam adfinitatem emptionis & conductionis. Circa illam quærebatur an rebus utrinq; datis eſſet nihilominus venditio: quod negatū fuit §. 2. *tit. præc.* quoniā deficit pretium. Ad eundem modum negat 1 eſſe conductio *l. ſi convenerit 23 in f. comm. divid.* 10. quia merces deficit, ubi invicē rerum uſus hinc inde ad tempus fuit permutatus; ſed nec commodatum ideo eſt, quia uſus non gratuitus, verum mutuus eſt: licet cum omnibus iſtis contractibus hoc negotium habeat affinitatem 2 cum permutatione, quia mutatur invicem uſus, (ſed in permutatione in ſpecie dicta transfertur dominium) cum locatione & commodato, quoniam utendæ res dantur. Sed quoniam nec gratuito id fit, & non fit pro mercede, in aliud innominati contractus genus incidit negotium. & præſcriptis verbis agendum eſt. Ex quo notandum eſt, quatuor illis ſpeciebus ſive articulis qui proponuntur in *l. 5. de præſcr. verb.* Do ut des, do ut facias: facio ut des, facio ut facias, non exhauriri totam naturam & materiam contractuum innominatorum & præſcript. verbis actionis. Accedit quidem iſtud negotium ad articulum facio ut facias: verum hic contractus proprie dicitur, (nam & ceteri quoque ſunt *συνάλλαγμα*,) ubi ego aliquid feci, & ceſſante altero ad intereſſe ago; hic autem etiam ubi utrimq; uſus præſtitus fuit, ſi forte alterius culpa bos perierit, actio competit, ut h. § docetur.

2 Faciunt autem iſtæ tam variæ † comparationes emptionis & conductionis, ut veram exiſtimem Dd. communem ſententiam, quod merces locationis non niſi in pecunia numerata conſiſtere poſſit: quod diſerte & probat *Theoph ad pr h. tit.* contra quoſdam, imo pleroſque Neotericos, qui quamvis rem fungibilem loco mercedis dari & conſtitui poſſe putant. Et me imprimis iſtud movet, quod poſtquam diſceſſeris à pecunia numerata, nulla ratio eſt, cur non etiam in re alia quam fungibili merces poſſit conſiſtere. Et vero quæ ratio efficit, ut pretium emptionis in quavis re fungibili non poſſet conſtitui, eadem effeciſſe videtur, ut ita jus ſtatueretur in conductione. Nec merces differt à precio, niſi quod hoc pro æſtimanda re ipſa in perpetuum, illa pro uſu rei ad tempus æſtimando definitur. Ex quo factum ut alicubi locationis merces, precium appellatum fuerit, pretium nimirum uſus, ut in *l. quod ſi. 28. § Idem 2. l. ex lege 51 §. 1 l. inſulam 58. in pr. h. t l. ſi quis 30. in f. de adq. poſſeſſ. l. ultim in f. ad L. Rhod. de iactu.* Facit, quod pecunia omnes res æſtimantur, non aliis reb. fungibilibus, quin hæ ipſis pecunia æſtimantur 2 & igitur cum in emptione & conductione agitur de æſtimanda re & uſu rei, æqualiter receptum videtur, ut non niſi pecunia numerata intervenire poſſit. Et favent huic ſententiæ aliquot textus juris. Et primo *l. ſi convenerit 23. Comm divid.* ubi cum ut ulterius fructus (qui ſunt res fungibiles) perciperentur, conventum eſſet, negat JCtus eſſe conductionem, quia Nulla merces intervenerit, ſecundo *l. 5. §. 2. de præſcr. verb.* ubi in hoc ipſo comparatur conductio cum emptione, quod utrobiq; pecunia requiratur, tertio *l. ſi merces 25. §. vis major 6. h. t. junct. l ſi apes 26. §. 1 de furt.* ubi colonus partiarius opponitur colono vero, qui nummis colit, quarto faciunt aliquot textus, qui requirunt pecuniam, & ubi pecunia non datur, conductionem eſſe negant, & paſſim ſimpliciter pecuniæ & nummorum mentionem faciunt, *l. 1. § ſi quis 9. depoſ d. l. 5. §. 2. de præſcr. verb. l. ſi quis 46. l ſi decem 52. l ſi inſulam 48 §. 1. & paſſim h. t.* Et commentum eſt, quod illis locis pecuniæ appellatione res quaſvis fungibiles ſignificari dicunt: quippe pecuniæ verbum in dubio numeratam pecuniam & nummos ſignificat: ceteroquin appellatione generali pecuniæ & quælibet aliæ res continentur Et quod attineat ad *l. ſi olei 21. C. Locati*, quo unico textu illi nituntur, jam olim reſpondi, ipſam rationem contrahendi hanc exceptionem admiſiſſe, ut in certa quantitate fructuum quos ipſe fert fundus locatus conſtitueretur merces: itaq; in ea ſpecie olivetum locatum fuiſſe intelligendum eſt. Jam in textu noſtro pergamus.

TEXTUS.

3. Adeo autem aliquam inter ſe familiaritatem videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibuſ-

buſdam caſibus quæri ſoleat, utrum venditio & emptio contrahatur, an conductio & locatio: ut ecce de prædiis quæ traduntur quibuſdam perpetuo fruenda, id eſt, ut quamdiu penſio ſive reditus domino pro his præſtetur, neque ipſi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia dubitabatur inter veteres, & à quibuſdam locatio exiſtimabatur, à quibuſdam venditio, lex Zenoniana lata eſt, quia emphyteuſeos contractus propriam ſtatuit naturam, neque ad venditionem, neq; ad locationem inclinantem, ſed ſuis pactionibus fulciendam. & ſiquidem aliquid pactum fuerit, ac ſi naturalis eſſet contractus: ſin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, ſiquidem totius rei interitus acceſſerit, ad dominum redundare periculum: ſin autem particularis, ad emphyteuticarium., damnum hujuſmodi venire: quo jure utimur.

Commentarius.

Hic amplius oſtendit, adeo ſimilem eſſe locationem venditioni, ut inter ſe vix dinoſci poſſint, & ſcil. ſint quædam negotia, quæ an pro venditione, an pro locatione habenda ſint, dubitetur. Cujus rei duo exempla proponuntur, primum eſt in h. §. de contractu emphyteutico, quo prædium colendum & meliorandum conceditur, ita ut pro eo non ſemel aliquid, ſed annuatim penſio certa, nec pro omni jure, ſed pro pleniſſimo jure utendi fruendi, quod Dd. dominium utile appellant, & eo etiam in hæredem tranſitorio, & niſi fides contractus rumpatur, perpetuo, ſolvatur & præſtetur, in recognitionem dominii directi, ut vocant Dd. quod manet penes concedentem. Hic contractus venditioni affinis eſt, tum quia regulariter res non ad tempus ſed in perpetuum conceditur: Unde perpetuarii conductores *l.1.& 3.Codic.de locat.præd. civ.* & jus perpetuarium *l.1.Cod.de offic.comm.ſacr.palat.* eaque videtur intelligi perpetua conductio in *l. viam 10. C. h. tit.* tum quia pleniſſimum jus utendi & utile quaſi dominium transfertur, quod in hæredem & in quemcunque alium ſalvo tamen jure directi dominii licet transferre: ita ut non tantum actio perſonalis ex contractu, ſed ex jure illo adquiſito utilis in rem actio contra quemcunque poſſeſſorem detur emphyteutæ *l.1. ſi ager vect. argum. l. in ſpecialibus cum l.ſeq. de rei vindic.* Ex quo etiam eſt, quod licet res emphyteutica pro parte perierit, nihilominus tamen canonem integrum emphyteuta ſolvere neceſſe habeat.

Ad locationem autem accedit, quod utique dominium verum & directum penes concedentem manet: ex quo fit ut ſi res tota intereat, periculum ſit concedentis, & ab neceſſitate canonis præſtandi liberetur emphyteuta. Itemque quod non unum pretium ſtatuitur quod ſemel ſolvatur, ſed annuatim præſtatur merces ſive reditus canon aut penſio. Atque iſta eſt ordinaria natura hujus cõtractus: quæ pactionibus poteſt alterari & mutari ut *in fin. hujus §.* tractat Juſt. ex *l.1. C. de iur. emphyt.* Jam verba quædam textus explicemus.

De prædiis quæ perpetuo.] Ita regulariter: nam cum ad iſtum modum colendi darentur agri & inculti & deſerti, nemo facile ad tempus iſtum laborem ſuſcepturus fuiſſet. Sed poteſt nihilominus hic contractus ad tempus conſtitui, modo ne modicum *l. 2. ſi ager vectig. l.1. §.3. de ſuperfic.* alteroquin nõ emphyteuſis, ſed locatio conductio fuerit. Et hodie fere quæ emphyteuſes dicuntur, ſuper prædiis etiam cultiſſimis, & quæ ad decem aut paulo plures annos conſtitui ſolent, ſunt revera locationes paulum degenerantes.

Quamdiu penſio præſtetur.] Hæc enim pars eſſentialis eſt iſtius contractus, & ſi emphyteuta fidem non ſervet, & canonem non ſolvat, jus ad dominum redit, qui emphyteutam expellere ex prædio poteſt *l.2. C. de iur. emphyt.* ubi Juſtin. moræ & ceſſationi biennii hanc pœnam indixit.

Cui vendiderit.] Prædium vendere dicitur, ejus jure quo penes ipſum eſt: ſalvo ſemper jure domini directi. Vendere tamen non ea libertate & facultate poteſt qua verus dominus: ſed denunciare neceſſe habet domino directo, & obſervare quæ conſtituit Juſt. *in l.3. C. de iur. emphyt.*

Lex Zenoniana.] Quia forte ſubeo, vaſtatis per bella agris, ſæpius hæc quæſtio occurrebat. Ait autem Juſtin. quod Zeno ſtatuerit contractus hujus propriam eſſe naturam: quomodo & Zeno in *d. l. 1.* conſti-

conſtituimus, inquit, conceptionem & definitionem habere propriam, & juſtum validumq; eſſe cõtractum. Sed nimirum quod Imper. facere non potuit, id nec voluiſſe credendus eſt. Apparet ex h. §. omnia eſſentialia hujus contractus fuiſſe ante Zenonem, & dubitatum ſaltem fuiſſe, an iſtud negotium eſſet referendum ad locationem an potius ad venditionem: quæ dubitatio fuiſſet nulla, niſi contractus ille eſſentiam ſuam jam ante Zenonem habuiſſet, proinde penitus inepti ſunt, qui ex relatis paulo ante verbis efficere volunt, contractum hunc mere eſſe civilis juris, & omnino quandam Zenonis creaturam: quo nihil abſurdius dici poteſt: Neque aliud fecit Zeno, niſi ut diſtingueret & ſepararet contractus, ut jam ejuſmodi negotio conſtituto & contracto non amplius ex conducto aut empto, ſed propria ageretur actione. Hinc & parum ſubtiliter Weſembec. hic definit hunc contractum origine juris gentium, forma autem civilis juris: quaſi vero jure gentium abſque forma eſſe potuerit: aut quaſi non ex h. §. apertiſſimum ſit totam ejus eſſentiam, in qua forma conſiſtit ante Zenonem fuiſſe. Et, ſi propterea quod ex conſtitutione Zenonis eſt aliquid diſpoſitum de periculo rei ad quem ſpectare debeat, itemq; quod juxta eam conſtitutionem pactionibus contrahẽtium natura hujus contractus mutari poteſt, & altera: ſi, inquam, hæc faciunt, ut forma contractus ad jus civile ſit referenda, jam ante omnes contractus pene forma juris civilis erunt,

Neque ad locationem inclinantem.] Scilicet non ita inclinantem, ut ex locatione vel ex venditione actio detur, & ut vel hujus vel iſtius jure & natura æſtimetur, ſed ut pro ſeparato proprioq; contractu habeatur: cæteroquin efficere Zeno non potuit, quo minus in iis quæ ſupra diximus, ſimilis hic contractus maneret & emptioni & conductioni, & ita hactenus ad utramq; inclinaret.

Ac ſi naturalis eſſet contractus.] Id eſt, ſicut alius quivis proprius & ſemper diſtinctæ naturæ contractus, pactionibus non alteratus, ſed qui ut vulgo notiſſimum eſt, ex conventionibus Legem accipit. Ita enim & hic contractus poteſt, ut Juſtin. loquitur, ſuis pactionibus fulciri, tum circa durationem, tum circa caducitatem, (intra quantum tempus non ſoluto canone emphyteuta cadere debeat jure ſuo *l. 2. C. de jur. emphyt.*) tum circa præſtationẽ periculi, de quo ſi nihil cautum ſit, quid obtinere debeat *in fin. § & in d. l. 1. C. de iur. emphyt.* docetur: Hæc pro aſtius textus explicatione: neq; enim patitur inſtituti noſtri ratio, ut in tractationem hanc excurramus, & varia quæ circa eum quæri ſolent excutiamus: quod lautiſſime præſtitit Jaſon *in l. 1. 2. & 3. C. de iur. emphyt.*

TEXTUS.

4\. Item quæritur, ſi cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro ſuo certi ponderis certæq; formæ annulos ei faceret & acciperet, verbi gratia, decem aureos: utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Caſſius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & cõductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod ſi ſuum aurum Titius dederit, mercede pro opera conſtituta, dubium non eſt, quin locatio & conductio ſit.

COMMENTARIUS.

Ex duobus alterum hoc eſt exemplum, quo oſtenditur vicinitas locationis & venditionis: quod nimirum iſtud quoque negotium de quo h. §. venditionem & locationem in ſe continere videtur, veluti, ſi convenerit inter me & aurifabrum, ut pro certo precio & juxta hunc §. pro decem aureis, mihi ex ſuo proprio auro conficeret annulũ. Venditio enim videtur, quoniam aurifaber vendit aurum ſuum: locatio autem, quoniam tanti aurum per ſe non eſt; ſed propter operam quam artifex addit, de tanto pretio conventum eſt: cui & hoc addo, quod annulus eſt objectum negotii & contractus illius, atqui hic efficitur opera artificis: ut forte non immerito Caſſius & venditionem & locationem in hoc negotio concurrere dixerit, propter ipſam materiam & operas in materia præſtitas. Sed concinnius habitum fuit, ut unum negotium ne conſtitueret plures contractus, & ut à principaliori, & à ſubjecto cenſeretur emptio & venditio *l. 2. § 1 h. t.* & facit ratio *l. convenit 65 de contr. emp.* conductionem eſſe quoties materia in qua aliquid fit, in eodem ſtatu manet, ac cum alteratur & mutatur, magis eſſe emptionem: itemq; *in l. Sabinus 20 de contr. emp.* non poſſe eſſe locationem, ubi alter tantum pecuniam pro corpore ſimul & pro operis dat, nec corpus ab ipſo proficiſcitur: adeoq;

Digitized by Google

apparet, nec Sabinũ quidem ejuſdẽ cum Caſſio hic fuiſſe ſententiæ. Et hinc non obſtat quod in *l. Item* 22. §. 2. *h. t.* Paulus ſcribit, licet quis in ædificandis ædibus omnia à ſe præſtet, & proprietatem ad me transferat, tamen non emptionem ſed locationem eſſe. Etenim hæc ædificator non tam in ſuo operatur quam in meo, & nimirum in area mea, quæ à me profecta facit ut locatio cenſeatur, ut expreſſe diſtinguit JCtus *in d. l.* 20. *de contr. empt.*

TEXTUS.

5\. Conductor autem omnia ſecundum Legem conductionis facere debet: &, ſiquid in Lege prætermiſſum fuerit, id ex bono & æquo præſtare. Qui pro uſu aut veſtimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promiſit, ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualẽ diligentiſſimus paterfamilias rebus ſuis adhibet: quã ſi præſtiterit, & aliquo fortuito caſu eam rem amiſerit, de reſtituenda ea non tenebitur. Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres eius eodem jure in conductione ſuccedit.

COMMENTARIUS.

Duæ ſunt hujus textus partes. Prima de eo quod conductori præſtandum incumbit. Altera plane diverſa, de obligatione & jure transeunte in heredem. Quod ad illud attinet, deſumitur id aut ex jure aut ex pactione cõtrahentium, quę hic dicitur Lex contractus, quo ſenſu contractus ex conventione Legem accipere dicuntur: quia perinde ſunt obſervandæ pactiones iſtæ, ac ſi ex jure cõtractui id ineſſet, quod inter partes conventum eſt. Igitur primo ſpectatur quid conventum ſit *h. §. & l. ſi merces* 25 *§. Conductor* 3 *h. t. l. ſi quis* 9. *§. Iulianus* 2. *eod. l. circa* 19. *C. eod. & l. videamus* 11. *§. ult. D. eod.* ubi ſpeciales conventiones: idque omnib. bonæ fidei judiciis commune eſſe docet *l. ex empt.* 11. *in princ. de act. empt.* ubi autem deficit conventio, relinquitur reſiduum diſpoſitioni juris & naturæ hujus contractus, in quo non tantum venit quod verbis expreſſum eſt, ſed & quod ex æquo & bono præſtari debet: quod in genere de contractibus qui conſenſu conſtant affirmavit Juſtin. *ſup. de obligat. ex conſenſu.* Et ſecundum hoc JCtus in *d. l.* 11. *in pr. de act. empt.* ſi nihil convenit, ea præſtari quę naturaliter inſunt ex judicii poteſtate *fac. l. ſi in lege* 24. *in pr. h. t. l.* 2. *& l. præter* 17. *C. eod.* Illud autem ſcrupulum habet quod in *verſ. qui pro uſu* ſcriptum eſt, conductorem ad talem diligentiam & cuſtodiam teneri, qualem diligentiſſimus paterfamil. rebus ſuis habet, & tum demum ſecurum eſſe, ſi caſu fortuito res perierit: Eſt enim, ut patet ex tractatis ad §. 2. *ſup. Quib. mod. re contr. oblig.* iſta deſcriptio ſummæ diligentiæ, quæ opponitur leviſſimæ culpæ, quæ exigitur à commodatario, qui gratuitum uſum eum habeat, plane abſurdum ſit eandem diligentiam exigere à conductore, qui pro uſu mercedem præſtat: utra ſimul verſetur utilitas locatoris; in cujus modi contractibus mediam tantum diligentiam requiri, & non præſtari leviſſimam, ſed tantum levem culpam, regula juris habet *in l.* 5 *§.* 2. *commod.* quæ cur hic fallere debeat, nulla apparet ratio: imo levem tantum culpam præſtandam eſſe ex hac ipſa ratione, quod utilitas utriuſque verſetur, oſtendunt *d. l.* 5. *§* 2. *l.* 3. *§* 1. *naut. caupon. ſtab.* Sunt qui diſtinguunt locationem faciendi & fruẽdi, vel, locationem rei & operis ſive operæ. Et rationem habet diſtinctio, ſi operam tamquam ab artifice præſtitam intelligas. Quoniã enim quiſquis peritiam alicujus rei profitetur, hoc ipſo intelligitur offerre operam, merito arctius & ad diligentiã majorem teneri debet. Et huc pertinet *l. ſi quis* 9. *§. Celſus pen. l. Item* 13. *§. ſi gem mas locati.* culpæ imperitiam annumerandam eſſe: atquin in alio non artifice imperitia ad leviſſimam culpam pertinet. Ita in *l. ſi merces* 25 *§. pen. h. t.* culpa dicitur abeſſe, ſi quis ea adhibuerit, quæ diligentiſſimus quiſque præſtiturus fuiſſet. Hinc in *l. itaq;* 12 *in pr. de furt.* dicitur, fullonem ſemper agere furti, quia præſtat cuſtodiam, id eſt, exactam in cuſtodiendo diligentiã, tanquam artifex qui operam ſuam offert, & cui neceſſario res committenda eſt: & in *§. quæ de fullone* 16. *in pr. infr. de furt.* hac ipſa in re fullo & cõmodatarius comparatur. Atq; ita poſt alios diſtinguit Hottom. ſed miror eum non advertiſſe, ita plane non tolli ſcrupulum qui ex hoc §. nectitur: quia non de locatione operis ſeu operarum, ſed de locatione rerum & utendi apertiſſimi tractat. Itaq; alii ratione ſpecialitatis à qualitate rerum ſumunt, & hunc §. ad res de quibus nominatim loquitur, reſtringunt: quod quanto facilius iſta corrumpi & damnum accipere poſſunt, tanto accuratior cuſtodia requiratur. Sed perpetuo urget, quod ſupra dixi, abſurdum eſſe, ut à cõductore qui mercedem

præ-

præſtat, cura & diligentia eadem exigatur, quam commodatarius præſtat: neque enim dubium eſt, quin jumenta, veſtimenta, commodato quoq; dari poſſint: & ad hunc modum propoſitio & traditio *l.5.§.2 commod.* fere ad res immobiles reſtringenda erit: cum non tantum jumenta & veſtimenta, ſed aliæ pleræque res mobiles facile damnum poſſint accipere. Itaque Accurſ. (qui tamen præterea alterum quoque explicationem refert) explicandum putat ſuperlativum hoc §. propoſitivo, juxta naturam contractus: neque quod tantum meminit caſus fortuiti, facit, ut propterea dicendum ſit conductorem teneri de leviſſima culpa, per ea quæ notavimus *ad d. §.2. ſup. Quib. mod. oblig. re contr.* aut etiam ex dictis ibidem fuerit diſtinguendum inter patremfam in abſtracto & in concreto conſideratum: qui ſane ſi plus ſolito negligentior ſit in rebus ſuis, majorem tam rebus conductis, quam propriis adhibere diligentiam tenetur: cum alias ſi in abſtracto rem conſideramus, illa ſumma diligentia ſit, cum quis res alienas diligentius quam ſuas curare tenetur.

Mortuo conductore.] Hæc altera pars eſt hujus textus: non proprie ad locationem pertinens, ſed ut diximus ad §. 2. *ſup. de fidej.* ita regulariter obtinet, ut obligatio tranſeat in hæredes, & ipſum quoque jus quod defunctus habuit: exceptis caſibus, quibus induſtria perſonæ electa eſt, ut dicemus ad *duos tit. ſeqq.* Idem quod hoc §. reſcriptum eſt in *l. viam 10. Cod. eod.* nimirum de ipſo jure conductoris in hæredes tranſeunte: nam quia ratione temporis quo inter defunctum conductorem & locatorem duravit contractus, obligatio & actio tranſeat, dubitari minus poteſt: & hactenus ex mandato quoq; & ſocietate, qui contractus tamen morte finiuntur, in hæredes tranſit obligatio, ut *ad duos tit. ſeqq.* tractabimus.

AD TITULUM XXVI.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SOCIETATE.

TEXTUS.

Societatem coire ſolemus aut totorum bonorum, quam Græci ſpecialiter *κοινωνίαν* appellant: aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumq;, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendiq;.

COMMENTARIUS.

Societas eſt contractus de communione ineunda. Et eſt alia particularis, alia univerſalis omnium bonorum hoc textu: quæ una & ſimplex eſt ratione bonorum, quæ fuerunt tempore contractæ ſocietatis, hæc enim omnia communicantur: ſed quoad poſt adquiſita ſeu adquirenda diſtinguitur: quod alia ita contrahitur, ut in eam omnia omnino, undecunque etiam ex cauſa lucrativa adquiſita, veniant, quæ dicitur ſpecialiter omnium bonorum, *l.3.§.1.h.tit.* alia vero ita ut in eam tantum veniant, quæ ex commerciis negotiatione & quæſtu obveniunt, *l. eodem.* Sed & particularis ſocietas non eſt omnino una, ſed ſuos gradus imo ſpecies habet, quoniam & unius rei & negotiationis & plurium, & partis quoque bonorum conſtitui poteſt, *argum. l.5. in princ. h titul.* quæ non niſi ambigue particularis dicitur: & proinde non eſt exacta hoc loco & accurata oppoſitio, ſocietas omnium bonorum & unius negotiationis, quin iſta exempla potius ſunt, non autem veram faciunt diviſionem.

TEXTUS.

1. Et quidem ſi nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales ſcilicet partes & in lucro & in damno ſpectantur. Quod ſi expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent. Nec enim dubium unquam fuit, quin conventio valeat, ſi duo inter ſe pacti ſint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia. De illa conventione ſane quæſitum eſt, ſi Titius & Seius inter ſe pacti ſint, ut ad Titium duæ lucri partes pertineant, damni tertia: ad Seium duæ partes damni, lucri tertia: an rata debeat haberi conventio. Quintus Mutius contra naturam ſocietatis pactionem talem eſſe exiſtimabat, & ob id non eſſe ratam habendam. Servius Sul-

Digitized by Google

pitius (cujus ſententia prævaluit) contra ſenſit: quia ſæpe quorundam ita pretioſa eſt opera in ſocietate, ut eos juſtum ſit, conditione meliori in ſocietatem admitti. Nam & ita coiri poſſe ſocietatem non dubitatur, ut alter conferat pecuniam, alter non conferat, ac tamen lucrum inter eos commune ſit: quia ſæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mutii ſententiam obtinuit, ut illud quoque conſtiterit, poſſe convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipſum Servius convenienter ſibi fieri exiſtimavit. Quod tamen oportet intelligi, ut ſi in alia re lucrum, in alia damnum illatum ſit, compenſatione facta, ſolum quod ſupereſt, lucro eſſe intelligatur. Illud expeditum eſt, ſi in una cauſa pars fuerit expreſſa (veluti in ſolo lucro, vel in ſolo damno) in altera vero omiſſa, in eo quoq; quod prætermiſſum eſt, eandem partem ſervari.

COMMENTARIUS.

1 *De partibus lucri & damni.*
2 *Diſpoſiti min uno velatorum an habeat locum in altero.*

SOcietas eſt in communione, cujus finis eſt, communicatio poſt adquiſitorum, in quibus quidem ſpectatur lucrum, cujus gratia omnis ſocietas initur: ſed quia non ſemper lucrum haberi poteſt, oportet & lucri & damni partes in omni ſocietate conſtitutas eſſe. Et ſunt conſtituuntque eæ partes vel æquales, vel inæquales. Cujus inæqualitatis ratio ſumma eſt ab inæquali collatione vel rerum pecuniæque, vel operæ, verbi cauſa, ſi unus centum alter ducenta conferat, item, ſi unus centum, alter itidem centum, ſed ſimul operam & induſtriam conferat: ratio ſuadet inæquales quoque & proportionatas lucri & damni partes conſtitui: cæteroquin in collatione æquali, partes quoq; æquales in dubio eſſe debent, *h. text. in pr.* qui locus *in verſ. quod ſi expreſſa* probat, poſſe, licet collatio æqualis ſit, inæquales tamen partes conſtitui ex pacto: quippe, cum per pacta quorumcunque contractuum natura poſſit alterari; ut ſi non jure ſimplicis ſocietatis id valeat, tamen valeat jure conventionis, ut poſt *Angel. & Porcium notat* Weſembec. *hic.* quamvis cum ſocietatis ipſum verbum communionis æqualitatem ſignicet, & ipſa ſocietas quandam ſpeciem fraternitatis habere dicatur difficilius admittantur partes inæquales, ubi omnimoda eſt collationis æqualitas, ut perſpicue docet *l. ſi non. 29. in prin. h. tit.* Inæqualitas autem partium, quibus caſibus locum reperit, admittitur non difficulter, ubi pariter inæqualitas proportionata eſt in damno & lucro, juxta §. 1. *in fi. h t.* ut nimirum, qui duas habet lucri partes, eaſdem etiam in damno ſentiat: quia cum ſit incertus eventus negotiationum, nec ſemper faveat Mercurius, atque caſus damni ac lucri contingere poteſt, ut propter hunc incertum eventum vix hic inæqualitas appareat. Admittuntur difficilius inæquales lucri partes & damni, difformiter conſtitutæ: veluti ut alter duas lucri, & damni unam tantum partem ferat; quam conventionem à Mutio, ut æqualitati, quam ſocietas deſiderat adverſam, improbatam, ſed à Servio recte admiſſam & probatam refert Juſtinianus *in §. de illa 2. hic.* & tamen, quod ex ratione ſubjecta *in verſ. quia ſæpe* apparet, in caſu non ſimplicis collationis rerum, quam videtur conſideraſſe Mutius, & qua æquali ſimpliciter poſita, ſane hæc pactio fuerit iniqua, ſed in caſu operæ adjunctæ, quã præter pecuniam alter ſimul confert, ut merito aliqua prærogativa debeat gaudere: argum. *l. 5. l. cum duobus. 52. §. 2. h. t. l. ſi non. 29. in prin. eod.* idque Juſtin. *in verſ. nam & ita* amplius hinc confirmat, & ſcilicet non recte à Mutio hac in re rerum tantum collationem & æqualitatem conſideratam eſſe, eo argumento comprobat, quod & ita contrahi poſſit ſocietas, ut pecuniam conferente altero, alter nudam induſtriam & operam conferat.

Hinc porro concludit vel infert potius Juſtin. per ampliationem, *in verſ. & adeo*, quod (& ſcilicet in iiſdem terminis) ita ſocietas coiri poſſit, ut alter non quidem lucrum totum (quod admitti nõ poteſt, *d. l. 29. §. Ariſt. h. t.*) ſed partem in lucro ſolo ferat, & de damno non teneatur: quod Juſtinianus ait exiſtimaſſe ſibi convenienter fieri Servium, id eſt, aſſertioni ſuæ priori: quoniam ſi valet ſocietas, ut qui nihil pecuniæ, ſed ſolam operam confert & induſtriam, partem lucri habeat, etiam valebat, ut quis nullum damnum, ſed lucrum tan-

tum

tum ſentiat: nullum nimirum damnum in pecunia, quam nec contulit: etenim ubi, ut ſæpe accidit, nihil factum eſt lucri, operæ utique ſentiet damnum: ut tamen quod pro limitatione in extremo §. 2 *in verſ quod tamen.* ſubjicit Juſtinianus, in caſu ejusmodi ſocietatis & pactionis, ita ex lucro tantum partem ferat, ut in lucro deputetur illud, quod ſupereſt, deducto prius & ſubducto damno, itidemque impenſis, veluti, ſi qui vendendorum equorum negotiationem contraxerunt, decem equis venditis, ex quinque lucrati fuerint centum, in reliquis quinque, quinquaginta damni ſenſerint, non hoc damnum deputabitur alteri ex ſociis tantum, & alter ex centum partem integram feret remoto & non conſiderato damno: ſed prius deducto omni damno, ex quinquaginta quæ ſuperſunt, partem lucri & nimirum viginti quinque ſocios habebit. Ita fiet, ut qui nihil contulit pecuniæ, lucri tamen partem habeat, & ſi ſolum damnum acceptum ſit, ejus nullam ſentiat partem: & hanc quoque explicationem Servii refert Paulus *in l. Mutius* 30. *h. tit.* ubi tamen quaſi Mutium aliud ſentientem referre videtur: quamvis Servius non tam Mutium reprehendiſſe, quam ſententiam ejus explicaſſe, & ejus propoſitioni limitationem addidiſſe videtur, ubi opera unius ſocii collatæ ab alio pecuniæ æquivalet. Et alias quoque nec novum eſt, ut Juriſconſulti aliorum autorũ ſententias non ſatis recte, imo ſæpe ſiniſtre, &, ſi licet dicere verum, calumnioſe referant: ut vel ex Pauli libris epitomarum ad Labeonem videre licet: quorum forte relatione deceptus, aut perſuaſus Tribonianus Mutium & Servium diſſenſiſſe credidit, & hoc loco retulit. Et hæc mihi vera & ſimplex hujus §. & loci explicatio & ſententia eſſe videtur.

Supereſt in hoc textu *verſ. illud*, qui vulgo eſt §. 3. *h. t.* & quod ipſe Juſtinianus, id certum & perſpicuũ eſt, quod ibi proponitur, quoniam relata ſunt lucrum & damnum: ideoque ſtatutum & conventum in uno, in altero quoque conventum & diſpoſitum cenſetur.

Ex quo Interpp. axioma illud ſuum probare ſolent, diſpoſitum in uno correlatorum, cenſeri quoque diſpoſitum in altero; ubi videlicet, ſicut hic, in utroque eadem ratio militat; veluti hoc poſt Doctores limitat Jaſon *in l. 1. C. de in jus vocando.* Sed ex hoc ipſo parum ſubtiliter ejuſmodi regula meo judicio ſtatui videtur: ſiquidem hinc apparet, non à qualitate relatorum, hoc pendere, ſed à rationis identitate, de qua alias regula eſt; ubi eadem ratio eſt, ibi quoque idem jus eſſe debere. Et non niſi inepte quis pro regula dixerit: Quidquid in domino, patre aut marito ſtatutum eſt, id etiam in ſervo filio, aut uxore obtinere: quinimo diverſa ut plurimum horum & illorum ratio & cõditio eſt; quod ſicubi eadem eſt, jam ut dixi hæc rationis identitas, non relatorum qualitas & conditio, eandem juris requirit diſpoſitionem. Verum iſtud εἰς οἱ περίεργυ.

TEXTUS.

2. Manet autem ſocietas eousque donec in eodem conſenſu perſeveraverint. At cum aliquis renuntiaverit ſocietati, ſolvitur ſocietas. Sed plane ſi quis callide in hoc renuntiaverit ſocietati, ut ſolus habeat obveniens aliquod lucrum, veluti ſi totorum bonorum ſocius cum ab aliquo hæres eſſet relictus, in hoc renuntiaverit ſocietati, ut ſolus lucrifaceret hæreditatem, hoc lucrum cogitur communicare. Si quid vero aliud lucri faciat, quod non captaverit, ad eum ſolum pertinet. Si vero, cui renuntiatum eſt, quidquid omnino poſt ſocietatem renuntiatam acquiritur, ſoli conceditur. Solvitur adhuc ſocietas etiam morte ſocii: quia, qui ſocietatem contrahit certam perſonam ſibi eligit, ſed & ſi conſenſu plurium ſocietas contracta ſit, morte unius ſocii ſolvitur, etſi plures ſuperſint, niſi in coëunda ſocietate aliter convenerit. Item ſi alicujus rei contracta ſocietas ſit, & impoſitus negotio finis eſt, finitur ſocietas. Publicatione quoque diſtrahi ſocietatem manifeſtum eſt, ſi univerſa bona ſocii publicentur: nam cum in ejus locum alius ſuccedat, pro mortuo habetur. Item, ſi quis ex ſociis mole debiti prægravatus bonis ſuis ceſſerit, & ideo propter publica aut privata debita ſubſtantia ejus veneat, ſolvitur ſocietas: ſed hoc caſu, ſi adhuc conſentiant in ſocietatem, nova videtur incipere ſocietas.

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

1. *Varii modi finiendæ ſocietatis.*
2. *Renuntiare quis poteſt ſocietati non obſtante pacto, & hujus rei accurata ratio.*

VArios modos quibus finitur ſocietas, confuſim à Juſtiniano traditos, ſimul proponere & methodice explicare viſum fuit: Diſſociamur, renuntiatione, morte, capitis minutione egeſtate, ait Modeſtinus *in l. 4. 1. h. tit.* & ſecundum Ulpianum ſocietas dicitur diſſolui ex perſonis, rebus, voluntate & actione *l. verum. 63. §. ult. h. tit* inter quæ tamen ſingula parum accurata oppoſitio eſt, & ſub duo priora membra omnes modi referri poſſunt. Et ita ſtatuam, ſocietatem diſſolui ex perſonis & rebus.

Ex perſonis dupliciter. 1. Morte, & hac vel civili, veluti deportatione, ad quã recte refertur, quod *in §. publicatione. 7. h. tit.* dicitur, de publicatis, ſcil. ob delictum bonis: vel naturali *d. l. 63. §. ultim. h ti.* ibi enim mors oppoſita mediæ & maximæ capitis diminutioni, ſignificat veram & naturalem mortẽ: ſicut & *in § ſolvitur. 5 in prin. h. textu.* Et adeo hoc procedit, ut ſocietas inter plures contra uno ex ſociis mortuo tota ſolvatur, niſi pacto aliter cautum ſit, ut nimirum uno mortuo ſocietas inter cæteros duret, de quo caſu eſt *d. §. 5. verſ. ſed etſi. l. actione. 65. § morte 9 h. t.*

Nam quia in ſocietate utriusque induſtria ſpectatur *arg. §. ſolvitur. 5. & §. ultim. in fin h. t.* ut ſocio mortuo, hæres ejus in ſocietate ſuccedere, aut alter eum admittere cogatur, nec pacto quidem initio ſocietati appoſito effici poteſt, ſed nova conventione opus eſt. *l. nemo. 35. & l adeo 59. h. t.* Ubi illud addendum, ſocietatem quidem ſolvi morte *dd. textib & l. 4. §. 1. l cum duobus 52. §. idem. 9 eod.* ſed obligationem & actionem dari in hæredes, nimirum nomine eorum, quæ inter viventes adhuc ſocios geſta ſunt, & quorum rationem hæredi reddi oportet, qui petet omne id, quod defunctus quoquo modo, diſſoluta ſocietate petere potuiſſet: ſicut & quæ jam à defuncto cœpta ſunt, hæres ad inſtar ſocii cujuſdam abſolvere tenetur *l. hæres. 40. h. t.* Idque eſt, quod dicitur *in l. nemo h. t.* in hæredem quoque ſocii proponi actionem, ut bonam fidem præſtet: & quidem actionem pro ſocio. *l verum 63. §. in hæredem. 8, h. t. junct. l actione. 65. §. morte 9. h. tit.* Eademque mandati ratio eſt, ut mandato licet morte alterutrius ſoluto, obligatio tamen & actio in hæredes duret *l. inter 26. in prin. Mandati.* Atque hic primus eſt modus quo ex perſonis ſolvitur ſocietas. Mors ſocii, ſive naturalis, ſive civilis.

Deinde dicitur ſolui ſocietas ex perſonis per diſſenſum. Et hoc accidit, aut re integra, ubi poſtquam conventum fuit de communione inſtituenda, ſtatim pœnituit partes, de quo *in §. ultim inf. quibus modis tollitur*, aut re non integra, poſt factam re ulitet communionem. Et hoc modo interpoſitus diſſenſus in ſpecie dicitur renuntiatio: Et hæc vel eſt mutua utrimque, vel ab alterutra parte tantum. Illa fit vel expreſſe, per verba ſive nuncupata, ſive literis conſignata, de quo dubitari non poſſit, & probatur *in prin. h. tex. l. tamdiu. C. eod. l actione. 65. §. 3. ff. eod.* vel tacite & ipſis factis, ſi quisque ſociorum res ſuas ſeparatim agere incipiat. *l. itaq. 64. h. t.* Hæc iidem fit vel tacite & ipſo facto, ſi unus actione pro ſocio in univerſum, ita ut hoc tendat ad diſſolutionem contractus incipiat experiri *l. actiones. 65. in prin. h. t l tamdiu. 5. C. eod.* nam ſpecialis actio pro ſocio etiam durãte ſocietate datur, ut notant Dd. *in d. l. 5.* vel expreſſe & verbis. Utrumque rurſus fit, vel tempeſtive aut alias ex juſta cauſa. *l. ſi convenerit. 14 cum ll. ſeq h. tit.* & omnino ſolvitur ſocietas, ita ut nec actione pro ſocio ratione intereſſe alicujus poſſit ſocius conveniri, ſed omnino res exinde adquiſitas ſibi ſoli adquirat, *arg. dd. textuum.* aut intempeſtive. Et hic quoq; obſervandum ſpeciale id & proprium eſſe huic contractui (ſicut & fere mandato, de quo *tit ſeq*) ut eum ab aliis cõtractibus invito altero recedi non poſſit, & quæcunque ſunt invito voluntatis poſtea fiant neceſſitatis. *l. ſicut. 5. C. de oblig. & act.* tamen ſocietas ita contrahi non poſſit, ut ne ab ea diſcedere liceat, & ut perpetuo quis in communione ſtare habeat neceſſe, licet enim ita conveniri poſſit ſocietas & uſque dum vivat *l. 1. h tit.* tamen ea conventio hoc ſaltem operatur, ut ne lapſu quaſi ſolius temporis finiatur: ſed neceſſitate non obſtringit ſocios, ut ne diſcedere & diviſionem petere poſſint. *d. l. 14. cum ſeqq. h. tit.* Nimirum habet ſua incommoda communio rerum, & ſolet patere cauſam contentionibus: & eſt iſte non contractus, qui ſemel abſolvatur, ſed qui tractum habet temporis continuum, imo infinitæ & quotidie novæ emergunt obligationes, & dum ex cauſa communionis negotiandum eſt, & citra hoc quoque ex cauſa perceptorum fructuum, impenſarum damnorum,

propriæ

propriæ ex quaſi contractu (*de quo infra de oblig. q. ex con.*) naſcuntur obligationes. Itaque ſi quis accuratius paulo rem expendat, videri poſſit nihil in hoc contractu eſſe ſpeciale: quoniam in contractibus, qui uno actu abſolvuntur, veluti eſt emptio, re non amplius integra, ſed re tradita & precio ſoluto, cum & illa, & hoc ſint pleno jure in alium tranſlata, fruſtra quæritur de diſcedendo à contractu: re autem integra, notiſſima quæſtio eſt, an venditor omnino rem tradere teneatur, an præſtando eo, quod intereſt, liberetur: utique poteſt facile adimere ſibi ipſi facultatem rei amplius tradendæ, & ita, ut non niſi ad intereſſe conveniri poſſit. At in ſocietate, poſtquam collatis bonis communio cepit, deſiit quidem hactenus res integra, ut non ſtet amplius in termino nudæ conventionis; at cum quisque pro parte rerum in commune collatum maneat dominus, numquam ſimpliciter poteſt dici deſiiſſe res eſſe integra. Atque ita in locatione ad tempus, locator, qui manet dominus, ex cauſa juſta etiam ante tempus inquilinũ excedere jubere poteſt: quin & ſi intempeſtive turbet eum, non niſi ad intereſſe convenire poteſt. *l. ſi de fundo.* 15. *C.. locati.* Accedit tamen in ſocietate aliquid ſpeciale à perſonalitate hujus contractus, & quotidianis novis emergentibus obligationibus, quibus ut invitus quis ſemper teneretur, admittendum non fuit: Quæ eadem ratio fecit, ut nec ex pacto defuncti de continuatione ſocietas obligari poſſit hæres: nam hæres repræſentat defunctum, & omnium eorum nomine tenetur ex contractu, ob quæ defunctus ipſe conveniri potuiſſet. At iſtud excedere viſum fuit poteſtatem defuncti, ut hæredem (qui præſertim tempore contractæ ſocietatis & pacti interpoſiti incerta perſona eſt) poſſet obſtringere ad novos contractus, & ut de novo contrahere cogeretur: neque enim ut dixi, ſocietas contracta continet unam ſpeciem contractus, ſed ex cujus cauſa infiniti alii quotidie oriantur. Quæ ſane perſpicua hujus juris ratio eſt, ut nihil eſſet, cur tantopere hoc miraretur Faber, qui nec ullam aliam poteſt adferre rationem, quam quod hic à Legibus fuerit conſtrictus contractus, quod diſcordias pariat cõmunio ex *l. cum pater* 77. *§. dulciſſimis.* 20. *de legat.* 2. Sed jam ad textum noſtrum redeamus; Diximus etiam intempeſtive à ſocietate recedi & ſocietati ex arbitrio renuntiari poſſe, ita ut alter ſocius hanc renuntiationem admittere teneatur, nec cogere ſocium poſſit, ut maneat in communione, ſed ut maneat ſolum ſocio actio ad intereſſe, ſi quid ex renuntiatione tali damnum ſentit (quod addendum eſt huic loco) aut ſi quid ea renuntiatione per dolum lucri ſocius captavit, ut hoc textu *in verſ. ſed plane* perſpicue explicatur: idque eſt, quod Juriſconſultus ait *in l. ſed &* 17. *§ ultim. h. tit.* ſocietatis intempeſtivam renuntiationem in æſtimationem venire: & *in l. actione.* 65. *§ diximus* 3. cum qui renũciaverit ſocietati, à ſe liberare ſocios ſuos, ſe autem ab illis non liberare: quod nimirum eo pertinet, ut ſi quid lucri captaverit ſolus, id communicare, & ſi quid damni evitare voluerit, id tamen agnoſcere cogatur.

In iis ſcilicet, quæ cauſam habuerunt ante renuntiationem: quæ enim poſt acciderunt, & quæ non captavit tamquam jure diſſoluta ſocietate obtinent *d. l.* 65. *§.* 3. *in fin.* & adeo ipſius ſolius ſunt. *§. manet verſ. ſi quid vero hic.* Et eſt iſta pœna doli, ut quo ad præjudicium ipſius adhuc pro ſocio habeatur: non autem quoad commodum: nam ſi quid poſt renuntiationem ex quacunque cauſa ſocio alteri obveniat, id ei, qui renuntiavit intempeſtive, non communicatur, quoniam itidem quo ad præjudicium ejus ſocietas hactenus pro diſſoluta habetur, *§. manet verſ. et vero h. textu.* Atque ita ſolvitur ſocietas ex perſonis.

Ex rebus dicitur finiri dupliciter: tum finita negotiatione ſeu negotio, cujus gratia ſocietas inita fuit, *§ Item ſi* 6. *h. t. l. actione.* 65. *§. item. ſi.* 10. *ff. eod.* tum amiſſis iis quorum eſt communio, nimirum omnibus bonis: quod rurſus contingit dupliciter. 1 Si ob delictum bona damnati ſocii publicata fuerint. *§. publicatione.* 7. *h. t. l. verum* 63. *§. ult. eod.* conſequenter adeo hic modus ad utrumque caput & membrum refertur, ſocietatis diſſolutæ, & ex perſonis & ex rebus. Et hanc publicationem, quæ accidit his, qui maximam aut mediam diminutionem capitis paſſi ſunt, intelligi à Juſtin. inde apparet, quod ait ſociũ, cui alius, & fiſcus ſcilicet, ſuccedat, pro mortuo haberi. Et quid igitur, ſi ſocius relegatus fuerit? Cum hoc quoniam civis manet, ſocietas conſtabit: neque horum bona ſolent publicari. *l.* 1. *&* 4. *de Interd. & relegat.* cæteroquin ſi id factum ſit, ſolvetur ſocietas: nihil autem prohibebit de novo cum tali inire ſocietatem: ſic ut reſpondetur *hic in §. item ſi quis.* 8 in caſu ſecundo quo ex rebus finitur ſocietas, nimirum per ceſſionem bonorum alia poſt adquirere poteſt: *l.* 5. *de ceſſ bon.* ſicut poteſt & relegatus, qui civis Romanus manet.

Quod

Digitized by Google

propterea non poſſit exigere à ſocio exactiſſimam diligentiam: ut paulo ante dixit Juſtinian. Et nimirum diligentia ſignificat quid poſitivum, ut cum cura tractet res communes; quod non facit, qui deſes & ignavus eſt: itaque cum conſideramus ſocium ut curantem res ſuas, uti decet quosvis homines curare, æquiparatur ea diligentia & cura cum diligentia, quæ præſtanda eſt rebus communibus. Atqui ſi per deſidiam & ignaviam negligat res communes, licet etiam eadem deſidia negligat res ſuas, non erit excuſatus: erit autem depoſitarius, ſi juxta in rebus ſuis & depoſitis ignavus ſit, & non tenebitur, ſi per ejuſmodi ignaviam & deſidiam res depoſita perierit. Tum etiam nemo uſque adeo ignavus eſt, ut non aliquando vulgari ſaltem diligentia res ſuas curet ad quam diligentiam æſtimabimus eam, quæ requiritur in rebus communibus & in negotiis ſocietatis. Atqui depoſitarium excuſari dicimus, ſi ignaviter cuſtodiat depoſitas, ſi modo aliquando in rebus ſuis eadē ignavia utatur modo non uno eodemque tempore dum ſuas res curat, depoſitas negligat: quod ſane dolo non caret.

AD TITULUM XXVII. LIBRI TERTII INſtitutionum, DE MANDATO.

TEXTUS.

Mandatum contrahitur quinque modis: ſive ſua tantum gratia aliquis tibi mandet, ſive ſua & tua, ſine aliena tantum, ſive ſua & aliena, ſive tua & aliena. At ſi mandatum tibi ſit tua gratia tantum ſupervacuum eſt mandatum, & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vós actio naſcitur. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti ſi quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut ei emeres fundum, vel ut pro eo ſponderes. Tua & mandantis gratia: veluti ſi mandet tibi ut pecuniam ſub uſuris crederes ei, qui in rem ipſius mutuaretur: aut ſi volente te agere, cum eo ex fidejuſſoria cauſa, mandet tibi ut cum reo agas periculo mandantis, vel ut ipſius periculo ſtipuleris ab eo, quem tibi deleget, in id quod tibi debuerat. Aliena autem tantum cauſa intervenit mandatum, veluti ſi tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes. Sua & aliena, veluti ſi de ſuis & Titii negotiis communibus gerendis tibi mandet: vel ut ſibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio ſponderes. Tua & aliena, veluti ſi tibi mandet, ut Titio ſub uſuris cederes: quia ſi ſine uſuris pecuniam crederes, gratia tantum aliena intercedit mandatum.

COMMENTARIUS.

1 *Mandati diviſiones.*
2 *De ſpecie mandati, aliena gratia tantum.*

SEquitur quarta ſpecies contractuum, qui conſenſu conſtant, Mandatum: quod eſt contractus, quo negorium alterius gratuito expediendum ſuſcipitur: vel, quod redit eodem quo negotium alteri gratuito expediendum committitur: vel contractus, de negotio alterius gratuito expediendo: quandoquidem ut ſupra monuimus perfectio horum contractuum in nudo conſenſu conſiſtit, & ab implemento, in quo finis extremus conſiſtit, differt.

Mandati diviſiones † & fere ab objecto ſunt variæ. 1. Mandatum vel eſt ad negotia judicialia, vel extrajudicialia. 2. Aliud eſt ad negotia univerſa, aliud ad partem eorum vel etiam ad ſingulare aliquod negotium: & iſtud rurſum in generale ſimplex, & cum libera poteſtate adminiſtrandi ſolet ſubdiſtingui: de quo aliquid diximus ad §. *nihil autem 43. ſup. de rer diviſ.* 2

Hoc loco alia diſtinctio itidem ab objecto deſumpta proponitur: quæ ſiquidem forma externa tandum mandandi conſideretur, ſextuplex, cæ,

teroquin ſi effectum, & actionem mandati naſcentem attendas, tantum eſt quintuplex: quoniam poſterior ſpecies, ubi tua tantum gratia mandatum interponitur, incidit in ſpeciem conſilii: qua gratia etiam à reliquis ſpeciebus ſeparatur, *in § ſeq. & in l. 2. h. tit.* quia, ut iis locis traditur non eſt obligatorium hoc genus mandati: ut ad *text. ſeq.* dicemus.

Porro & amplius cum omnes obligationes ei fini introductæ ſint, ut unuſquiſque agat, quod ſua intereſt, eoque alteri per alterum non quæratur actio *l. ſtipulatio. § alteri. 17. de verborum obligationibus §. alteri. 18 & § ſeq. ſupra de inutil ſtipulat.* ideoq; ex ſpeciebus quinque hoc textu propoſitis & per exempla declaratis, tertia & quinta ſpecies recipiunt dubitationem, cum nimirum, *aut aliena gratia tantum*, aut *tua & aliena gratia ſimul* aliquid fieri mando: quoniam nihil mea intereſſe videtur, ut negotia aliena, ſive alium tantum, ſive ſimul alium & Te concernant; Nec vero mea quidquam intereſſe videtur, ut Titio negotia gerantur, vel ut ipſi fundus ematur, aut ut quis pro eo ſpondeat: quæ ſunt exempla *§. aliena tantum h. t.* nec adeo ſi id factum non ſit, mihi mandati actio competet: qua actione negata, nec mandatum conſiſtere poteſt. Hæc enim eſt quæ primo & principaliter naſcitur ab initio ſtatim ex mandato, ut fiat, quod alter in ſe ſuſcepit, aut intereſſe præſtet: Quod ſi ſua non intereſſe poſſit probare, qui mandavit, fruſtra aget per *l. ſi procurat. §. Mandati 6. h. t.* ubi ICtus ait, tum demum ſi intererit, & quatenus interſit, dari, ſi nihil interſit, ceſſare mandati actionem. Atquin, ut Titii negotia curentur, ſi Titium qua Titiũ conſidero, & negotium tantum qua alienum, nihil mea intereſt: quomodo hoc ſenſu in *d. §. alteri 18. ſup. de inutil ſtip.* nihil mea intereſſe ait Imp. ut Titio detur: Hoc fundamentum ſolidum eſt omnino, & ita ut fateri neceſſum ſit, ambigue dici, mandati aliena gratia, vel aliena & tua gratia: & quidem particula *tantum* videri poſſit excludere omnem ſanam interpretationem: ſed utique non poteſt ſententia admitti, ex qua ſequitur falſum & abſurdum, & quę offendit principia juris. Itaq; dicendum eſt, dici mandatum tua gratia vel aliena tantum proximi, & immediate qua mandatarius quod agit, alium reſpicit, non me ipſum mandantem: ſed quo nihilominus neceſſe ſit, ut primo mea quoq; interſit. Atque ad hanc rem ſumenda ſunt exempla ex *§. ſed & ſi 19. de inutil ſtip. l. ſtipulatio 38. § ſi ſtipulator 20 & § ſi quis 22. de verbor. obligat.* quibus oſtenditur valere ſtipulationes ut alteri detur, ſi ſtipulantis intereſſit: ut maxime immediate in perſonam alterius ſtipulatio collata fuerit. Et ita ſi quis mandet ut ejus negotia curentur cui ipſe mandati judicio tenebatur, dicemus juxta text. hunc mandatum fieri aliena gratia, ſed ut nihilominus primo mea gratia mandatum intelligatur. Secundum quod membra iſta recte explicanda ſunt: ut tum mea tantum gratia mandatum dicatur, cum perſona mea ſola intervenit, ejuſque tantum in mandato fit mentio: aliena autem gratia, ubi intervenit perſona cujus negotium directo mandatum concernit, ſed ut unquam mea perſona penitus ſit excluſa: quod poſtea in judicio oſtendiſſe ſufficiet, mea nimirum intereſſe: & ut actio teneat, ſufficiet alterum mandatum in ſe ſuſcepiſſe, utcunque ille an & quatenus mea intereſſet, ignoraverit. Et ita verbi cauſa, ſi Titio mandante mihi ut ejus negotia geram, & ego hoc ſuſceperim, quoniam exinde ei teneor, recte tibi mando, ut negotia Titii geras: quod ut maxime videatur concernere Titium tantum, tamen mea id fieri quoque intereſt. Nec male Accurſ. ad *l. ſi remun. 6. § ſi tibi 4. & in l 2. §. aliena. h. t.* notat, quod mandatum aliquod ſtatim ab initio efficaciter conſiſtit, & omnimodo actionem mandati producit, quæ tamen ex accidenti forte elidi poſſit, *argum l. 8. §. 6. h. t.* aliquod eſt in ſuſpenſo, an ſit competitura mandati actio; veluti ſi cum mea etiam non intereſſet, mandavero, ut Titio pecuniam credas: ubi quidem ſi nihil initio mea pecuniæ intereſſit, & tu Titio pecuniam non credideris, nulla mihi erit contra te efficax mandati actio. Quod ſi tu ſecutus mandatum meum, (neque enim neceſſum erat te explorare, an mea intereſſet) credidiſti pecuniam, cum iniquum ſit te decipi, ego tibi actione contraria mandati ſum obligatus; & ob hoc ipſum, ſi tu non recte nec ex bona fide omnia egiſti, mihi quoque contra te directa actio dari debet. Ex his commodiſſime explicatur *d. l. ſi remunerandi 6 §. 4. h. t.* ubi proponit ICtus mandaſſe me tibi quod mea non intererat. Nimirum, quod mea non intererat ab initio & ſtatim: vel quod mea non intereſſe videbatur directo, cum mea perſona non eſſet inſerta mandato, licet alias primo mea intereſſe. Itaque male *Balduin. in §. 1 h. t. Hottomann 5. obſ. 10.* ibi expungunt negationem: quamvis eam in quibuſdam codicibus deeſſe Acc. ibidem notet. Ex quibus perſpicuum eſt, non omnia membra quæ hic referuntur æqualiter eſſe ſpecies

mandati;

Digitized by Google

mandati: & maxime poſtremum, ubi mandatum tua & aliena gratia: ſiquidem tua gratia quod ſi mandatum obligatorium non facit, ut docet *§. ſeq* ideoque illam ſpeciem mandati ſuſtinet, quod aliena gratia mandatum eſt: & illud per accidens eſt, quod adjectum fuit mandato, ut pecunia crederetur ſub uſuris: quod etiam accidit in ſpecie ſecunda, ubi mea & tua gratia dicitur mandatum eſſe: ubi ejus mandati tria ponuntur exempla 1. ut cum aliquis in rem & in commodum meum eſſet accepturus pecuniam, tu ei illam ſub uſuris crederes. Alterum eſt, ut cum reo principali potius agas, quam cum me, qui fidejuſſeram pro reo) nam olim omnino fidejuſſor poterat conveniri ante reum principalem.) & ut agat (in quo commodum tuum) periculo meo, ut ſcil. ſi quid ab eo conſequi non poſſis, me habeas obligatum: & neceſſitas mandati hujus iſta fuit: quod alias ex ratione juris veteris (quod Interpp. hic non animadvertunt) convento reo liberabatur fidejuſſor *l. ultim. Cod de fide juſſor.* (ubi hoc jus mutatur) & ergo mandatum facit, ut liberatus fidejuſſor teneatur nova actione mandati. Tertium exemplum eſt, Debeo tibi centum: ea obligatione cum liberari cuperem, rogavi te ut ea centum ſtipulareris à Titio, quẽ tibi in hoc delegavi. Et cum per delegationem ita fiat novatio, hactenus meum commodum verſatur, quod ego à te liberor: ſed & tuum quod novũ conſequeris debitorem, & me quoque nihilominus ex mandato obligatum habes: cujus periculo ſtipulatus es. & utrumq; hoc exemplum extat in *l. ſi mandavero 22. §. Interdum 2. & l. ſi mandatu 45. § pen. & ult. h. t.*

TEXTUS.

2. Tua tantum gratia intervenit mandatum: veluti ſi tibi mandem, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverſo, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum, magis conſilium eſt, quam mandatum, & ob id non eſt obligatorium: quia nemo mandati ex conſilio obligatur, etiamſi non expediat ei cui mandabatur: cum cuique liberum ſit apud ſe explorare, an conſilium ſibi expediat. Itaq; ſi otioſam pecuniã domi te habentẽ hortatus fuerit aliquis, ut aliquam rem emeres, vel eam crederes, quãvis non expediat tibi eã emiſſe, vel credidiſſe, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita ſunt, ut quæſitum ſit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares: ſed obtinuit Sabini ſententia, obligatorium eſſe mandatum in hoc caſu: quia non aliter Titio credidiſſes, quam ſi tibi mandatum eſſet.

COMMENTARIUS.

1 *Conſilium an obliget.*

2 *Caſus quo mandatum contrahitur, ubi mea non intereſt & actio contraria detur, ubi non eſt locus directa, nec eſſe poteſt.*

HAnc ſpeciem ipſe in *prin. hujus tit.* removit à reliquis, imo mandati ſpeciem eſſe negavit, ſicut & ICtus in *l. 2 in princ. h. t.* qui tamen itidem *in §. ultim.* ut hic Juſtin. refert hoc, quod tantum externa forma, & nomine tenus mandatum dici poteſt, cum nulla inde naſcatur obligatio: quoniam ut Juſtin. ait, eſt magis conſilium quam mandatum, neque ex conſilio quis † obligatur quoniam qui conſilium dat, fidem præſtare non eventum debet. 1
Et ceſſant hic rationes quæ mandatum faciunt, ubi aliena gratia mandatum quid eſt, ut ad *§ præc.* explicavimus: neque enim intereſſe poteſt mea revera, ut tu conſilium meum ſequaris. Hoc ita conſilio ſimplici, & quod in terminis conſilii conconſiſtit. Itaque ſecus ſi mandando impuli & feci, ut quis quid faceret, quod alias facturus nõ fuiſſet, ſed ille fidem meam ſecutus eſt, idque omnimodo ubi mea ſimul intererat id fieri, & ex facto illo recta aliis oneribus qui fecit implicaretur: veluti ſi ego creditor defuncti, mandavero hæredi ut adiret hæreditatem, quoniam mea intererat eſſe hæredem quem convenire poſſem *l. ſi hæreditatem 32. inf h. t.* Sed & amplius licet mea ita non interſit, ſi tamen ſuaſu nõ ſimplici ſed impulſu meo feciſſes, quod alias facturus non fuiſſes, contrahi mandati obligationẽ reſponſum eſt in *l. ſi remun. 6. § plane 5 h. t.* qui ita cum hoc §. componi ſolet: quamvis Faber diſtinguat, an quis verbo conſulendi an mandandi uſus fuerit. Et ſane ſi appareat quem citra dolum conſuluiſſe tantum, ſumma ratio ſuadet eum non teneri,

utcunque alter illius conſilium ſecutus fecerit, quod alias factus non fuiſſet: Sed Juſtin. hic non tam videtur verborum differentiam ſpectaſſe, quam hoc quod tua tantum gratia aliquid mandatum fuit, nam ipſum hoc mandatum revera tantum conſilium eſſe conſtituit & affirmat: ſed ubi quis hæſitantem & dubitantem imo quaſi reluctantem perpellit, ut aliquid faciat, licet conſulendi tantum verbo uſus fuerit, bona fides ſuadet, ut eo nomine teneri debeat. Ex quo obſervandum eſt ad ea quæ dixi ad text. præced. aliquando obligationem contrahi mandati, etiamſi mea plane non intererſit, nec ego umquam mandati actione directa uti poſſim: quod accidit, ubi ita excedendo terminos conſilii, ſuaſu meo ad aliquid faciendum impuli alium quod alias factus non fuiſſet, & ex quo damnum ſenſit: quoniam ſcil. hoc totum æſtima-
2 tur ex bona fide, & ne quis ita † decipiatur. Quod ſummopere notandum eſt pro exceptione, & quod aliquando mandatum contrahatur, ubi nihil intereſt mandantis: itemque, quod magis ſingulare eſt, ut mandati actio contraria ſola ſit, ubi nulla eſt directa. Et huc facit, quod ICtus ſcribit in *dict. leg.* 32. *h. t.* fere quibus cauſis fidejuſſioni locus eſt, etiam obligationem mandati contrahi: certum autem eſt, eum cujus nihil intereſt, poſſe fidejubere. Idque omnimodo procedit, ſi conſilium non ſit indefinitum, verbi cauſa, ut pecuniam fœneres, ſed directum ad perſonam certam, veluti ut Titio fœneres pecuniam quo caſu mandati me teneri ex ſententia Sabini in *fin. hujus* §. ſcribit Juſtinianus. At enim videtur ibi nec ratio dubitandi fuiſſe: Nam cum ipſe Juſtin. in *fin.* §. hujus ponat, mandaſſe me ut Titio pecuniam fœnerares, non jam tua tantum gratia mandatum videtur, ſed aliena & Titii gratia: atque incidit in ſpeciem mandati in § *aliena ſup. h. t.* ubi hanc ipſam ſpeciem ponit Juſtinian. ſi mandavi, ut Titii negotia gereres, &c. Idem enim eſt, ut Titio pecuniam fœneres: ſicut in §. *tua & aliena* ponitur ea ſpecies, ut Titio ſub uſuris pecuniam credas, id eſt, fœneres: atque ita hæc ſpecies quæ proponitur in §. *in fin.* incidet in ſpeciem mandati, quod vel aliena tantum, vel tua & aliena gratia interpoſitum eſt: & proinde non recte refertur *h.* §. ſub mandatum tua gratia tantum. Nemo hoc movet, quod tamen ſcrupulo non caret: ſiquidem enim non dubitatum fuit, quin mandatum contraheretur tua & aliena, vel aliena gratia tantum, cur dubitatum fuit, an contraheretur mandatum, ſi ut Titio pecuniam fœnerares, mandavi? Nihil habeo quod dicam, quam videri Juſtin. in *h* §. abuſum verbo mandandi pro conſulendi; *ut h.* §. *in fin.* procedat, ubi adparet me tantum ſuaſiſſe, citra animum me obligandi, ut Titio fœnerares pecuniam, quod illud in rem tuam eſſe & Titium locupletem eſſe putarem, cum alias ut Titio pecunia crederetur nihil penitus mea intereſſet. Hic enim licet ratio juris videatur denegaſſe actionem mandati, per notata ad §. *præced.* tamen quia ego expreſſi perſonam, quam tu affirmationem meam ſecutus idoneam & ſolvendo eſſe putaſti, non ſit æquum te quodammodo decipi ex mea affirmatione. Extra hos caſus, non obligatur conſulens ex conſilio quod dedit, ſi modo abfuerit dolus, per *l. quod ſi* 8. *de dolo malo.* & *l.* 2. *de proxeneticis. l. conſilii* 47 *de R. I.* & ita non ex conſilio ſed ex delicto tenetur *fac. l. cum leg.* 23. *l. cum quis* 31 *de dolo malo* alius nec qui affirmat ſimpliciter quẽ idoneum eſſe citra mandatum de credendo, tenetur *d. l.* 2. *& l.* 7. §. *ult. de dolo malo.*

Tractant hic quoque Interpp. & in §. *omnes infr. de action. ubi Iaſ. num.* 3. an in delictis quis ex conſilio obligetur. Et quidem objectum conſultationis quæ eſt adjunctum prudentiæ ſunt τὰ πρακτὰ res honeſtæ & licitæ, ut docet *Ariſtot.* 3. & 6. *libb. Ethic.* itaque in veram conſultationem non cadunt delicta. Sed propter dolum fit, conſulens (ſicut & mandans *de quo* §. *ſeq.* teneatur illi, cui damnum datum eſt, non autem ei qui improbum conſilium, quod ipſum in ſpeciem delicti cadit, ſecutus eſt, cum id per LL. facere non liceret, de quo agemus plurib. in f. in § *Interdũ* 11. *de obl. quæ ex del.*

TEXTUS.

3. Illud quoque mandatum non eſt obligatorium, quod contra mores bonos eſt: veluti ſi Titius de furto aut de damno faciendo, aut de injuria facienda mandet tibi: licet enim pœnam iſtius facti nomine præſtiteris, non tamen ullam habes adverſus Titium actionem.

COMMENTARIUS.

HOc commune eſt omnibus obligationibus, ut in eas turpia & quæ ſunt contra bonos mores, inutiliter deducantur § *quod turpi ſup. de inut. ſtipulat.* Ergo nec hæc veniunt in mandatum. Et inepta objectio eſt ex *l.* 3. §. *nec non* 6. *de in rem verſo.* Credidi ſervo Titii, mutua decem: ea ſervus con-

vertit

Digitized by Google

vertit in turpes uſus domini, hoc ita volente: cenſentur in rem domini verſa, ut teneat actio de in rem verſo, quoniam domini voluntate in hos uſus converſa pecunia eſt: in cujus præjudicium perinde habetur, ac ſi pecunia utiliter collata fuiſſet. Itaque minime ponendum eſt, quod ego pecuniam nominatim in eos uſus turpes crediderim. Ita autem mandatum de faciendo turpia nullum dicitur, ut inde nulla civilis hinc inde naſcatur actio, id eſt, ut nec qui mandavit ad implendum, aut eo quod factum non ſit, ad intereſſe directa actione expetiri poſſit: (cum nec quiſquam niſi improbi hic intereſſe prætendere poſſit) nec ſi impleverit mandatarius, contraria valeat agere contra mandantem, ſi quod inde damni ſenſit, & pœnam præſtitit h. §. quippe cum ad implendũ aut ad intereſſe conveniri non poſſet, ſibi, quod fecit, imputet, & cum jure nullum eſſet mandatum, ipſe delicti proprii pœnam præſtitiſſe intelligitur, ita ut nihil mandatum alterius eum relevare poſſit *l. non ſolum* 11. §. *ſi mandatu* 3. *de injuriis l. non ideo* 5. *C. de accuſat.* cum nec ſervis quidem qui mãdatu domini deliquerunt, in atrocioribus & jure naturæ gentiumque prohibitis ignoſcatur: & illi hactenus juſſis dominorum parere non debeant *l. ad ea* 157 *de Reg. Iur. l. is qui* 11 §. *an ignoſcitur* 7. *quod vi aut clam l. ſervus* 20. *de oblig. & act. l. ſimul* 21. §. 1. *ubi Accurſ. rer. amot.* Viciſſim, quia exempli peſſimi res eſt, mandare delictum, ipſe qui mandavit quoque perpetrato delicto, perinde ut ipſe delinquens punitur *d. l.* 11. §. 3. *de iniuriis l. nihil* 15. §. 1. *ad L. Cornel. de Sicar. l. pen. C. ſi reus vel accuſ.* Perpetrato ſcilicet delicto: alias quia res mali exempli eſt, extra ordinem poſſit coerceri: de qua re & quatenus delicto non perpetrato quis teneatur, ob volũtatem & conatum, latior tractatus eſt, quam ut hic explicari poſſit aut debeat. Ergo mandans tanquam ex delicto punitur, licet mandatarius nullam habeat adverſus ipſum actionem juxta *h. §. in fin* De inutilitate turpis mandati ſunt textus *in l ſi remũ* 6. § 3. *l ſi vero* 12. §. *ſi adoleſcens* 11. *h. t. l. ſi contra* 20. *C. eod. l. ſi mandavero* 22. §. *qui eodem* 6 *h. t.* & prætterquamquod iſta pro impoſſibilibus habentur, dolus utrimq; non patitur bonæ fidei contractum ſubſiſtere *l. domum* 57. §. *ult de contr. empt.*

TEXTUS.

4. Is qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati; ut ecce ſi quis uſque ad centum aureos mandaverit tibi ut fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem ſummam fidejubere: alioqui cum eo non habebis mandati actionem: adeo quidẽ ut Sabino & Caſſio placuerit, etiamſi uſq; ad centum aureos cũ eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diverſæ ſcholæ autores, recte uſq; ad aureos centũ te exiſtimant acturum: quæ ſententia ſane benignior eſt. Quod ſi minoris emeris, habebis ſcilicet cum eo actionem mandati; quia qui mandat ut ſibi fundus centum aureorum emeretur, is utiq; mandaſſe intelligitur, ut minoris, ſi poſſet, emeretur.

COMMENTARIUS.

1 *An ultra fines mandati, competat ſaltem actio neg geſt.*

Fines mandati ſunt cuſtodiendi *l.* 5. *in prinip h. tit.* quoniam mandatum ſuſcipitur ſolius mandantis gratia, cui adeo mandatarium hic officium præſtare & quaſi ſervire oportet, ſiquidem mandantis eſt præſcribere, quid & quomodo fieri velit: quod qui faciendum ſuſcipit hoc ipſo ſe ad id & eodem modo peragẽdum obſtringit. Hinc tractata eſt quæſtio, ſi fundum quem mandaveram emi 100. aureis, tu emeris 120. aureis, an aliqua eo nomine tibi competat actio. Et refertur Sabini & Caſſii ſententia *h. §. & l.* 3. §. *ultim. eod.* non poſſe te agere nec in centum quidem: cujus opinionis in *d. §. ultim.* duæ afferuntur rationes, 1. quod qui aliud facit quam quod mandatum eſt, non habeat mandati actionem: hic autem qui pluris emit, aliud feciſſe videatur. Sed nimirum in hoc argumento aſſumptum falſum eſt; & cum in ſumma majori inſit minor, qui fundum emit 120. aureis, eum quoq; emit 100. aureis, & hactenus non aliud, ſed quod mandatum eſt, fecit, & quid ni igitur hactenus poſſit agere mandati? Altera ratio eſt, ſi mihi non competit mandati actio cõtra te qui exceſſiſti fines mandati: ergo nec tibi debebit competere adverſus me: ne alias claudicet contractus mandati: Atqui hoc caſu non competit mihi actio contra te. Ergo &c. Aſſumptum ponitur in *d. l.* 3. §. *ult.* his verbis: *nam iniquum eſt non eſſe mihi cum illo*

propterea non poſſit exigere à ſocio exactiſſimam diligentiam: ut paulo ante dixit Juſtinian. Et nimirum diligentia ſignificat quid poſitivum, ut cum cura tractet res communes; quod non facit, qui deſes & ignavus eſt: itaque cum conſideramus ſocium ut curantem res ſuas, uti decet quosvis homines curare, æquiparatur ea diligentia & cura cum diligentia, quæ præſtanda eſt rebus communibus. Atquin ſi per deſidiam & ignaviam negligat res communes, licet etiam eadem deſidia negligat res ſuas, non erit excuſatus: erit autem depoſitarius, ſi juxta in rebus ſuis & depoſitis ignavus ſit, & non tenebitur, ſi per ejuſmodi ignaviam & deſidiam res depoſita perierit. Tum etiam nemo uſque adeo ignavus eſt, ut non aliquando vulgari ſaltem diligentia res ſuas curet ad quam diligentiam æſtimabimus eam, quæ requiritur in rebus communibus & in negotiis ſocietatis. Atquin depoſitarium excuſari dicimus, ſi ignaviter cuſtodiat depoſitas, ſi modo aliquando in rebus ſuis eadē ignavia utatur modo non uno eodemque tempore dum ſuas res curat, depoſitas negligat: quod ſane dolo non caret.

AD TITULUM XXVII. LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE MANDATO.

TEXTUS.

Mandatum contrahitur quinque modis: ſive ſua tantum gratia aliquis tibi mandet, ſive ſua & tua, ſive aliena tantum, ſive ſua & aliena, ſive tua & aliena. At ſi mandatum tibi ſit tua gratia tantum ſupervacuum eſt mandatum, & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vós actio naſcitur. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti ſi quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut ei emeres fundum, velut pro eo ſponderes. Tua & mandantis gratia: veluti ſi mandet tibi ut pecuniam ſub uſuris crederes ei, qui in rem ipſius mutuaretur: aut ſi volente te agere, cum eo ex fidejuſſoria cauſa, mandet tibi ut cum reo agas periculo mandantis, velut ipſius periculo ſtipuleris ab eo, quem tibi delegat, in id quod tibi debuerat. Aliena autem tantum cauſa intervenit mandatum, veluti ſi tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, velut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes. Sua & aliena, veluti ſi de ſuis & Titii negotiis communibus gerendis tibi mandet: vel ut ſibi & Titio fundum emeres, velut pro eo & Titio ſponderes. Tua & aliena, veluti ſi tibi mandet, ut Titio ſub uſuris cederes: quia ſi ſine uſuris pecuniam crederes, gratia tantum aliena intercedit mandatum.

COMMENTARIUS.

1 *Mandati diviſiones.*
2 *De ſpecie mandati, aliena gratia tantum.*

SEquitur quarta ſpecies contractuum, qui conſenſu conſtant, Mandatum: quod eſt contractus, quo negotium alterius gratuito expediendum ſuſcipitur: vel, quod redit eodem quo negotium alteri gratuito expediendum committitur: vel contractus, de negotio alterius gratuito expediendo: quandoquidem ut ſupra monuimus perfectio horum contractuum in nudo conſenſu conſiſtit, & ab implemento, in quo finis extremus conſiſtit, differt.

Mandati diviſiones † & fere ab objecto ſunt variæ. 1. Mandatum vel eſt ad negotia judicialia, vel extrajudicialia. 2. Aliud eſt ad negotia univerſa, aliud ad partem eorum vel etiam ad ſingulare aliquod negotium: & iſtud rurſum in generale ſimplex, & cum libera poteſtate adminiſtrandi ſolet ſubdiſtingui: de quo aliquid diximus ad §. *nihil autem 43. ſup. de rer diviſ.* 2

Hoc loco alia diſtinctio itidem ab objecto deſumpta proponitur: quæ ſiquidem forma externa tandum mandandi conſideretur, ſextuplex, cæ,

teroquin ſi effectum, & actionem mandati naſcentem attendas, tantum eſt quintuplex: quoniam poſterior ſpecies, ubi tua tantum gratia mandatum interponitur, incidit in ſpeciem conſilii: qua gratia etiam à reliquis ſpeciebus ſeparatur, *in §. ſeq. & in l. 2. h. tit.* quia, ut iis locis traditur non eſt obligatorium hoc genus mandati: ut ad *text. ſeq.* dicemus.

Porro & amplius cum omnes obligationes ei fini introductæ ſint, ut unusquisque agat, quod ſua intereſt, eoque alteri per alterum non quæratur actio *l. ſtipulatio. § alteri. 17. de verborum obligationibus §. alteri. 18 & § ſeq. ſupra de inutil ſtipulat.* ideoq; ex ſpeciebus quinque hoc textu propoſitis & per exempla declaratis, tertia & quinta ſpecies recipiunt dubitationem, eam nimirum, *aut aliena gratia tantum*, aut *tua & aliena gratia ſimul* aliquid fieri mando: quoniam nihil mea intereſſe videtur, ut negotia aliena, ſive alium tantum, ſive ſimul alium & Te concernant: Nec vero mea quidquam intereſſe videtur, ut Titio negotia gerantur, vel ut ipſi fundus ematur, aut ut quis pro eo ſpondeat: quæ ſunt exempla *§. aliena tantum h. t.* nec adeo ſi id factum non ſit, mihi mandati actio competet: qua actione negata, nec mandatum conſiſtere poteſt. Hæc enim eſt quæ primo & principaliter naſcitur ab initio ſtatim ex mandato, ut fiat, quod alter in ſe ſuſcepit, aut intereſſe præſtet: Quod ſi ſua non intereſſe poſſit probare, qui mandavit, fruſtra aget per *l. ſi procurat. §. Mandati 6. h. t.* ubi ICtus ait, tum demum ſi intererit, & quatenus intereſſit, dari, ſi nihil interſit, ceſſare mandati actionem. Atquin, ut Titii negotia curentur, ſi Titium qua Titiū conſidero, & negotium tantum qua alienum, nihil mea intereſt: quomodo hoc ſenſu in *d. §. alteri 18. ſup. de inutil ſtip.* nihil mea intereſſe ait Imp. ut Titio detur: Hoc fundamentum ſolidum eſt omnino, & ita ut fateri neceſſum ſit, ambigue dici, mandari aliena gratia, vel aliena & tua gratia: & quidem particula *tantum* videri poſſit excludere omnem ſanam interpretationem: ſed utique non poteſt ſententia admitti, ex qua ſequitur falſum & abſurdum, & quæ offendit principia juris. Itaq; dicendum eſt, dici mandatum tua gratia vel aliena tantum proximi, & immediati, qua mandatarius quod agit, alium reſpicit, non me ipſum mandantem: ſed quod nihilominus neceſſe ſit, ut primo mea quoq; interſit. Atque ad hanc rem ſumenda ſunt exempla ex *§. ſed & ſi 19. de inutil ſtip. l. ſtipulatio 38. § ſi ſtipul r 20 & § ſi quis 22. de verbor. obligat.* quibus oſtenditur valere ſtipulationes ut alteri detur, ſi ſtipulantis interſit: ut maxime immediate in perſonam alterius ſtipulatio collata fuerit. Et ita ſi quis mandet ut ejus negotia curentur cui ipſe mandati judicio tenebatur, dicemus juxta text. hunc mandatum fieri aliena gratia, ſed ut nihilominus primo mea gratia mandatum intelligatur. Secundum quod membra iſta recte explicanda ſunt: ut tum mea tantum gratia mandatum dicatur, cum perſona mea ſola intervenit, ejuſque tantum in mandato fit mentio: aliena autem gratia, ubi intervenit perſona cujus negotium directo mandatum concernit, ſed ut uniquam mea perſona penitus ſit excluſa: quod poſtea in judicio oſtendiſſe ſufficiet, mea nimirum intereſſe: & ut actio teneat, ſufficiet alterum mandatum in ſe ſuſcepiſſe, utcunque ille an & quatenus mea intereſſet, ignoraverit. Et ita verbi cauſa, ſi Titio mandante mihi ut ejus negotia geram, & ego hoc ſuſceperim, quoniam exinde ei teneor, recte tibi mando, ut negotia Titii geras: quod ut maxime videatur concernere Titium tantum, tamen mea id fieri quoque intereſt. Nec male Accurſ. ad *l. ſi remun. 6. § ſi tibi 4. & in l. 2. §. aliena h. t.* notat, quod mandatum aliquod ſtatim ab initio efficaciter conſiſtit, & omnimodo actionem mandati producit, quæ tamen ex accidenti forte elidi poſſit, *argum l. 8. §. 6. h. t.* aliquod eſt in ſuſpenſo, an ſit competitura mandati actio: veluti ſi cum mea etiam non intereſſet, mandavero, ut Titio pecuniam credas: ubi quidem ſi nihil initio mea pecuniariae interſit, & tu Titio pecuniam non credideris, nulla mihi erit contra te efficax mandati actio. Quod ſi tu ſecutus mandatum meum, (neque enim neceſſum erat te explorare, an mea intereſſet) credidiſti pecuniam, cum iniquum ſit te decipi, ego tibi actione contraria mandati ſum obligatus: & ob hoc ipſum, ſi tu non recte nec ex bona fide omnia egiſti, mihi quoque contra te directa actio dari debet. Ex his commodiſſime explicatur *d. l. ſi remunerandi 6 §. 4. h. t.* ubi proponit ICtus mandaſſe me tibi quod mea non intererat. Nimirum, quod mea non intererat ab initio & ſtatim: vel quod mea non intereſſe videbatur directo, cum mea perſona non eſſet inſerta mandato, licet alias primo mea intereſſe. Itaque male *Balduin. in §. 1 h. t. Hottomann 5. obſ. 10.* ibi expungunt negationem: quamvis eam in quibuſdam codicibus deeſſe Acc. ibidem notet. Ex quibus perſpicuum eſt, non omnia membra quæ hic referuntur æqualiter eſſe ſpecies

mandati;

mandati: & maxime poſtremum, ubi mandatur tua & aliena gratia: ſiquidem tua gratia quod ſit mandatum obligatorium non facit, ut docet §. *ſeq* ideoque illam ſpeciem mandati ſuſtinet, quod aliena gratia mandatum eſt: & illud per accidens eſt, quod adjectum fuit mandato, ut pecunia crederetur ſub uſuris: quod etiam accidit in ſpecie ſecunda, ubi mea & tua gratia dicitur mandatum eſſe: ubi ejus mandati tria ponuntur exempla 1. ut cum aliquis in rem & in commodum meum eſſet accepturus pecuniam, tu ei illam ſub uſuris crederes. Alterum eſt, ut cum reo principali potius agas, quam cum me, qui ſi ejus ſtera pro reo) nam olim omnino fidejuſſor poterat conveniri ante reum principalem.) & ut agas (in quo commodum tuum) periculo meo, ut ſcil. ſi quid ab eo conſequi non poſſis, me habeas obligatum: & neceſſitas mandati hujus iſta fuit: quod alias ex ratione juris veteris (quod Interpp. hic non animadvertunt) convento reo liberabatur fidejuſſor *l. ultim. Cod de fide juſſor.* (ubi hoc jus mutatur) & ergo mandatum facit, ut liberatus fidejuſſor teneatur nova actione mandati. Tertium exemplum eſt, Debeor tibi centum: ea obligatione cum liberari cuperem, rogavi te ut ea centum ſtipulareris à Titio, quē tibi in hoc delegavi. Et cum per delegationem ita fiat novatio, hactenus meum commodum verſatur, quod ego à te liberor: ſed & tuum quod novū conſequeris debitorem, & me quoque nihilominus ex mandato obligatum habes: cujus periculo ſtipulatus es. & utrunq; hoc exemplum extat in *l. ſi mandavero 22. §. Interdum 2. & l. ſi mandatu 45. § pen. & ult. h. t.*

TEXTUS.

2. Tua tantum gratia intervenit mandatum: veluti ſi tibi mandem, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverſo, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum, magis conſilium eſt, quam mandatum, & ob id non eſt obligatorium: quia nemo mandati ex conſilio obligatur, etiamſi non expediat ei cui mandabatur: cum cuique liberum ſit apud ſe explorare, an conſilium ſibi expediat. Itaq; ſi otioſam pecuniā domi te habentē hortatus fuerit aliquis, ut aliquam rem emeres, vel eam crederes, quāvis non expediat tibi eā emiſſe, vel credidiſſe, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita ſunt, ut quæſitum ſit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares: ſed obtinuit Sabini ſententia, obligatorium eſſe mandatum in hoc caſu: quia non aliter Titio credidiſſes, quam ſi tibi mandatum eſſet.

COMMENTARIUS.

1 *Conſilium an obliget.*

2 *Cujus quo mandatum contrahitur, ubi mea non intereſt & actio contraria detur, ubi non eſt locus directa, nec eſſe poteſt.*

HAnc ſpeciem ipſe in *prin. hujus tit.* removit à reliquis, imo mandati ſpeciem eſſe negavit, ſicut & ICtus in *l. 2 in princ. h. t.* qui tamen itidem *in §. ultim.* ut hic Juſtin. refert hoc, quod tantum externa forma, & nomine tenus mandatum dici poteſt, cum nulla inde naſcatur obligatio: quoniam ut Juſtin. ait, eſt magis conſilium quam mandatum, neque ex conſilio quis † obligatur quoniam qui 1
conſilium dat, fidem præſtare non eventum debet. Eteeſſant hic rationes quæ mandatum faciunt, ubi aliena gratia mandatum quid eſt, ut a d § *prec.* explicavimus: neque enim intereſſe poteſt mea reveta, ut tu conſilium meum ſequaris. Hoc ita conſilio ſimplici, & quod in terminis conſilii conconſiſtit. Itaque ſecus ſi mandando impuli & feci, ut quis quid faceret, quod alias facturus nō fuiſſet, ſed ille fidem meam ſecutus eſt, idque omnimodo ubi mea ſimul intererat id fieri, & ex facto illo recta aliis oneribus qui fecit implicaretur: veluti ſi ego creditor defuncti, mandavero hæredi ut adiret hæreditatem, quoniam mea intererat eſſe hæredem quem convenire poſſem *l. ſi hæreditatem 32. inf h. t.* Sed & amplius licet mea ita non intereſſit, ſi tamen ſuaſu nō ſimplici ſed impulſu meo feciſſes, quod alias facturus non fuiſſes, contrahi mandati obligationē reſponſum eſt in *l. ſi remun. 6. § plane 5 h. t.* qui ita cum hoc §. componi ſolet: quamvis Faber diſtinguat, an quis verbo conſulendi an mandandi uſus fuerit. Et ſane ſi appareat quem citra dolum conſuluiſſe tantum, ſumma ratio ſuadet eum non teneri,

 utcun-

vertit in turpes uſus domini, hoc ita volente: cenſentur in rem domini verſa, ut teneat actio de in rem verſo, quoniam domini voluntate in hos uſus converſa pecunia eſt: in cujus præjudicium perinde habetur, ac ſi pecunia utiliter collata fuiſſet. Itaque minime ponendum eſt, quod ego pecuniam nominatim in eos uſus turpes crediderim. Ita autem mandatum de faciendo turpia nullum dicitur, ut inde nulla civilis hinc inde naſcatur actio, id eſt, ut nec qui mandavit ad implendum, aut eo quod factum non ſit, ad intereſſe directa actione experiri poſſit: (cum nec quiſquam niſi improbi hic intereſſe prætendere poſſit) nec ſi impleverit mandatarius, contraria valeat agere contra mandantem, ſi quod inde damni ſenſit, & pœnam præſtitit h. §. quippe cum ad implendū aut ad intereſſe conveniri non poſſet, ſibi, quod fecit, imputet, & cum jure nullum eſſet mandatum, ipſe delicti proprii pœnam præſtitiſſe intelligitur, ita ut nihil mandatum alterius eum relevare poſſit *l. non ſolum 11. §. ſi mandatu 3. de injuriis l. non ideo 5. C. de accuſat.* cum nec ſervis quidem qui mādatu domini deliquerunt, in atrocioribus & jure naturæ gentiumque prohibitis ignoſcatur: & illi hactenus juſſis dominorum parere non debeant *l. ad ea 157 de Reg. Iur. l. is qui 11 §. an ignoſcitur 7. quod vi aut clam l. ſervus 20. de oblig. & act. l. ſimul 21. §. 1. ubi Accurſ. rer. amot.* Viciſſim, quia exempli peſſimi res eſt, mandare delictum, ipſe qui mandavit quoque perpetrato delicto, perinde ut ipſe delinquens punitur *d. l. 11. §. 3. de iniuriis l. nihil 15. §. 1. ad L. Cornel. de Sicar. l. pen. C. ſi reus vel accuſ.* Perpetrato ſcilicet delicto: alias quia res mali exempli eſt, extra ordinem poſſit coerceri: de qua re & quatenus delicto non perpetrato quis teneatur, ob volūtatem & conatum, latior tractatus eſt, quam ut hic explicari poſſit aut debeat. Ergo mandans tamquam ex delicto punitur, licet mandatarius nullam habeat adverſus ipſum actionem juxta *h. §. in fin* De inutilitate turpis mandati ſunt textus *in l ſi remū 6. § 3. l ſi vero 12. §. ſi adoleſcens 11. h t. l. ſi contra 10. C. eod. l. ſi mandavero 22. §. qui eodem 6 h. t.* & præterquam quod iſta pro impoſſibilibus habentur, dolus utrimq; non patitur bonæ fidei contractum ſubſiſtere *l. domum 57. §. ult de contr. empt.*

TEXTUS.

4. Is qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati; ut ecce ſi quis uſque ad centum aureos mandaverit tibi ut fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem ſummam fidejubere: alioqui cum eo non habebis mandati actionem: adeo quidē ut Sabino & Caſſio placuerit, etiamſi uſq; ad centum aureos cū eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diverſæ ſcholæ autores, recte uſq; ad aureos centū te exiſtimant acturum: quæ ſententia ſane benignior eſt. Quod ſi minoris emeris, habebis ſcilicet cum eo actionem mandati; quia qui mandat ut ſibi fundus centum aureorum emeretur, is utiq; mandaſſe intelligitur, ut minoris, ſi poſſet, emeretur.

COMMENTARIUS.

1 *An ultra fines mandati, competat ſaltem actio neg geſt.*

Fines mandati ſunt cuſtodiendi *l. 5. in princip h. tit.* quoniam mandatum ſuſcipitur ſolius mandantis gratia, cui adeo mandatarium hic officium præſtare & quaſi ſervire oportet, ſiquidem mandantis eſt præſcribere, quid & quomodo fieri velit: quod qui faciendum ſuſcipit hoc ipſo ſe ad id & eodem modo peragēdum obſtringit. Hinc tractata eſt quæſtio, ſi fundum quem mandaveram emi 100. aureis, tu emeris 120. aureis, an aliqua eo nomine tibi competat actio. Et refertur Sabini & Caſſii ſententia *h. §. & l. 3. §. ultim. eod.* non poſſe te agere nec in centum quidem: cujus opinionis in *d. §. ultim.* duæ afferuntur rationes, 1. quod qui aliud facit quam quod mandatum eſt, non habeat mandati actionem: hic autem qui pluris emit, aliud feciſſe videatur. Sed nimirum in hoc argumento aſſumptum falſum eſt; & cum in ſumma majori inſit minor, qui fundum emit 120. aureis, eum quoq; emit 100. aureis, & hactenus non aliud, ſed quod mandatum eſt, fecit, & quid ni igitur hactenus poſſit agere mandati? Altera ratio eſt, ſi mihi non competit mandati actio cōtra te qui exceſſiſti fines mandati: ergo nec tibi debebit competere adverſus me me alias claudicet contractus mandati: Atqui hoc caſu non competit mihi actio contra te. Ergo &c. Aſſumptum ponitur in *d. l. 3. §. ult.* his verbis: *nam iniquum eſt non eſſe mihi cum illo*

actionem ſi nolit : illi vero ſi velit , mecum eſſe. ubi tamen objicitur *l. poteſt* 41. *h. t.* ubi in his ipſis terminis utrimque contrarium reſpondet Juriſconſultus, nimirum ei qui egreſſus eſt fines mandati , actionem contra me non eſſe , ſed me poſſe agere contra eum. Reſpondendum eſt, vel quod ita quidem Caſſius & Sabinus diſputaverint , eorum autem diſputatio improbata & falſa habita fuerit: vel potius, quod in *l. 3. §. ult. h. titul.* intelligatur, nõ poſſe me agere ut fundus tradatur mihi pro 110 aureis quibus juſſeram eum emi: & ideo nec debere agere poſſe mandatarium , ut ego fundum recipere pro tot aureis cogeret. In quo ita explicato argumento vitium perſpicuum deprehenditur: quoniam ut pro precio quod definivi, fundum recipiam ego, remittente reſiduum meo procuratore, nihil penitus in qui ſapit aut habet: cum nihil habeam , quod objicere agenti poſſim : cum remiſſio eo quod excedit, perinde ſit , ac ſi fundus pro centum aureis emptus fuiſſet : & cum nemo præſumatur jactare ſuam pecuniam, fundus in dubio pluris præſumetur eſſe, & tanti quanti emptus fuit , ut gratulari mihi debeam, ſi fundum emptum 120. aureis conſequar pro aureis centum. Et merito igitur placuit Proculi ſententia, qui dedit actionem in ſum-
2 mam mandato † expreſſam. Et hoc tam perſpicue oſtendunt hi textus *in l. 3 §. ult. & l. ſeq h. t. & h. §.* ut miret potuiſſe probari olim Martino , & poſt eum Fabro hic tam abſurdam opinionem , quod etiam ultra ſummam illam & in ſolidum utili actione negot. geſtorum experiri mandatarius poſſit : ſiquidem ita manifeſto injuria fieri mandanti, qui ultra expendi noa voluit : & daretur occaſio per improbitatem aut malignitatem excedendi fines mandati : Et vero quid mea intereſſe poteſt, an actione mandati an negotiorum geſt. conventus ſolidum exſolvere cogar quod tu expendiſti: cum & hæc actio ſit bonæ fidei: neq; hic & in *d. l. 3.* & 4 in verbis luſiſſe, & de his tantum reſpondiſſe Juſtin. & JCti credendi ſunt. Accedit, quod Acc. citat ex *l. ult. Cod. de negot. geſt.* nõ dari neg. geſt actionem ei qui vetante me alicui quid fecit : vetare autem intelligor ne quid ultra fiat, dum ſummã mandato exprimo. Prætexit tamen Faber æquitatem, & his utitur rationibus 1. quod tantum textibus ante citatis negetur actio mandati : ergo dari poſſe aliam actionem. 2. quod qui aliena negotia gerit ſine mandato, habeat negot. geſt. actionem: & quatenus exceſſit fines mandati procurator, videri inſtar negot. geſtoris. 3. iniquum eſſe ait , ut alterum damno meo lucrum ferat : & nimirum fundum quem ego emi pro 120. aureis , pro 100. aureis habeat. Sed non difficilis eſt ad iſta reſponſio. Et ad 1. ineptum fore Juriſconſultum, ſi negata actione mandati daret aliam quæ ejuſdem ſit poteſtatis : & ob id non tantum negatam intelligi debere mandati actionem, ſed omnem , qua finem eundem procurator enſequatur : neque mentionem alterius quam mandati actionis JCtus facere debuit, aut vero potuit, cum de mandato tractaret; neque extra terminos mandati locum reperiat hæc tractatio. Ad 2 locum eſſe negot. geſt. actioni, ubi nihil actum geſtumve eſt contra vel præter mentem, & vel expreſſam ſive etiam veriſimilem voluntatem ejus, ad quem negotium ſpectat: atquin qui circumſcripſit certos limites mandato, fieri ultra ſane noluit. Ad 3 Reſp. vel quod imputare ſibi debeat , qui ſua culpa damnum ſentit : vel potius actionem hactenus negari mandatario, ne fundum tanti quanti emptus eſt mãdans recipere cogatur: exterum ſi mandans ad fundum tradendum actione mandati directa agat , procul dubio defendetur exceptione mandatarius, ut fundum niſi integro ſibi pretio ſoluto , quod ipſe expendit, tradere non cogatur. Atq; hæc ad iſtum 6. nam quod in f. habetur, ſi fundus minoris emptus ſit, haud eget explicatione.

Et ex hoc textu argumentum ſumi poſſit ad politicam quæſtionem, an Legatus , vel qui alias mandatum à Republ, vel magiſtratu habet, præter & extra mandati terminos aliquid facere poſſit. Et recte monet *Gellius 1. noct.* 13. varias circumſtantias hic conſiderandas eſſe, ingenium perſonæ mãdantis &c. ſed forte ſtatum Reipubl. ſed & perſonam mandatarii : itemque utilitatem & commodum quod ſperatur, an certum ſit necne? Utilitas plane Reip. ſumma Lex eſſe debet : & ubi occaſio offeratur, nec conſuli Reſpubl. poteſt, quæ ſi tale quid prævidiſſet, procul dubio id mandatum fuiſſet, boni civis eſt uti occaſione. Et mihi probari videtur, quod referente *Xenoph. 5. hiſt. Græc.* Ageſilaus cenſuit: cum accuſaretur Phœbidas , quod injuſſu Reipubl. & præter mandatum (juſſus autem erat inferre bellum Olinthiis) arcem Cadmeam occupaſſet, dixit Ageſilaus *εἰ μὲν βλαβερὰ τῇ λακεδαίμονι πεπραχὼς εἴη, δίκαιος εἴη ζημιοῦσθαι· εἰ δὲ ἀγαθὰ, ἀρχαῖον εἶναι νόμιμον, ἐξεῖναι τὰ τοιαῦτα αὐτοσχεδιάζειν.* Sed non licet pluribus hic excurrere. Plane autem improbandum cenſeo , quod Craſſum feciſſe refert *Gell. d. c. 13. in fin.* quod flagris caſtigaverit architectum,

Digitized by Google

ctum, qui juſſus afferre trabem majorem ad conficiendum arietem quaſſandis muris, attulit minorem, quem aptiorem & commodiorem ex arte ei ter ſciebat.

TEXTUS.

5. Recte quoque mandatum contractum, ſi dum adhuc integra res ſit, revocatum fuerit, evaneſcit.* Item ſi integro adhuc mandato mors alterutrius interveniat, id eſt, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum ſuſceperit, ſolvitur mandatum. Sed utilitatis cauſa receptum eſt, ſi eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans deceſſiſſe eum, executus fueris mandatum, te agere mandati poſſe: alioqui juſta ignorantia & probabilis tibi adferret damnum. Et huic ſimile eſt quod placuit, ſi debitores manumiſſo diſpenſatore Titii, per ignorãtiam, liberto ſolverint, liberari eos: cum alioqui ſtricta juris ratione non poſſent liberari, quia alii ſolviſſent, quam cui ſolvere debuerint. Mandatum non ſuſcipere cuilibet liberum eſt: ſuſceptum autem conſummandum eſt, aut quam primum renuntiandum, ut per ſemetipſum aut per alium eandem rem mandator exſequatur. Nam niſi ita renuntiatur, ut integra cauſa mandatori reſervetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: niſi juſta cauſa interceſſerit aut renuntiandi, aut intempeſtive renuntiandi.

COMMENTARIUS.

1 *Mandatum quomodo finiatur morte mandantis.*

2 *Ad L.12.§ ult. Mandati.*

1 MOdos finiendi † mandati hoc contextu propoſitos, ſimul tractare placet. Et nimitũ mandato finiendo cauſa præbetur, vel ex perſona utriuſque & mutua voluntate & conſenſu, quæ res dubium non habet, & pertinet ad *§. ult. inſt. tit. ultim. h. libro:* vel ex perſona alterutrius, qua mandantis qua mandatarii. Ex perſona mandantis finitur 1. morte ejus, & hoc omnimodo ſive res ſit integra adhuc ſive non amplius integra: cæteroquin alias intereſt inter hæc duo. Et priori nimirum caſu ubi res adhuc eſt integra, cum voluntas morte finiatur, hæres non poteſt agere ut fiat quod defunctus fieri mandavit, quippe cum mandatum morte ſolvi dicatur *h. text. verſ. Item ſi & l. mandatum 25. C. h. t. l. inter 26. in pr. h. t. l. ult. de ſolution.* Ex adverſo nec mandatarius & ex eadem ratione amplius mãdatum exſequi poteſt, & ſi id fecerit, nullam habet actionem contra hæredem defuncti *d. l. 26. & l. ſeq. §. 3 h. t.* quod ipſum evidentiſſime probat, mandatarium, ut impleat mandatum, vel ut intereſſe præſtet, per mandantis hæredem conveniri non poſſe. Et cum tamen jus jam ex contractu & mandato quæſitum fuerit defuncto, videatur id tranſmiſſum in hæredem, cujus & intereſſe præſumitur non minus quam defuncti. An hoc ita receptum, quod, ut dixi, pendet mandatum à mandantis voluntate, qui ut mox dicemus id pro lubitu revocare poteſt, voluntas autem morte finitur *l. 4. Locati cum ſimilib.* An, quia fortaſſis hæres non æque voluiſſe illud factum, quod voluit defunctus, ut merito liber debuerit eſſe hæres ab obligatione illa, qui & factum illud per alium forte explicari mallet. Quod ſi enim mandatarius jure obſtrictus fuiſſet hæredi, utique etiam eo non conſulto factum ſibi mandatum exſequi potuiſſet. An hæc denique ratio eſt, quod ut *Cicero pro Sext. Roſcio* diſputat, amicis fere mandamus, quæ fieri volumus, & qui gratuitum officium ſine ullo lucro in gratiam amici ſuſcipit, id amico ſoli non hæredi, qui in amicitiam non ſuccedit, tribuiſſe intelligitur: quẽ adeo non æquum ſit obligatum eſſe hæredi. Objicitur † autem *l. ſi vero 12. § ult. cum leg. ſeq. h. t.* quibus probatur mandatum poſſe porrigi ultra mortem, ita ut hæres mandati agere poſſit. An durat mandatum poſt mortem ſi expreſſe poſt tempus mortis collatum ſit? Atquin in *d. l. ult. de ſolut.* negatur poſſe ſolvi ei cui poſt mortem meam ſolvi juſſi, ex hac ratione, quod mandatum morte ſolvatur. An oportet id genus mandati eſſe, quod non niſi poſt mortem impleri poſſit? velut in *d. l. 12. §. ult. h. t.* ut monumentum mihi fiat: quæ magis eſt communis explicatio Doctorum: ubi tamen rurſus reſiſtit *l. etſi 14. §. ſi cui de religioſ.* ubi in ſimili genere mandati, ſi factum non ſit, ad actionem doli 2

recur-

recurritur, quod argumentum eſt, ordinariam actionem deficere, quæ ſcilicet ubicunque locum habet, actio doli ceſſat: Vix habeo quod dicam, quam quod aliquibus placet, actionem mandati, quæ & ipſa ubi dolus arguitur, famoſa eſt, cum actione doli concurrere poſſe: de quo alibi tractatur. Illud autem notandum, exceptionem eſſe in *dict. leg.* 12 *§. ultim D Mandati*, ad notiſſimam illam propoſitionem & receptam jure veteri regulam, de qua egimus in § *poſt mortem pen. ſupr. de legation & in §. poſt mortem* 11. *de inutil. ſtipulat.* actiones non poſſe incipere ab hæredibus & in hæredes: utique enim actio incipit in perſona hæredis in *dict. leg.* 12. *§. ultim. D. h. titul.* & ſiquidem admittendum fuit ejuſmodi mandatum, etiam admittenda fuit neceſſario hæc exceptio, cum non poſſit fieri, ut iſtæ de quibus ibi tractatur obligationes, ut funus curetur, ut monumentum fiat, incipiant in perſona defuncti, & ab hoc in hæredes tranſmittantur. Atque hæc de priori membro quo mandans re integra adhuc defunctus eſt: quo nimirum ipſo jure ſolvitur mandatum, & nulla actio competit mandatario, ſi poſt mandatoris mortem exſequutus fuerit mandatum. Sed æquitas & ut Juſtinian. in noſtro textu ait, utilitas ſuaſit, ſuccurri mandatario, ſi ignorans quod mandator obierit, aut cœperit, aut etiam impleverit mandatum: itaque exceptio quæ hic competit hæredi ſummo jure, eliditur explicatione juſtæ ignorantiæ, ne decipiatur, qui bona fide officium implevit, *h. text. verſ. ſed utilitatis l. inter* 26. *in princ. l. ſi præced.* 58. *in princ h. titul* idque Juſtinian. *dict. loco verſ. & huic.* Illuſtrat ſimili, ſi creditores mandantis, ſolverint diſpenſatori ejus poſt revocatum mandatum, quod nimirum eos excuſet juſta ignorantia finiti mandati. Itaque juſta ignorantia & æquitas facit, ut quaſi adhuc durare videatur mandatum, aut utique actio mandati, ut diſputat Juriſconſultus in *l. ſi præc.* 58. *in princip. h. titul.* quamvis forte non valde ſubtiliter: cum negato penitus mandato, nec actio ex eo quod poſt mortem geſtum eſt locum habere poſſit. Poſſit tentari idem, ſi mandatarius ſciens objiſſe mandatorem, errore aliquo putarit incumbere ſibi neceſſitatem implendi mandati; ut actio huic accommodetur ex æquitate, argum. ejus quod de hæredibus mandatoris reſponſum eſt in *l. mandatum* 57. *Mandati:* nam nec error juris nocere ſolet, ubi de damno vitando agitur. Sequitur alter caſus, ubi re non amplius integra obiit mandans. Et hic ratione ejus quod vivente adhuc mandante geſtum eſt, conſtat utrimque eſſe actionem: An autem mandatarius ſciens quoque deceſſiſſe mandantem, poterit implere mandatum, ſi quid forte ei abſolvendo adhuc deſit? Et ratio ſuadet ut diſtinguamus an quæ ſuperſunt agenda, cum prioribus ſint connexa nec ne: ut illa mandatarius implere poſſit, quin & debeat, argum. eorum quæ ſtatim dicemus de caſu mandatoris mortui. Nihil autem huc pertinet, quod affertur ex *l. ſi quis* 17. *§. ſi impubes* 2. *de inſtit. action.* nam & mandatum iſtud generale. & propter utilitatem promiſcui uſus, quo quis rebus ſuis & tabernæ præpoſuit inſtitorem, placuit, morte præponentis non finiri, ſed opus eſſe revocatione hæredis. Et fruſtra Dd. objiciunt *l. cum qui* 41. *in pr. de reb. cred.* ſiquidem ibi propter mutatam conditionem perſonæ ex veriſimili mente præponentis mandatum intelligitur eſſe revocatum. Hic primus modus eſt, quo ex perſona mandantis mandatum finitur: Mors mandantis.

Alter modus principalis eſt, Revocatio mandati: quæ diſtingui poteſt ut alia dicatur tacita alia expreſſa. Tacita inducitur ex mutatione perſonæ: *argum h. text. verſ & huic junct. l. cum qui* 41. *in prin. de reb cred.* veluti ſi manumiſſus ſit, quem dominus præpoſuerat recipiendis pecuniis: quo facto amplius ei ſolvi non poteſt: cum videatur novus homo & alius, ut ait Juſtinian. *in d. verſ.* quo exemplo (nam in perſonam ſervi proprie mandatum non cadit) dixerim idem, ſi cui mandatum dederam de exigendis pecuniis & recipiendis, fuerit in alium ſtatum deductus, ut vero ſimile ſit, mandatorem nolle jam amplius ei pecuniam ſolvi; arg. ejus, quod de adjecto ſolutionis cauſa, qui inſtar procuratoris eſt § *ſi quis alii ſupr. de inutil ſtipul.* reſpondit Africanus *in l. cum quis.* 38 *in princ de ſolutionib.* Revocatio expreſſa vel fit re integra (libet enim huic ſpeciei ſubjicere iſtam ſubdiviſionem) vel re non amplius integra: id eſt, poſtquam mandatarius negotium exſequi cepit. Priori caſu, ut Juſtinianus ait, mandatum evaneſcit, *h. textu in princip.* nec enim ullum intereſſe poteſt prætendere mandatarius, cum mandatum ſit gratuitum & mandantis gratia ſuſcipiatur: ut inepte objiciatur, ex *l. ſicut.* 5. *Cod. de obligat. & action.* contractus initio voluntatis poſt neceſſitatis eſſe: ſiquidem id non aliter poteſt obtinere, quam ubi utrique vel alterutri jus eſt ex contractu & obligatione quæſitum: atqui mandatario nullum jus eſt quæſitum. Re non integra, ſi revocatio ſit ſecuta, hactenus qui-

Digitized by Google

quidem ſolvitur mandatum, ut ultra progredi nequeat mandatarius, ſed ex antegeſto competit utrique actio: itaque ſignanter Juſtinian. *in pr. h. textus*, per revocationem, quę ſecuta eſt re integra, mandatum *Evaneſcere* ait: nam ubi res non amplius integra eſt, mandatum evaneſcere dici non poteſt. Quod ſi revocato mandato procurator aliquid egerit, eo nomine actionem non habebit: nimirum, ſi revocatio ſit expreſſa: ſicut & ita obtinet, ubi alias mandatum finitum eſt, veluti morte, ſi ſciens hoc, mandatarius quid fecerit *l. hoc jure, 19. § ſi quis. in fin. de donat.* veluti ſi pecuniam quis dederit Titio ut eam traderet Seio, cui donatum volebat, quamvis & hoc caſu licet ignorans defunctum Titius, ſolverit, non fiat pecunia Seii. *l. 2. § ſed ſi. 6. de donat.* quoniam mandatum ſolutum eſt. Cæteroquin ſi quis v. c. emere juſſerit, licet procurator verus mandato revocato, aut morte finito, contrahat, ſciens mortuum eſſe, actionem quidem mandati non habebit, ſed actus omnino ſubſiſtit, quia in ſuam perſonam contrahit verus procurator: licet jam non id fecerit, ut procurator: ſed tamquam nomine ſuo. Neque hic obſtat *l. ſi pœnituit. 7. de divort. l. ſi quis. 25. §. penult. de acq. hær.* quoniam ibi agitur de facto mere perſonali, & in quo alter non niſi miniſtri partibus fungitur, & de adquirendo ipſi mandanti, itaque etiam impeditur actus, ob nudam pœnitentiam, licet cui mandatum eſt, mutatam voluntatem ignoret *dd. textib.* Hæc de perſona mandantis.

Ex perſona mandatarii finitur mandatum, itidem 1. morte ejus: quoniam electa eſt induſtria perſonæ, ut proinde obligatio in hæredem non tranſeat; idque ſive re integra mortuus ſit mandatarius, ſive re non integra: nam & hic intercedit mandatum, *l. mandatum. 57. h. titul.* ut proinde hæredes mandatarii, nec ceptum negotium perficere poſſint, per *d. l. 57.* ubi ignoſcitur tamen hæredibus & eis actio conceditur, ſi juſto errore negotium à defuncto ſuſceptum perfecerunt: quin imo ſi res connexionem habeat, videantur teneri quoque hæredes, ut eam abſolvant, quemadmodum hæredes tutorum teneri videntur, eo argumento, quod tutor ipſe & poſt pubertatem finitam tela, tamen quæ connexa ſunt, perficere debet, *l. ita. 3. § ſi tutor, 5. de adminiſtr. tut. l. ſi tutor. 13. de tutel & rat. diſtr. l. tutor. 11. C arbitr. tut. l. tutorem. 37. §. 1. de adminiſt tut. l. 3. §. penult. de contr. tut act.* Illud conſtat, de eo, quod geſſit mandatarius defunctus, utrimque eſſe actionem, idque eſt, quod ait Juriſconſultus *in l. ſi præced. 58. in princ. ff h. titul.* mandatum quidem ſolvi morte mandatarii, ſed non actionem mandati & *in l. inter. 26. in princ. eod.* licet mandatum morte ſolvatur, durare tamen aliquando obligationem.

Alter modus quo ex perſona procuratoris finitur mandatum, eſt renuntiatio: Quæ fit aut tempeſtive cum nihil intereſt mandantis, aut hic rem æque per alium explicare poteſt: aut intempeſtive, cum jam intereſt mandantis & per hunc impleri æque commode non poteſt negotium. Illo caſu omnino ſolvitur mandatum, ut tamen ſi quid geſtum ſit eo nomine utrimque actio detur. Hoc caſu, aut fit renunciatio ex juſta cauſa, aut ex non juſta. Illic itidem finitur mandatum, (ſalva actione pro ante geſto) ut probat hic textus *verſ. nam niſi*, ubi ex juſta cauſa, etiam intempeſtivæ renuntiationi locum facit Juſtinianus, & plenius explicatur *in l ſi mandavero. 22. §. ultim. cum legib. ſeqq. h t.* Intempeſtiva nimirum dicitur renuntiatio reſpectu mandantis, nam, qui juſtam cauſam habet mãdatarius, ſui reſpectu renuntiat tempeſtive. Hic autem ſi cauſa ſit injuſta, tenetur mandatarius, *h. textu. § mandatum & d. l. 22 §. ultim. & l ſi quis 27. §. 2. h. t.* nimirum ad intereſſe: nam ut omnino & præciſe faciat, conveniri non poteſt, cum hæc ſit ex numero obligationum faciendi, in quas ſuccedit intereſſe, *l. 13. §. 1. de re jud.*

TEXTUS.

6. Mandatum & in diem differri; & ſub conditione fieri poteſt.

COMMENTARIUS.

IAM ſæpe monuimus, id eſſe commune omnibus obligationibus, ut aut pure fiant, aut die vel cõditione differantur, vel ſuſpendantur. Poſſit ſane ſubineptum videri, ut quis ſub conditione caſuali negotia ſua geri mandet, ſed mandati genera varia ſunt, & facit hoc libertas contrahendi omnibus promiſſa, ut hoc faciant quomodo volunt, *h. t. & l. 3. de procurat. l. 1 § 3. h. t.*

TEXTUS.

7. In ſumma ſciendum eſt, mandatum, niſi gratuitum ſit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede conſtituta incipit locatio & conductio eſſe. Et ut generaliter dicamus, quibus caſibus ſine mer-

 cede

cede ſuſcepto officio, mandati ſive depoſiti negotium cõtrahitur, iis caſibus mercede interveniente locatio & conductio contrahi intelligitur. Et ideo ſi fulloni polienda curandave quis dederit veſtimenta, aut ſarcinatori ſarcienda, nulla conſtituta mercede, ſive promiſſa, mandati competit actio.

Commentarius.

1 *Quæ ſint facta locari ſolita.*
2 *An ſemper ſit mandatum, ubi non intervenit merces.*

De natura mandati eſt, ut ſit gratuitum *h. text. l. 1 §. ult. l. ita 36. §. 1 in fin. h. tit.* Et ut ne ſit gratuitum facit merces, non honorarium, ut docet *l. 6 in princ. h. tit.* ubi honorarium conſtitutum non impedit, quo minus agatur mandati, & adeo quominus maneat mandatum, pro ipſo enim honorario vix videatur agi poſſe manda i, ſed potius extra ordinem, argum. *l. 1. §. 10. de extraordin. cognit.* niſi quis putet pacto a'jecto poſſe hactenus alienari naturam contractus, ſicut & magis alteratur natura depoſiti in ſpec'e *l. 24. depoſiti*: nam & *tit. de extraord cognit.* & *d l 1. §. 10.* videtur ad eos pertinere, qui ſine ullo promiſſo honorario operam aliis navant, & quidem ita, ut honorarium expectent, cum inde vitam tolerare ſoleant, veluti advocati, & qui alias operas ordinarias in foro litigantibus præſtant: Longe autem latius patet mandati materia: nec videtur extraordinem prætor quibusq; jus dixiſſe, & honorarium decreviſſe, quid quodcunq; tandem negotium ex mandato ſuſcepiſſent. Duæ autem differentiæ notari ſolent inter mercedem & honorarium.

Prima, quod merces conſtituatur pro compenſatione proport onata operæ præſtitæ: non autem honorarium, ſed ſit magis quædam remuneratio. *l. 6. in pr. h. t.*

Altera, quod merces conſtituitur pro factis locari ſolitis, honorarium pro factis, quæ locari non ſolent. Et quod Juſtinianus hoc loco ait, mercede intervenienre eſſe locationem & conductionem, ita limitandum eſt, ſi ſint facta locari ſolita, ut ait Juriſconſultus *in l. 5. §. 2 de præſcript. verbor.*

1 Quæ autem facta † talia ſint, duplici indicio & nota deprehenditur, 1. Si ſint talia, quibus proport'onaliter merces reſpondet, eaque æſtimatur: cujuſmodi ſunt, quæ fere opera manuum à mechanicis præſtantur: facta autem honeſtiora & digniora, veluti poſtulare, advocatum agere, bonas artes docere, ejuſmodi ſunt, ut condigne mercede æſtimari non poſſint nec debeant: itaque hæc non faciunt locationem: & quidquid hic vel promiſſum, vel datum eſt, non merces, ſed honorarium dicitur, & deſuper extra ordinem cognoſcit prætor. 2. Si ex iis aliqua utilitas patrimonialis & pecuniaria ad alterum perveniat, qui eſt locationis finis. Itaque ſi pecuniam dedero, ut ſervum manumittas, non locatio, ſed contractus innominatus eſt, *d. l. 5. §. 2. de præſcript verbor* Majori cautione opus habet, quod *in fin. hujus § ſcriptum eſt, mandati eſſe* actionem, ſi fu loni polienda da a ſint veſtimẽta, nulla mercede conſtituta ſive promiſſa: & nimirum ita accipiendum hoc eſt, ſi expreſſe hoc actum ſit, ut opera gratis præſte ur: vel (quoniam hoc non videtur eſſe de mente Juſtinian.) quod tamen ita præſupponit Theoph. ſi perſona talis ſit, quæ amicitiæ gratia operam addixiſſe & ſuſcepiſſe videatur: cæteroquin, ſi perſona ſit talis, quæ ex operibus hujuſmodi lucrum quærat, & vitam toleret, & quæ intuitu & ſpe intercedit, operas præſtare ſoleat, nõ actio mãdati erit, ſed præſcriptis verbis, per tex expreſſum *in l ſi tibi 22. de præſcript verb.* Et cum vero Juſtin. loquatur de ful'one & ſarcinatore, qui ſane non intelliguntur gratuitam præſtare operam, vix eſt, ut ab errore liberari poſſit: & vix quoque à cõtradictione: ſiquidem *§ 1. in fin ſup. locati* in his terminis actionem præſcriptis verbis præponit. Extra hunc caſum ſane ſi factum ſit, quod locari non ſoleat, nec perſona talis, cui ſa'arium & honorarium debeatur, nulla eſt petitio ſa'arii aut honorarii, niſi aliquid nominatim definitum ſit, quo pertinet *l. ſalarium. 17. C h. t. l. qui mutuam. 56. §. fin ff. eod.* qui locus ad eas perſonas pertinet, quibus extra ordinem ſuper ſalario jus dici non ſolet. Ait Juſtinian *in pr.*

In aliam formam non cadere.] Nimirum, quæ adjiciuntur negotiis & actibus contra eorum naturam aut ſubſtantiam, aut nulla ſunt, aut ſi ſubſiſtunt, actum in vicinum negotium transformant, ut accidit *in l. inſulam. 6. de præſcript. verb. l. cum manu. 80 § ult de contr. empt.* quod an ſatis tamen ſubtiliter *in Tr. de pactis* explicavimus.

Au

AD TITULUM XXVIII. LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE OBLIGATIONIBUS QUAE *quaſi ex contractu naſcuntur.*

TEXTUS.

Poſt genera contractuum enumerata, diſpiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie ex contractu naſci intelliguntur: ſed tamen quia non ex maleficio capiunt ſubſtantiam, quaſi ex contractu naſci videntur.

COMMENTARIUS.

1. *Quaſi contractus, an & qualem conventionem habeant.*

PErſequitur membra, quæ ſupra *ſub tit. de obligat.* propoſuit, & poſt explicatos veros contractus, jam de quaſi contractibus agit. Ait enim, *poſt genera contractuum*, quo verbo in potentiori ſignificatu intelligit veros contractus: & eſt hic verbum *Quaſi*, nota cujuſdam improprietatis. Sed ſunt tamen & genera ἀγωγῶν, & quæ non ex æquo, ſi communicant ſuis ſpeciebus: quomodo ſi ſumas contractum, ejus ſpecies, non abſurde, hi quaſi contractus conſtitui poſſunt: cum non minimam partem contractus æſtimentur ab effectu, & quod pariant actionem: quinimo (nam iſtud quoque pactis legitimis commune eſt) habenti in ſe negotium & συνάλλαγμα, & conventionem, licet tacitam, cujus non minor fere hic vis eſt, quam expreſſæ. Et poſſint adeo nõ abſurde referri iſtæ ſpecies contractus ſub eos, quos JCtus *in l. 7. de pact.* nomen non habere (neque enim hi quaſi contractus recte nominati dici poſſunt) ſed cauſam tamen habere ait, licet ſane non omnium ſpecierum una eademque ſit ratio & conditio, ut ex ſingulis apparebit.

Illud admonendum, † JCtos vix ſolere appel-
1 lare hos quaſi contractus, ſed quod obligationes quaſi ex contractu naſcantur: & quidem, quoniam conventio iſta non ita apparet, ut in contractibus veris, ita aliquando de his obligationibus loquuntur, ac ſi nulla adeſſet conventio, veluti cum ex re ipſa & quidem contra pupillum quoque & furioſum obligationem naſci, & non ſponte cõtrahi, aut non contrahi dicunt *l. furioſus. 46. de obligat. & action. l. qui cum. 19. de reg. jur. l. hæredis. 25. § non tantum. 16. famil. erciſc.* ſed ſane obligatio ſe ſemper præſupponit aliquam conventionem, quæ proinde non omnis hinc excluſa cenſenda eſt: & quod *in d. l. 19.* hæres ſponte cum legatariis contrahere negatur, eo reſpicit, quod hic ejus ſcopus primarius eſt, ut adquirat hæreditatem: cæteroquin per neceſſariam conſequentiam ſe obſtringere tacite intelligitur, ad præſtanda, quæ defunctus juſſit. Juſtinianus porro *h. tit. in princ. & §. 2. 3. & 5.* perpetuo utitur hac ratione, cur obligatio ſit ex quaſi contractu, quoniam non ſit neque ex contractu, neque ex maleficio: quomodo & JCtus *in l. 5. in princ. §. 1. 2. & 3. de obligat. & action.* Sed in illa ratione duplex vitium notari poteſt, 1. quod per eam, quæ eſt à remotione aliarum ſpecierum plane non intelligitur, in quo ſit poſita natura & eſſentia iſtorum quaſi contractuum. 2. quoniam ex pactis legitimis, quæ neq; contractus, neq; maleficia ſunt, naſcitur civilis obligatio (nam pacta nuda, quæ non habent veſtimentum à lege fruſtra quis hic attulerit, cum Juſtin. tota hac tractatione de civili tantum obligatione agat) & inſuper ex dominio quoque & aliis juribus in re actio civilis naſcitur. Sed enim ratio illa ex mente Juſtin. reſtringenda eſt ad cauſas actionis perſonalis, & inſuper ad eas conventiones & obligationes, quæ in ſe negotium & συνάλλαγμα habent, & quaſi propriis viribus ſuis actionem producunt. Et tum concludit hæc ratio à ſufficienti enumeratione partium & ſpecierum, quas propoſuit Juſtin. *in § ultim. ſupra de obligationibus.*

TEXTUS.

1. Igitur cum quis abſentis negotia geſſerit, ultro citroque inter eos naſcuntur actiones, quæ appellantur negotiorum geſtorum: ſed domino quidem rei geſtæ, adverſus eum, qui geſſit, directa competit actio, negotiorum autem geſtori contraria: quas ex nullo contractu proprie naſci manifeſtum eſt: quippe ita naſcuntur iſtæ actiones, ſi ſine mandato, quiſq; alienis negotiis gerendis ſe obtu-

Digitized by Google

letit, ex qua cauſa ii, quorum negotia geſta ſunt, etiam ignorantes obligantur: idque utilitatis cauſa receptum eſt, ne abſentium, qui ſubita feſtinatione coacti, nulli demandata negotiorum ſuorum adminiſtratione, peregre profecti eſſent, deſererentur negotia, quæ ſane nemo curaturus eſſet, ſi de eo, quod quis impendiſſet, nullam actionem eſſet habiturus. Sicut autem is, qui utiliter geſſit negotia, dominum habet obligatum negotiorum geſtorum; ita & contra quoque tenetur, ut rationem reddat adminiſtrationis: quo caſu ad exactiſſimam quiſque diligentiam compellitur reddere rationem: nec ſufficit diligentiam talem adhibere qualem ſuis rebus adhibere ſolet; ſi modo alius diligentior eo commodius adminiſtraturus eſſet negotia.

Commentarius.

1 *Ad quam diligentiam teneatur neg. geſt.*

NOminati contractus, omnium quaſi conventionum, quæ producunt actiones, norma quædam & regula ſunt, ita ut eas ad illos accedere: & quandam cum iis affinitatem habere oporteat. Id anim advertere licet in contractibus, qui in ſpecie dicuntur innominati, & qui referuntur *in l. 5. §. 1. & ſeqq. de præſcript. verb.* ex quibus do ut des, ad venditionem, do ut facias, ad locationem, facio ut facias, an mandatum accedunt. Idem in quaſi contractibus contingit: quorum primam ſpeciē hic proponit Juſtinianus negotiorum geſtionem, ex qua ad exemplum mandati utrimque naſcuntur actiones: nec quidquam fere intereſt, niſi quod mandatarius non primum ex adminiſtratione, ſed ſtatim ex nudo conſenſu de adminiſtrando obligatur: negotiorum autem geſtor, cum abſentis & ignorantis *h. § & l. 2. de negot. geſt.* negotia ſuſcepit, ex ipſa geſtione domino ad reddendas rationes obligatur, & ei tenetur directa actione, cum ſe ipſum per eam ſuſceptionem ad hoc obſtrinxiſſe intelligatur: in quo conſiſtit tacita conventio, & eſſentia hujus quaſi contractus, ex quo principaliter obligatur negotiorum geſtorum, ſed per conſequentiam ob impenſas utiliter factas obligatur viciſſim dominus geſtori, etiam ignorans, ut hic ait Juſtinianus: quatenus videlicet principium conſideratur, ſiquidem dominus abſens ignoravit, ab alio negotia ſua ſuſcepta: Cæteroquin, qui ab alio adminiſtrationis exigit rationes, & in commodum ſuum, quod geſtum eſt acceptat, reliquum quoque probare, & quod bona fide in utilitatem ipſius expenſum eſt, reddere tenetur: quin & hoc quiſque tacite velle videtur, potius quam negotia & res ſuæ pereant & corrumpantur: quam rationem innuit Juſtin. *in verſ. idque utilitatis*, & quæ facit, ut ſicut mandatario mandati, ita & negotiorum geſtori contraria neg. geſt. actio detur.

Ut autem hac actione uti poſſit † geſtor, o- 1
portet eum debitam diligentiam in alienis rebus curandis adhibuiſſe. Et vero exigi ab eo ſummam diligentiam, eumque adeo culpam leviſſimam præſtare, evidenter docet hic locus *in verſ. quo caſu.* & 1. quia verbo ſuperlativo requirit diligentiam exactiſſimam; Deinde, & magis, quod mox ſubjicit, non ſufficere adhiberi talem à geſtore diligentiam, qualem ipſe rebus ſuis adhibet: ſi videlicet geſtor talis ſit, qui ſuis rebus mediam tantum adhibeat diligentiam & vulgarem: ad quam qui tenetur, hic tantum levem culpam præſtat: Quod ſi autem ipſe ſit diligentiſſimus paterfamilias, & ſumma diligentia res ſuas curet, eo caſu cum major in alio diligentia non detur, etiam in alienis rebus ſufficit talis diligentia, qua quis curat res ſuas: quis ſenſus eſt hujus §. *in fin. verſ. ſi modo*, quod ſi res abſentis curare potuiſſet diligentior alius, tum non ſufficiat talem adhibuiſſe diligentiam, qualem quis propriis rebus adhibet: quoniam ubi alius diligentius curare potuit, ſequitur neceſſario, quod diligentia geſtoris, qua curat res ſuas, non ſit ſumma, ſed tantum media: quod rurſus neceſſario evincit, quod non ſufficiat geſtorem rebus alienis diligentiam mediam adhibuiſſe: quoniam magis curare res alienas quam ſuas, ſub limitatione jam dicta ſignificat ſummam diligentiam, per notata *ad §. Item is 2. ſupra quibus modis re contr. oblig.* quod etiam confirmatur à comparatione commodati, in quo conſtat requiri ſummam diligentiam *d. §. 2.* ubi de commodato iiſdem plane verbis loquitur Juſtinianus poſt Juriſconſultum *in d. l. 1. §. 4. de obligat. & actionib.* quibus hic de negotiorum geſtione. Accedit, quod qui ad majorem diligentiam tenetur,

Digitized by Google

netur, quam ſocius hic tenetur de culpa leviſſima, & ad diligentiam ſummam: quoniam ſocius tenetur ad mediam talem diligentiam, & eam, quam præſtat rebus ſuis. *l. ſocius. 72. pro ſocio. l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. famil. erciſc.* Atqui negotiorum gestor tenetur ad majorem. *d. §. 16.* Objiciunt vulgo ita neminem acceſſurũ ad aliena negotia gerenda: quod abſurdum ſit, eum cujus nulla utilitas verſatur, teneri ad ſummam diligentiam & præſtare leviſſimam culpam, contra regulam *l. 5. §. 2. commod.* ſed reſpondetur ſicut intereſt, ut ſint, qui abſentium negotia curant, ita etiam intereſſe, ne quis temere ea inter ſe ſuſcipiat, & immiſceat rebus alienis: quod qui facit, in culpa eſſe dicitur: ita enim quis occaſionem graſſandi in bonis alienis arripere poſſit, & negotiorum geſtor, qui negotia aliena in medio poſita necdum deſerta adgreditur, videtur ſe quodammodo ingerere, & utique offerre, & hinc exactam diligentiam polliceri, qualis à quocunque alio diligentiſſimo præſtari potuiſſet: cujuſmodi diligentiæ homo forte negotia ſuſcepiſſet, niſi ab alio præventus & quaſi excluſus fuiſſet, quippe, qui alterius contemplatione creditur deſtitiſſe: ut proinde non immerito ad ſummam diligentiam debeat obſtringi. Et regula *d. l. 5. §. 2. commod.* non unam habet exceptionem, & quod imprimis huc facit, in mandatario, qui licet ad petitionem alterius gratuiti ſine ullo lucro ſuſcipiat negotium alienum, tamen ex communiſſima ſententia diligentiam ſummam tenetur, per *l. in re. 21. C. Mandati.* Apparet ex his, errare eos, qui *d. verſ. ſi modo in fin. hujus §.* pro limitatione accipiunt eumque ita explicant, (quomodo Hottom. hic) quod tum demum de leviſſima culpa teneatur negotiorum geſtor, ſi alius diligentior ſe obtulerit: non enim neceſſum eſt, ut alius ſe expreſſe obtulerit, ſed quod præſumitur & creditur alium ſe fuiſſe oblaturum & negotia ſuſcepturum: & Juſtin. ſimpliciter adfirmat teneri geſtorem ad ſummam diligentiam, quomodo *d. §. 2 quib. mod re contr. oblig.* affirmavit teneri commodatarium: aut pariter dicendum erit, & hũc non ſimpliciter teneri: quod manifeſto falſum eſt. Et ita *in l. ſi pupilli. 6. §. vid. amus. 12. de negot. geſt.* in ea quæſtione, an negotiorum geſtor omnia adminiſtrare teneatur, reſponſum eſt, teneri, ſi alius vir diligens id facturum fuiſſet, & qui contemplatione ejus ad negotia non acceſſit, quia jam eum rum alium occupaſſe adminiſtrationem videbat, non vero, quaſi etiam expreſſe ſe obtuliſſet.

TEXTUS.

2. Tutores quoque, qui judicio tutelæ tenentur, non proprie ex contractu obligati eſſe intelliguntur: nullum enim negotiũ inter tutorem & pupillum contrahitur: ſed quia ſane non ex maleficio tenentur, quaſi ex contractu teneri videntur. Hoc autem caſu ſunt actiones mutuæ: non tãtum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: ſed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelę, ſi vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem ſuam creditoribus ejus obligaverit.

COMMENTARIUS.

TUtor mandatum univerſale adminiſtrandi negotia pupilli, quaſi ab ipſa Lege habere videtur: & dum eam adminiſtrationem ſuſcipit, hoc ipſo pupillo cujus bona ſunt, ad reddendas rationes ſe obſtringere cenſetur: in quo hujus quaſi contractus eſſentia conſiſtit: ſed quæ omnino deſtituta eſt conventione expreſſa; quo reſpectu hic Juſtinianus ait, nullum negotium contrahi inter pupillum & tutorem: ad quod etiam pupillus non eſt perſona idonea. Quod autem quidam afferunt ex *l. in pr. de autor. tut.* pupillum obligari tutori eo autore non poſſe, verum quidem eſt, ſed huc non pertinet: ſed intelligit Juſtin. ideo non eſſe pupillo obligatum tutorem, quia dum adminiſtrat tutor nullum cum pupillo negotium gerit: & *in pr. hujus §.* de obligando tutore quæritur, non pupillo, de quo *in d. l. 5. de autor. tut.* Pupillus autem juxta hunc §. tutori obligatur contraria actione tutelæ, *tit. de contr. tut. act.* quam induxit ipſa rei æquitas, & quod tutoris pecunia pupilli res v. c. ſint factæ meliores, ut ita quaſi ex re ipſa actio venire videatur ut loquitur in ſimili ICtus *in l. furioſus. 46. de oblig. & act.* Notavimus autem *ad §. ult. ſup. de Attil. tut.* quod actio tutelæ demum finita tutela competat ita quidem, ut ea durante, nec omnino nata videatur; quod & gloſſ. hic magis putat male ab Angel. & aliis reprehenſa.

TEXTUS.

2. Item, ſi inter aliquos communis res ſit ſine ſocietate: veluti, quod pariter eis donata legatave eſſet & alter eorum alteri ideo teneatur communi divid. judicio, quod ſolus fructus ex re ea perceperit: aut quod ſocius ejus ſolus in eā rem neceſſarias impenſas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus eſſe: quippe nihil inter ſe contraxerunt: ſed quia ex maleficio non tenetur, quaſi ex contractu videtur teneri. Idem juris eſt de eo, qui cohæredi famil. erciſc. judicio ex his cauſis obligatus eſt.

COMMENTARIUS.

QUi rem communem habent, vel ex titulo particulari ſive univerſali, veluti hæreditatis, tacite hoc velle videntur, tum ut res ex re communi provenientes, veluti fructus ſint communes; tum etiam ut res communibus impenſis colatur & conſervetur: in quo eſt eſſentia hujus quaſi contractus. Et proinde ſi quid unus impendit ſolus, ſi ſolus fructus percepit, ſed & (quod addendum eſt) ex *l. 3. comm. divid.* ſi quid ſolus damni dedit, eo nomine tenetur, aut ſocium ſit obligatum ſibi habet. Sunt enim & hic mutuæ actiones, vel potius una utrimque & unicum habens nomen, actio comm. divid. & inter hæredes familiæ erciſcundæ, & quidem utrimq; directa: quoniam utriuſq; ſocii, vel qui rem habent communem (ſocii enim magis proprie dicuntur, inter quos ex conventione expreſſa res communis eſt) una eſt ratio, & æqualis utrimque obligatio: quæ res juxta ſupra tradita facit, ut utrimq; competat directa actio. Atq; hactenus ex quaſi contractu & perſonales ſunt iſtæ actiones, quaſi pro his, quas diximus, præſtationibus perſonalibus cōpetunt: cæteroquin quatenus ſunt pro dividendis rebus, magis ex dominio & in rem ſunt, de quo agitur *in §. quadam 20. infr. de actionib.* ubi hę actiones dicuntur eſſe mixtæ, in rem & perſonam. Illud, ut dixi, qua quisve quaſi vindicat rem ſuam & pro diviſo petit: hoc, quatenus ſuper impenſis fructibus competunt, & aliquid dandum intendunt, quæ actionum in perſonam nota eſt, unde *in l. Item 22. §. pen. famil. erciſc.* judicium famil. erciſc. ex duobus conſtare dicitur, Rebus & præſtationibus. Ait Juſtin.

Si res communis ſine ſocietate.] Non quod actioni comm. divid. non ſit locus, ſi res communis ſit ex ſocietate, & ſcil. expreſſa conventione (quod refutatur per *l. 1. comm. divi.*) ſed quod tum inter ſocios verus contractus eſt, hic autem de quaſi contractibus agitur.

TEXTUS.

4. Hæres quoque legatorum nomine nam proprie ex cōtractu obligatus intelligitur (neque enim cum hærede, neq; cum defūcto ullum negotium legatarius geſſiſſe proprie dici poteſt) & tamen, quia ex maleficio non eſt obligatus, quaſi ex contractu debere intelligitur.

COMMENTARIUS.

QUarta ſpecies quaſi contractuum, eſt aditio hæreditatis. Et indiſtincte dicitur *in l. apud. 3. ult. quibus ex cauſ. in poſſ. eatur.* quod hæres adeundo contrahere videatur, ita ut propter hoc etiam creditoribus hæreditariis teneri dicatur *d. §. ult.* Et id ſuo ſenſu non inepte nec abſurde dicitur, quatenus una aditione ita in ſe ſuſcipit omnes obligationes, quæ fuerunt in defuncto, quem poſt aditionem repræſentat, & tamquam defunctus iiſdem actionibus, quæ in illum competebant, convenitur: & viciſſim, quæ defuncto competebant, exercere ſuo jure poteſt. Atqui alia ratione contrahere dicitur per aditionem hæreditatis cum legatariis, quibus nimirum incipit teneri, non ut repræſentans defunctum ex veteri obligatione, ſed ex nova quod nimirum dum adit hæreditatem juxta voluntatem defuncti, ſimul & tacite obligare ſe videtur ad ea, quæ defunctus ultima ſua voluntate voluit & juſſit præſtari.

Hinc enim inducta eſt hæc tacita conventio & quaſi contractus, ex quo naſcitur actio ex teſtamento, qua legatarii ſibi relicta perſequuntur, ut vulgo notiſſimum eſt: & hoc ita inducere neceſſum fuit, ne legata perirent, cum alia nulla actione ſuccurri potuiſſet legatariis: quippe, qui ut hic Juſtinianus ait, nullum negotium (nimirum ſuper re legata) nec cum hærede, nec defuncto contraxerint: quæ poſteriora verba notanda ſunt: quia ex iis intelligimus, ad obligandum hæredem ſufficere, quod negotium cum defuncto eſt geſtum,

& iſte

& iſte obligatus fuit, à quo nimirum obligatio in hæredem tranſit. Ex quo refutantur ii, qui ex hoc quaſi contractu hæreditariis quoque creditoribus hæredem obligari putant: Et his enim, quippe, qui negotium cum defuncto geſſerunt, tenetur eadem obligatione qua defunctus eademque actione: quibus quidem non teneretur, niſi adiiſſet hæreditatem: ſed tamen non tenetur iis, qua aditio facit quaſi contractum, introductum neceſſitatis gratia, ſed quatenus adeundo in jus omne ſuccedit, quod defunctus habuit: quæ repræſentatio non poterat ſufficere ad dandam actionem legatariis, quibus defunctus nullo modo fuit obligatus. Et hinc etiam, ubi tractatur de hoc quaſi cõtractu tantum legatariorum fit mentio. *h. §. l. ſi quis. §. 2 de obl. & act. l. 19. de reg. jur.* & inauditum eſt contra creditores hæreditarios dari actionem ex teſtamento, ſed ea datur ſolis legatariis, nec alia ejus mater & cauſa dari poteſt, quam aditio hæreditatis: & ita diſerte Theoph. hunc §. de actione ex teſtamento explicat, & eum ad ſolos legatarios reſtringit.

TEXTUS.

5. Item is, cui quis per errorem non debitum ſolvit, quaſi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur obligatus proprie ex contractu eſſe, ut ſi certiorem rationem ſequamur, magis (ut ſupra diximus) ex diſtractu quam ex contractu poſſit dici obligatus eſſe. Nam qui ſolvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut diſtrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is qui accepit, obligatur, ac ſi mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.

COMMENTARIUS.

1 *Condictio indebiti. unde proprie naſcatur.*
2 *An ſolutio indebiti ſit verus contractus.*

NObiliſſima hæc eſt ſpecies quaſi contractus, de qua extat prolixius *tit. de cõdict. indeb.* hæc enim eſt actio, & ſcil. condictio indebiti, quam iſte quaſi contractus parit, qui quaſi cõtractus, eſt ipſa ſolutio indebiti per errorem facta quoniam qui ſolvit, tacite hoc egiſſe cenſetur, ut reſtituatur res ſoluta, ſi eã indebitam fuiſſe, poſt apparuerit *arg. l. 2. de condict. debit.* in qua conventione tacita & præſumpta eſt eſſentia hujus quaſi contractus, eaque condictionem † indebiti producit. 1 Et quid igitur eſt, quod ſcriptum eſt a ICto in *l. ſi quis 5. § is quoque 3. de O & Act. Iuſtiniano in h. § & in § 1 ſup. Quib mod. re contr. obl.* quod hæc condictio ſit magis ex diſtractu quam ex contractu? Equidem in ſolutione indebiti duo ſunt: quod expreſſim agitur, ut diſſolvatur obligatio: & quod præterea tacite conveniri præſumitur, ut quod datum eſt, veritate comperta reſtituatur: quam obligationem tacite naſci præter id quod expreſſe agitur, ait eleganter ICtus in *l. is qui 13. in fin. commodati.* ex ea quæ tacita conventione eſt condictio indebiti, non autem ex illo quod expreſſe agitur: nam quod ex hypotheſi falſæ obligationis intendit facere ſolvens, ut videlicet diſtrahat obligationem, id nec hilum quidem facit ad conſtituendum hunc quaſi contractum, aut producendam condictionem indebiti: neque ſolutio, quæ ut diſtractus, & diſtrahendi negotii cauſa facta, conſideratur, ullam obligationem aut actionem producere poteſt: ut fatendum omnino ſit, paulo pinguius & craſſius diſputaſſe & rem expendiſſe ICtum & Tribonianum ſupra citatis locis, dum condictionem indebiti dicunt eſſe ex diſtractu. Aliam controverſiam nobis hic move Donellus, qui in altero extremo peccans, 13. *comm.* 16. condictionem † indebiti ait naſci 2 ex vero contractu: quem tum citati textus, tum ratio ſolidiſſima confutat, quod omnis contractus verus habet veram & expreſſam conventionem, ut ex ſpeciebus hactenus enumeratis conſtare poteſt. Et oppido quam ſtramineis argumentis utitur Donellus. Objicit 1. quo in § 1. *ſup. quibus mod. re contr. obl.* ſub veris contractibus hæc materiã tractetur. 2. quod ſit eadem vis taciti & expreſſi. 3. quod ſolutione indebiti negotium geri dicatur *l ſi quis 33. ne condict. ind b* Reſp. & adit. id fieri tantum obiter, & ob quædam ſimilia cum mutuo, ut ibidem dictum: hic autem ex profeſſo agitur & plenius. Ad 2. nec ſimpliciter id verum eſſe; nec ratione effectus quidem: & ut quo ad hunc aliquando verum ſit, tamen ſemper eſſe falſum, ratione formę, quæ utique alia & alia eſt, prout expreſſa aut tacita eſt conventio: utcunque & ex hac actio naſcatur: & ut ſæpe diximus, ad verum contractum expreſſa conventione opus eſt, cæteroquin expreſſa quoque & tacita pacta confunderentur: & frequentiſſima

Digitized by Google

ſima diſtinctio taciti & expreſſi tolleretur. Ad 3. Reſp. falſam eſſe propoſitionem, quod ubicunque negotium eſt, ibi ſit verus contractus. Contractum eſſe concedam: ſed generaliori appellatione contractus & quaſi contractus continentur: qui ſi negotio deſtituerentur penitus contractus non eſſent. Eſt autem hic quaſi contractus μονόπλευρος, & tantum ei qui ſoluit, non etiam ei qui accepit, ex eo actio datur. Itaque fruſtra ad Hottom. qui hunc à quaſi contractibus ſegregare vult, quod qui accipit pecuniam non cogitet de ſe obligando: quia ſatis eſt ex parte ſolventis ineſſe hanc conventionem, quæ efficax eſt ad ipſi pariendam actionem, utcunq; ipſe viciſſim non obligetur: quemadmodum qui dat mutuum, vel etiam quamcunque rem, ut ſibi viciſſim quid detur aut fiat, ex hoc ſolo quærit ſibi actionem, quæcunq; etiam accipientis ſententia fuerit.

TEXTUS.

6. Ex quibuſdam tamen cauſis repeti non poteſt, quod per errorem non debitum ſolutum ſit. Sic namq; definierunt veteres: ex quibus cauſis inficiando lis creſcit, ex iis cauſis non debitum ſolutum repeti nõ poſſe: veluti ex L. Aquilia, item ex legato, quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa conſtituta per damnationem cuique legata fuerant. Noſtra autem conſtitutio, cum unam naturam omnib. legatis & fideicommiſſis indulſit, hujuſmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommiſſis extendi voluit; ſed non omnibus legatariis hoc præbuit, ſed tantummodo in iis legatis & fideicommiſſis, quæ ſacroſanctis Eccleſiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ pietatis vel religionis intuitu honorantur relicta ſunt: quæ ſi indebita ſolvantur, non repetuntur.

COMMENTARIUS.

1 *Caſibus quibus ceſſet condictio indebiti.*
2 *Inficiatione cur lis creſcat in duplum.*

Propoſitio; quod ſolventi indebitum per errorem, repetitio ſoluti cõpetat, aliquot habet exceptiones. Una eſt, ſi qui ſoluit naturaliter ſit obligatus. Exceptio eſt, ſi loquamur de debito civili: ſed ſi debiti nomen generalius uſurpemus, exceptio revera non eſt: nam in hac materia ubi de retentione & debiti repetitione loquimur, etiam naturaliter quod debetur, pro debito habetur, & proinde indebitum dici non poteſt. Et igitur qui debet quod etiam pacto nudo promiſerat, repetere ſolutum nõ poteſt. Hinc etiam eſt, quod vetus debitor licet per ſententiam abſolutus ſit, ſi ſolverit, repetere non poteſt, quoniam natura debitor manet *l. Julianus* 60. *de condict. ind.* idq; eſt quod dicitur, naturalẽ obligationem inhibere ſoluti repetitionem *l. naturalis* 10. *de O. & A. l.* 6. *§. ult. cum l. ſeq. de fidejuſſorib.* Ex quo neceſſario limitanda eſt alia regula, quæ dicit, eum qui exceptione tutus eſt perpetua, ſi ſolvat, repetere *l. qui except.* 40. *in pr. de cond. indeb.* ut nimirum habeat locum, ubi exceptio ſubnixa eſt æquitate & elidit naturalem obligationem, quæ ubi ſubeſt, vi & poteſtate ſua inhibet repetitionem: quod non animadvertunt, magnis & multis ſe induunt erroribus: & nos hæc plenius & accuratius in *tract. de action. diſp.* 4. *de condiction.* explicavimus. Procedit illud quod de naturali obligatione diximus niſi ea per jus civile ſit improbata & enervata. Hinc enim eſt quod pupillus repetit quod ſolvit *l. quod pupillus* 41. *de condict. indeb.* licet aliquo modo ſit naturaliter obligatus; juxta notata ad §. *pupillus* 9 *ſup. de inut. ſtip.* Itemque quod mulier repetit ſolutum ex cauſa fidejuſſionis *d. l.* 40. *de cond. ind.* quia naturalem obligationem SCtum infirmat *l.* 16. *inf. Ad SC Vell. l.* 9. *C. eod.* de quo etiam diximus *ſup. d. obligat.* Hæc de prima exceptione. Altera eſt, ſi ſolutio ſit facta ex cauſa pia & favorabili, quæ facit, ut citra aliam præcedentem obligationem ſolutio ſuſtineatur & repetitio inhibeatur. Hinc eſt quod ſolutum ex cauſa dotis non repetitur *l. cum is* 32. §. 2. *de condict. indeb.* Huc etiam referri poteſt cauſa tranſactionis, ut lites ne reſuſcitentur, *l. in ſumma* 65. §. *eod. tit.* Cauſa judicati non recte huc refertur ex *l. Julianus* 60. *de condict. indeb.* quoniam ut diximus *ſup. de liter. oblig.* cum pro ſententia præſumatur, condemnatus pro maxime obligato habetur, & cum efficaciter conveniri & exigi poſſit, jure communi ſolutum repetere nequit. Aut an forte hoc ita accipimus, quod ſi quis tamquam ex cauſa judicati ſoluerit, licet revera condemnatus ſit, ſolutum repetere non poſſit? Id quidem probabile fit ex eo quo *Paulus* 1. *ſent.* 19. judicatum refert inter eas cauſas, ex quibus lis contra inficiantem creſcit in

ſcit in

Digitized by Google

ſcit in duplum, quæ juxta hunc §. novam & propriam conſtituunt exceptionem: ita ut ſi aliquis cum non deberet, per errorem aliquid ex his ca-ſis ſolverit, non habet condictionem. Quod abſurdum dictu Hottomanno videtur, ut verbi cauſa, qui non dedit damnum, vel à quo nihil legatum eſt per damnationem, non poſſint condicere, quod ſolverunt, & ita alter lucrum faciat cum alterius injuria. Et intelligendam itaq; putat, tum iſtud locum habere, ubi non de facto ſed jure quæſtio fuit: veluti cum conſtabat quidem, fuiſſe damnum datum, ſed an jure an injuria, quærebatur. Verum ego Hottom. iſtam ſententiam falſam eſſe non dubito, hoc evidenti argumento, quod qui confitetur ſe feciſſe, & tantum de qualitate diſputat, non poteſt dici inficiari, multo minus poteſt dici quod teneatur in duplum: quo quidem abſurdius dici nihil poſſit, ut qui exceptione ſe defendit, pœnam dupli incurrat: veluti ſi quis ſervum alienum à ſe occiſum, ſed jure, utpote ſibi inſidiantem dicat, aut damnum datum eſſe & accidiſſe citra culpam caſu fortuito, abſurdiſſimum ſit ob exceptiones has quem teneri in duplũ; Atquin ita definierunt veteres, ut hic ſcribit Juſtinianus, ut ex his cauſis repetitio non eſſet, ex quib. propter inficiationem actio creſcebat in duplum: nimirum contra eum qui inficiatus eſſet actionem ut loquitur Paulus *d tit. 19. lib. 1. ſent. & in l. inde 23. §. pen. Ad L. Aquil* hæc actio, ait ICtus, contra negantem competit in duplum: quod non niſi de inficiatione facti & ipſius actionis accipi poteſt, quæ dicitur creſcere inficiatione *l item 20. §. cum prad. 4. dep tit. hered.* Crediderim rationem hujus rei petendam ex interrogationibus in jure, quæ inſtitutę erant, ut probandi difficultate liberaretur actor, hactenus ſaltem ut contra perſonam certam poſſet actionem movere: *arg. l. qui ſervum 20. in prin. de interrog. injur.* itaque LL. certis quibuſdam caſibus, improbitatem negantium coercere voluerunt, intentato metu pœnæ dupli. Ex quo poſtea receptũ, ut qui ex his cauſis ſolviſſet, non repeteret, ſed appellatus & conventus, ſimplum potius ſolvere maluiſſe præſumeretur, quam negando periculo dupli ſe obſtringere, & ita quaſi de hoc periculo tranſigere. ut recte *Ioh. Fab. & Angel. hic.* prę ſupponendum autem utique cenſeo verbi cauſa damnum datum fuiſſe, licet forte non à reo convento, ſed ab alio datum fuerit, quod & notant Interpp. hic. Quę autem ratio ſpecialitatis fuerit in ligatis per damnationẽ, non ita perſpicuum eſt. An forte, quod appatet quaſi enixa voluntas teſtantis, qui damnat hæredem, non ſecus ac judex reum convictum: ita ut tantum in ipſius perſonam conferat: ut magis odioſus ſit, qui hoc genus legati inficiatur: quod Juſtinianus, qui omnes legatorum formulas, & ipſa fideicommiſſa legatis exęquavit, cum putaret abſurdum eſſe, ut ex cauſa inficiationes omnes actiones legatorũ, & fideicõmiſſorum in duplum creſcerent, legatis ad pias cauſas proprium fecit *h. §. & § ſed furti 26. infr. de action.* ex qua & ſolam moram in duplum tenetur legatarius: ex quo per regulam in *prin. h §.* propoſitum conſequitur, ut indebitum etiam per errorem ſolutum repeti non poſſit. *h. §. in fin.* cum & propria illa ſit ratio & cauſa, pietas, quæ ut paulò ante diximus, per ſe ſola facit, ut repetitio ceſſet.

AD TITULUM XXIX. LIBRI TERTII INſtitutionum,

PER QVAS PERSONAS *nobis obligatio adquiritur.*

TEXTUS.

Expoſitis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quaſi ex contractu naſcuntur: admonendi ſumus, adquiri nobis non ſolum per noſmetipſos, ſed per eas quoque perſonas, quæ in noſtra poteſtate ſunt: veluti per ſervos & filios noſtros: ut tamen quod per ſervos noſtros nobis adquiritur, totum fiat noſtrum: quod autem per liberos quos habemus in poteſtate ex obligatione fuerit acquiſitum, hoc ſecundum imaginem rerum proprietatis & uſusfructus dividatur, quam noſtra decrevit conſtitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus uſumfructum quidem habeat pater, proprietas autem ſervetur filio: ſcilic. patre actionem movente, ſecundum Nov. noſtræ conſtitutionis diviſionem. Item per liberos homines, & alienos ſervos, quos bona fi-

de poſſidemus, adquiritur nobis, ſed tantum ex duabus cauſis, id eſt, ſi ex operis ſuis vel ex re noſtra quid adquirant. Per eum quoque ſervum, in quo uſumfructum vel uſum habemus, ſimiliter ex duabus iſtis cauſis nobis adquiritur.

COMMENTARIUS.

AD explicationem hujus loci ſunt repetenda, quæ diximus *ſup. ad lib. 2 per quas perſ. non adq.* Eſt enim fere eadem hic ratio dominii & obligationis. Et nimirum per alios nobis obligatio non adquiritur *§. ſi quis alii ſup de inutil ſtipul.* exceptis his qui ſunt in noſtra poteſtate, ubi ibdiem traditum & *in § 1. & 2. ſup per quas perſ adq.* ex quo huc quoq; quo ad filiumf. repetenda eſt diſtinctio peculii caſtrenſis aut quaſi, adventitii & profectitii: Licet autẽ ex cauſa adventitii filiofa. quæratur proprietas, actiones tamen habet pater, aut potius, (plus eſt enim habere proprietatem) ãrum earum exercitium, utpote non nudus fructuarius, ſed ſimul legitimus adminiſtrator bonorum: ut tamen ſi filius habilis ſit, conſenſus quoq; ejus accedat, ut Juſtin. definivit in *l. ult. § ubi autem in 3 C. de bon. quæ lib.* quam hic intelligit per conſtitutionem Novellam, quoniam poſt Codicem primum lata fuit, ut hic quidem Pacius annotavit, ſed falſo, ut exiſtimo: ſiquidem Codex qui prælectionis repetitæ vocatur, & quo utimur, compoſitus eſt poſt Inſtitutiones.

Item per liberos.] In *prin tit.* dixit de his qui in ſolidum noſtri ſunt, qui & omnia nobis adquirunt. Eorum qui non in ſolidum, aut non revera noſtri ſunt, tres ſpecies hic referuntur 1. liberi homines, quos bona fide pro ſervis poſſidemus 2. ſervi alieni, quos bona fide pro noſtris poſſidemus 3. ſervi quorum uſumfructum tantum habemus: quibus ex oppoſito reſpondet ſpecies eorum, in quibus habemus nudam proprietatem. Per priores tres ſpecies adquirimus ea quæ dicuntur eſſe in fructu hominis, quæ ſcil. ex operis eorum & ex re noſtra proveniunt *§. 3. & 4. ſup lib 2. tit 9. & §. 1 & 2. h t* in quo poſteriori, verba *vel uſum* aut expungenda ſunt, quę & à quibuſdam abeſſe notat Accurſ. quoniam uſuarius minime idem jus habet quod fructuarius *§. 1. ſup de uſu & hab § 3. ſup lib. 2. tit. 9.* vel alia quærenda interpretatio: nam & Theoph. habet ea verba: & Ruſſard. Contiuſq; teſtantur, ea in 12. manuſcriptis exſtare. *Ioh. Faber Angel & alii* reſtringũt hæc ad operas ſervi quas pręſtat in re ipſius uſuarii: ſed ſane ita non adquireret diſtinctim. Ex re uſuarii & ex operis ſuis. Puto hic inter ſummum jus & æquitatem diſtinguendum, prorſus ut ſupra *ad § 1. de uſu & habit.* notavimus: nimirum uſuarium nec ex frumento nec ex lacte pecorum quidquam ſibi uſurpare poſſe ſummo jure, ut tamen poſſit v. c. modico lacte uti ad neceſſitatem familiæ: itaque ad eundem modum paulo laxius ſervo uſuario ad neceſſitatem familiæ poterit uti: & proinde comparatio cum fructuario non abſolute, ſed ſecundum quid accipienda erit. Cætera explicata ſunt *ad. tit. 9. lib. 2.*

TEXTUS.

Communem ſervum pro dominica parte dominis adquirere, certum eſt: excepto eo, quod nominatim uni ſtipulando, aut per traditionem accipiẽdo, illi ſoli adquirit: veluti ſi ita ſtipuletur: Titio domino meo dare ſpondes? Sed ſi domini unius juſſu ſervus ſtipulatus fuerit, licet ante dubitabatur, tamen poſt noſtram deciſionem res expedita eſt, ut illi tantum adquiratur, qui hoc ei facere juſſit, ut ſupra dictum eſt.

COMMENTARIUS.

DE hac re & de ſentẽtia *l. ult. C per quas parſ. adq.* ſatis diximus *ſup. ad § ultim. de ſtipul. ſeru.*

AD TITULUM XXX. & ultimum, LIBRI TERTII INſtitutionum,

QUIBUS MODIS TOLLITUR obligatio.

TEXTUS.

Tollitur autem omnis obligatio ſolutione ejus quod debetur, vel ſi cõſentiente creditore aliud pro alio ſolverit. Nec intereſt quis ſolvat: utrum ipſe qui debet, an alius

alius pro eo: liberatur enim & alio ſolvente, ſive ſciente ſive ignorante debitore, vel invito eo ſolutio fiat. Item ſi reus ſolverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, ſi fidejuſſor ſolverit, non enim ipſe ſolus liberatur, ſed etiam Reus.

COMMENTARIUS.

1. *Duo modi tollendæ obligationis ipſo jure & per except. an recte.*
2. *Solutionis duplex ſignificatio.*
3. *An beneficium detur invito.*
4. *Ad l.6. de doli except.*
5. *An ſolventi acceſſione principali ipſo jure liberetur, & ad l.28. Mand.*

VUlgo traditur, obligationem tolli vel ipſo jure vel per exceptionem: Verum cum de exceptione non quæratur, niſi ubi ad magiſtratum vel judicem itum eſt, & tum non demum jus novum naſcatur, ſed illud in quo exceptio fundatur, vel ex quo ſumitur, antea accidiſſe & fuiſſe neceſſum ſit: forte accuratius dicemus, obligationem quibuſdam modis tolli & perimi totam, quibuſdam non totam, nec penitus perimi aut tolli. Tota tollitur, cum una cum vinculo æquitatis civilis quoque nexus perimitur, quod fit omnibus modis qui hoc tit. referuntur. Non autem tota, ubi vinculo æquitatis ſublato obligatio tantum civilis manet, nam ut poſt ſublato civili vinculo, nuda maneat naturalis obligatio, exemplum & modum nullum ſcio: at illud contingit, ſi pactum de non petendo factum, ſi juratum ſit, & aliis pluribus modis, quibus caſibus qui in judicium vocatur defenditur per exceptionem, ut tractatur *infra de exceptionibus.* Atqui cum ſolutione, acceptilatione &c. etiam tollatur obligatur ex maleficio, poſt abſolutum & maleficiorum tractatum hic titulus collocandu videbatur. An ideo aliud fecit Juſtin. quod ſatis jam prolixus videbatur hic liber? ut Baro: (ſed poterat eum lib. ſeq ponere) An potius quod in obligationib. ex contractu res evidentior eſt, & omnes hi modi in illis habent locum: qua de cauſa etiam in Digeſtis hæc tractatio præcedit materiam delictorum.

2 Tollitur, inquit Juſtin. omnis † obligatio, ſolutione ejus quod debetur. Solutionis verbum ambiguum eſt: & aliquando ſignificat ipſam diſſolutionem obligationis, quo ſignificatu effectus eſt omnium modorum, qui hic & alibi proponuntur. & ita uſurpatur *in l. ſolutionis 54. de ſolution. junct. l. ſolutionis 176. de V. S.* Sed *hoc pr.* per ſolutionem intelligit Juſtin. proprium & ſpecialem modum tollendi obligationem, qui nimirum eſt realis ejus quod debetur præſtatio, ut *in l. pen. & paſſim tit. de ſolutionib.* Et iſta præſtatio ejus quod debetur eſt vel vera, vel repræſentativa, quæ dicitur datio in ſolutum cum volenti creditori, (invito enim non poteſt,) aliud pro re debita ſolvitur, juxta textus *in l.2. § 1. de reb. cred. h. textu verſ. vel ſi quis l. pecoribus 9. C. de reſcind. vend. l. manifeſti 18. C. h. t. l. ſi et 25. de jure dot.* Et ſunt plane ſingulares caſus quibus etiam invito creditori aliud pro alio ſolvi poteſt *in l. ſi domus 71. § 3. de legat 1. l. inter 83. § pen. de v. obl. l. non amplius 26. § 2 de legat. 1.* Atque ita ſoluta re debita, neceſſario oportet perimi obligationem. 1 Sive ipſe debitor ſolvat, ſive alius pro eo, etiam ignorante, etiam invito *hoc tex. in verſ. liberatur.* & ut apparet, non ope exceptionis demum, ſed ipſo jure ſtatim: quippe cum perinde hic eſſe dicatur ac ſi ipſe debitor ſolviſſet *h. text. & d. l. 17. C. eod. l. ſolvendo 39. de negot. geſt. l. ſolutione 23. l. ſi pro 40. l. ſolvere 53. h. t.* Hæc enim facit ratio juris, ut ubi creditor accipit quod eſt in obligatione, neceſſario eam conſumi neceſſe ſit & perimi: ut inepte objicia ur † ex *l. invito 69. de R. I.* quod invito non detur beneficium: 3
eo ſenſu quo ille apud *Plautum in Trinumm. actu 3 ſcena 2.* nullum beneficium eſſe duco, quod cui facias non placet *Senec. 2. de benef. 19.* Non eſt beneficium, accipere cogi: non eſt beneficium, debere cui nolis. Etenim, ut dixi, conſideratur ratio juris, non, an beneficium conferatur debitori quamvis ſane ſi conſideremus affectum & animum benefacere volentis, & ipſum commodum, quod effectu alius ſentit, poſſit & dici beneficium, quamvis alter id accipere noluerit: quo ſenſu *Seneca 3. de benefic. 12.* Sæpe beneficium ab eo accipio à quo nolo, & aliquando ignorans obligor. *& 5. de benefic. 20.* non eſt, inquit, dubium, quin beneficium ſit, etiam invito prodeſſe: quod pluribus tractat *6. de benef. 7. & 8.* Et hactenus ſcil. quoad effectum diſſolvendi obligationem nihil intereſt, an quis pro volente, jubente, ignorante, aut invito ſolvat, ſed quo ad jus repetendi plurimum intereſt: quod enim ſolvi etiam pro ignorante debitore repeto actione negot. geſt. ubi in debitoris utilitatem

tem ceſſit ſolutio, quod autem pro invito & vetante ſolvo, non repeto *l. 6. §. 2. l. ex mandato 20. §. 1. l. ſi pro 40. Mandati l. ult. C. de negot. geſt.* Itaque ubi ſolvitur pro aliquo, ſemper quidem à creditore liberatur debitor, ſed non ſemper nova obligatione obſtringitur. Et vero quod diximus, ipſo jure hic contingere liberationem, non obſtat *l. qui opera 6. in fin. de doli except.* Species hæc eſt ꝟ. Debui
6 Titio decem. Titius idem debebat decem Sempronio, ſolvo Sempronio decem, & reſpondetur quod liberor per exceptionem. Itaque caſus iſte diverſus eſt a noſtro: neque quæritur ibi an Titius liberetur à Sempronio ipſo jure, quod omnino affirmandum eſt ſi ea mente pecunia data & accepta fuit. Sed an ego ipſo jure liberer à Tito, quod recte negatur, quia alii quam cui debui ſolui. Et hoc ita ſtatui ipſa ratio ſuaſit: quoniam cognita cauſa opus eſt an mihi exceptio danda ſit contra Titium, & an propter hanc exceptionem abſolui debeam. Quid enim ſi Titius contra Sempronium exceptione tutus fuerit? aut quacunque cauſa mea interfuerit non ſolui Sempronio; hic ſane mihi aut exceptio denegabitur, aut replicatione elidetur. Attamen ſi mea interſit ſolutam eſſe pecuniam creditori creditoris mei, v. c. ſi res meæ ſint obligatæ, ſolutione hujuſmodi videtur obligatio ipſo jure tolli, ut notant *Dd. arg. l. ſi ſolutum 11 §. ſolutam 5 de pignor. act.* ubi ſcil. quod addit *Porc. hic* utrumque debitum ex eadem cauſa deſcendit. Diximus hoc t. conſequi per ſolutionem realem, ut etiã alio pro meo ſolvente contingat liberatio. Alterũ quod inde conſequitur, eſt, ut ſi plures debeant eandem rem vel quantitatem, ſolutione facta omnes liberentur: ſive plures illi debeant omnes ut rei principales velut duo correi *l. 2 de duob. reis. §. 1. ſup. eod.* ſive ut principales & acceſſiones, & hoc ſive ſolvat principalis, ſive acceſſorie reus: ex quo fit, ut reo & debitore principali ſolvente etiam fidejuſſor, & hoc ſolvente & reus principalis liberetur *h. text. in fin.* ubi tamen ſcrupulum movet reſponſum Papiniani in *l. Papinianus 28. Mandati:* ubi ICtus, ſi qui mandavit pecuniam Titio mutuam dari, ſolverit pecuniam, non liberari ipſo jure Titium: quoniam mandator ſolverit ex ſuo mandato, & ſuo nomine. Ad eundem modum dixerit quis, fidejuſſorem ſolvere ſuo nomine, eoque ita reum principalem ipſo jure non liberari. Crediderit fortaſſe quis hoc admittendum, & ſatis eſſe ſi per exceptionem ſaltem liberetur reus principalis: nec neceſſum eſſe, ut omnia de liberatione ipſo jure facta accipiantur: Et ita ſane cum *gloſ. & aliis* diſtinguit *Angel. hic in fin.* quod ſi ex duobus æque principaliter obligatis unus ſolvat, tota ipſo jure perimatur obligatio, ſed ſi acceſſorie obligatus ſolvat, intelligatur ſolvere pro ſua obligatione, ideoque reus principalis maneat ipſo jure obligatus, defendatur autem per exceptionem, ne creditor bis idem conſequatur: quod etiam poſt *Dynum Faber hic* probat, ut in dubio cenſeatur acceſſorie obligatus ſuo nomine ſolviſſe, & proinde maneat ipſo jure principalis obligatus, quod ſi enim expreſſe ſolverit acceſſio pro principali, eum tunc utrique ipſo jure liberari, ſed aut ego valde fallor, aut ſpecialis in mandatore ratio eſt juxta *d. l. 29. Mãdati, & l. Stichum 95 §. ſi mandatum 10. de ſolution.* Nimirum fidejuſſores eandem obligationem ſubeunt quam reus principalis, & quod alius debet, idẽ ipſi fide ſua eſſe jubent eoque ſi fidejuſſor ſolverit omnino dixerim ipſo jure liberari ipſum Reum juxta hunc text. qui ſine vitio non poteſt hactenus reſtringi, ut liberatio contingat tantum per exceptionem: ſiquidem quod juris Reo ſolvente ſtatuitur, ut liberetur fidejuſſor, idẽ ſtatuitur in caſu contrario: & igitur liberatio eodem modo contingere dicenda eſt. & toto *h. t.* agitur de modis finiendi obligationem ipſo jure. Atqui in mandati alia ratio eſt, quod nihil plane habet commune cum contractu principali altero, quo v. c. quis juxta mandatum meum pecuniam Titio mutuam dedit: itaque niſi expreſſum dixero me ſolvere pro Titio, obligatio ea manebit in ſuo ſtatu. Et hoc confirmatur ex *d. l. 95. § 10. h. t.* ubi hic caſus comparatur cum eo, quo pupillus autore tutore pecuniam Titio mutuam dedit: habet enim pupillus duos obligatos ex diverſis plane cauſis, tutorem pro indemnitate ex cauſa tutelæ, & Titium ex cauſa mutui: eoque ſi tutor judicio tutelæ condemnatus ſatisfecit, manet actio pupillo ipſo jure integra contra Titium, quam ob id etiam licet ſolutione facta tutori ſuo cedere poteſt.

TEXTUS.

1. Item per acceptilationem obligatio tollitur. Eſt autem acceptilatio imaginaria ſolutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id ſi velit Titius remittere poterit ſic fieri, ut patiatur debitores dicere hæc verba. Quod ego

tibi

ſibi promiſi habeſne acceptum? & Titius reſpondeat, habeo, ſed & Græce poteſt acceptilatio fieri, dummodo ſic fiat, ut verbis Latinis ſolet exigi, ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. Quo genere, ut diximus, tantum eæ ſolvuntur obligationes, quæ ex verbis conſiſtunt, non etiam cæteræ. Conſentaneum enim viſum eſt, obligationem verbis factam, aliis verbis poſſe diſſolvi. Sed & id quod ex alia cauſa debetur, poteſt in ſtipulationem deduci, & per acceptilationem diſſolvi. Sicut autem quod debetur, recte pro parte ſolvitur, ita in parte debiti acceptilatio fieri poteſt. Eſt autem prodita ſtipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in ſtipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio n. Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita compoſita eſt. Quidquid te mihi ex quacunque cauſa facere dare oportet oportebitve, præſens in diemve, aut ſub conditione, quarumcunque rerum recum mihi actio eſt, quæq; adverſus te petitio, vel adverſus te perſecutio eſt, eritve, quodve meum tu habes tenes, poſſides, dolove male feciſti, quo minus poſſideas: quanti quæque earum rerum erit, tantam pecuniam dari ſtipulatus eſt Aulus Augerius, ſpopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Aug. ſpopondit, id haberetne à ſe acceptum Numerius Nigidius Aulum Augerium rogavit. Aulus Augerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo acceptilatio dicatur eſſe iuris gentium ad* l.8.§.ult.de accept.

2 *Diſtinctio acceptilationis in ſimplicem & Aquilianam, confutatam.*

3 *Cur contractus ex conſenſu, non poſſint recta ita tolli.*

4 *De ſolutione & acceptilatione partis.*

SOlutio eſt vel vera, de qua *in princ. tit.* vel ficta ſive imaginaria: cum nihil ſolvit & revera præſtat debitor, perinde tamen liberatur, ac ſi pecuniam numeraſſet, quod contingit per acceptilationem, quæ nihil aliud eſt: quam debiti ſtipulari facta remiſſio, ut ex formula *in princ. hujus text.* Latine & Græce ſubjecta patet. Poteſt enim & Græce fieri acceptilatio, ſicut & ſtipulatio §.2. *ſup. de verb. obl.* adeoque non placet quod hic Hottom. ideo acceptilationem juris gentium dici ait, *in l. an utilis* 8.§. *ultim. de accept.* quod etiam peregrina lingua fieri poſſit: Ita enim & ſtipulatio dicenda eſſet juris gentium. Nec etiam convenire videtur cum ſententia JCti, quod alii ita id accipiunt, eſſe & dici acceptilationem juris gentium, quoniam per formulam & rationem inventam à Gallo Aquilio inventa ſit ratio, ut omnes obligationes poſſint tolli per acceptilationem. Nam hac ratione idem eſſet dicendum de ſtipulatione: quæ & ipſa omnibus obligationibus accedit: quæ autem eſt in ſtipulatione, qua obligamur, ratio obligandi, eadem in acceptilatione eſt ratio ſolvendi: tum vero formula Galli eſt ſtipulatio, qua primo contrahitur obligatio, quam demum ſecuta acceptilatio in qua nihil mutatum eſt, tollit obligationes, quæ per ſtipulationem novatæ fuerunt. Magis videtur convenire ſententiæ JCti, ut ideo dicatur acceptilatio juris gentium, quod ii quoque de jure naturali vel gentium, non etiam civili obligantur, poſſunt per eam liberari, veluti ſervus, de quo nominatim agitur *in d. l.* 5. § *ult.* Et tamen nulla explicatio efficiet, ut non fatendum ſit, improprie dictum eſſe à JCto, hoc nos jure uti: ut juris gentium ſit acceptilatio: quoniam an aliquis actus & contractus ſit juris gentium, nec ne, pendet ex ipſius natura & originaria forma, non ex uſu juris: & novum non eſt, ut paulo inaccuratius loquantur & diſputent JCti.

Quo genere tantum ea.] Obligatio per acceptilationem tolliturautem immediate, aut mediate. Illo modo tantum tolluntur obligationes verbis contractæ *h. text. d. l.* 8. §. *penult. de acceptilat. juncta; l. pen. de ſolut. & l. prout* 80. *eod.* Cæteræ tolluntur mediate: ut nimirum prius transfundantur in obligationem verborum per ſtipulationis formulam, quam Aquilius concepit: *l.* 4. *de tranſact.* idque hic

docet Juſtin. in *verſ. ſed & id.* qui & mox ipſam ſtipulationis Aquilianæ formulam ita ut ab Aquilio concepta fuerat, proponit *in §. Eſt autem,* quæ fere extat *in l. & ab uno 18. de acceptilat.* eo modo quo qui ex plurimis etiam obligationibus tenebatur altero, una quaſi ſtipulatione & conceptione, omnes poſſet novare, ne ſingulis & ſæpius repetitis ſtipulationibus eſſet opus: cæteroquin nec dubitari poteſt, quin in ſtipulationem Aquilianam, quod ex una cauſa tantum debebatur, recte deductum, & perſequentem acceptilationem ſublatam fuerit. Ex quibus apparet quam parum ſint ſubtiles, qui duplicem faciũt acceptilationem, alteram ſimplicem, alteram Aquilianam; nulla enim eſt Aquiliana acceptilatio, ſed eſt Aquiliana ſtipulatio, per quam non diſſolvitur ſed contrahitur verborum obligatio quę demum diſſolvitur per acceptilationem quæ tantum unica eſt. Illud, aut dubium,
3 aut mirum videri alicui poſſit, † cur non obligationes nudo conſenſu contractæ poſſint tolli ipſo jure, citra novationem, per acceptilationem: cum utriq; acceptilatio conſtet conſenſu & iſtæ obligationes nudo contrario conſenſu ſive diſſenſu tollantur; maxime cum etiam inutilis acceptilatio effectum pacti habeat *l. an inutilis 8 in princ. de accept.* & obligationes ſolo ſenſu conſtantes etiam nudo pacto diſſolvantur, ut ad *§. ultim. h. tit.* dicemus: & quod poteſt fieri per id quod minus eſt, poterit & fieri per id quod plus eſt. Equidem quod dicitur de iſtis cõtractibus pacto nudo diſſolvendis, pertinet ad caſum, quo etiamnũ utrimq; res integra eſt. Quod ſi enim res tradita fuerit, emptor, qui precium debet, per nudum pactum ab obligatione ſua ipſo jure liberari non poterit. Atqui acceptilatio non eſt modus, quo utrimq; ſimul perimatur obligatio, ſed ab una parte tantum. Et itaque ſi iſtud accommodemus ad quæſtionem noſtram, oporteret, utrimque factam acceptilationem eſſe; ut & venditor à precii obligatione emptorem, & emptor ab obligatione ad rem, liberet venditorẽ. Hoc autem cum fieri non poſſit ut diximus eo modo, quo per pactũ abitur ab emptione, ita ut ſimul uterq;, ſi placuit ut res ſit inempta, liberetur ab obligatione, fit inde, ut acceptilatio cum pacto hac in re male cõferatur, & imo pacti major ſit vis. Quod ſi utrimq; factam acceptilationem proponas, ne ipſo jure citra novationem poſſit contingere liberatio, hæc meo judicio ſubtilis ratio facit: quod illum v.c. per acceptilationẽ liberatur emptor, adhuc eſt obligatus venditor: quomodo ut diximus, per pactum ipſo jure obligatio diſſolvi non poteſt, nec μονοπλευρως, ſed tantum ut exceptio naſcatur, quæ etiam hoc caſu cõpetit, ubi acceptilatio facta eſt, quippe ideo inutilis, quod nõ ſuper obligatione verborum concepta fuit. Sed iſtud obiter. Jam verba Aquilianæ ſtipulationis excutiamus. Ait Juſtinianus.

Quidquid ex quacunq; cauſa] Modo civili, ſive ex contractu, vel quaſi, ſive maleficio, vel quaſi; quin & naturalem obligationem novari poſſe oſtendimus ſup. ad *tit. de oblig.*

Dare facere.] Innuit diviſionem obligationum, in dandi & faciendi, ex quibus cauſis fere condictiones competunt; *quo inf. de actionib.*

Oportet oportebitve.] Poterat ſufficere *oportebit,* quo etiam præſens tempus ſignificari ait JCtus in *l. verbum 8 de V. Sign.* Sed placuit Gallo hæc diſtinctim & utrumq; verbum præſentis & futuri tẽporis ponere, ut tanto accuratior eſſet formula, nec occaſio cavillandi. Itaq; explicatur ex mox ſeqq. *præſens in diem, aut ſub conditione; & oportet,* refertur ad præſens debitum, *oportebit* ad illud quod ex die, aut ſub conditione debetur. Male enim verbo, *aut ſub conditione* omiſit Holoander, quæ in omnibus manuſcriptis extare teſtantur *Ruſſardus & Contius.* Neque propterea ſpuria habenda ſunt, quod ea à Theophilo & Juriſconſulto in *l. & ab uno 18. §. de acceptil.* ſunt omiſſa. Nec quidquam movet, quod negatur acceptilatio fieri poſſe ſub conditione *l. actus 77. de R. I. l. 4. de accept.* vel quoniam nihilominus, ſub cõditione debitũ acceptio ferri poteſt *l. quod in diem 12. de accept. l. ſub conditione 16. de ſolut.* vel potius quoniam ſtipulatio Aquiliana non eſt acceptilatio, ſed novatio eſt, neq; vero eſt dubium, quin debitum conditionale novari, quin & novatio ſub conditione fieri poſſit *l. ſi ſub 21. de accept. l. quoties 14. in pr. & § 1. de novat.*

Quarum rerum mihi tecum actio.] Latius hoc patet, quam illa ex *qua cauſa dare facere* quæ ut diximus, formula eſt cõdictionum; non aliarum actionum in perſonam, veluti, ex depoſito, commodato, pignoratitiæ, &c. itaque hoc ſubnectendum fuit, ut ſtipulatio omni obligationi & actioni eſſet apta.

Quæque adverſus te petitio.] Adhuc latius patet ita formula, vel potius ita quoque quod reali actione perſequi poſſum, comprehendit, actionis enim verbo, in ſpecie quæ in perſonam eſt, petitionis, actio in rem ſignificari ſolet *l. actio 28 de Oblig. & action.*

Vel

Vel perſecutio.] Hoc verbo quæ ex ea ordinem prætoria cognitione expediebantur, deſignari ſolent *d.l.28.l.pecuniæ 178 de V.S.* Nihil ergo omiſſum voluit Aquilius.

Eſt erit ve.] Sicut paulo ante, *oportet, oportebit ve.* Curioſi & pene ſuperſtitioſi in formulis veteres fuerunt.

Quod meum, habes, tenes, poſſides.] Id quoq; ad ſcrupuloſitatem formularum refero: quoniā inter iſta ſatis accurata diſtinctio vix afferri, & minime omniū perpetua poteſt. Pluribus uti voluit verbis Gallus, ne quæ cauſa ejus formulam effugere poſſet. Alioquin verbum *tenere* generalius eſt, ſpecialius autem poſſidere, in quo plus eſt, hactenus, qua eſt ſpecies detentionis; cum tenere magis factum, poſſidere etiam jus ſignificet *l.poſſeſſio 49.§.1.de ad quir.poſſeſſ.* prorſus veriſſime hic, ait Hottomann. iſta non neceſſitatis, ſed cautionis & diligentiæ eſſe; nam jam ante dixerat, *quæq; petitio.* quo verbo diximus, ſignificari actionem in rem, qua perſequor quod meum eſt; aut an Gallus non tantum remedia petitoria, ſed etiam poſſeſſoria his verbis innuere voluit?

Dolo malo feciſti quo minus.] Regula quidem juris eſt, quod dolus ſit pro poſſeſſione, & qui dolo deſiit poſſidere, utili actione perinde teneatur ac ſi adhuc poſſideret *l.parem 150.l.ad ea 157. de R.I.* Sed tamen revera cum non poſſideat, hoc quoq; addere viſum fuit Aquilio.

Quod Numerius.] Hactenus fuit ſtipulatio per quam fit obligationum novatio; ſequitur his verbis acceptilatio. Ita ut poſt verba, *ſpoſpondit Numerius Nigidius*, ſtatim ſequatur, *Quod Numerius*, ediderunt fere Neoterici omnes, ex *l.18. de acceptilation.* Veteres tamen libri & excuſi & manuſcripti diſerte addunt & præmittunt verba: *Item ex diverſo*, quæ ſane magis perſpicuam faciunt diverſitatem ſtipulationis ab acceptilatione; nec video cur improbare debeamus, nec neceſſum fuit, ut Tribonianus omnino ſubſequeretur verba Juriſconſulti in *dict.leg.18* quinimo nec inde deſcripta videatur: cum hoc loco longe plenior ſit formula Galli quam in *d.l.18.* Addunt iidem libri veteres, *per hanc Aquilianam ſtipulationem.* Sed Hottomann. putat non ita ineptum fuiſſe Aquilium, ut nomen ſuum ſtipulationi inſertum voluerit. Quod quare ineptum ſit, ego non animadverto. Sed & in extremo aliter habent illi libri: *quidquid tibi ſpopondi, habes ne acceptum. Reſpondit Agerius habeo, acceptumq; tuli*, & ejus lectionis manuſcriptos ſuos autores laudat Contius: & imo omnes ita habere teſtis eſt Ruſſard. eundemq; veterum librorū autoritate confirmat Cujac. eundemq; repræſentat Theoph. Et quid igitur nugamur, & ab ea diſcedimus: Nullam aliam cauſam video, niſi pruritum novandi.

Supereſt in contextu quem propoſuimus (hæc enim conjunctim explicanda fuerunt) quod in *fin.* § 1. ſcribit Juſtinianus, ſicut quod debetur, pro parte ſolvitur recte; ita in parte debiti acceptilationem fieri poſſe: utrumq; eget aliqua explicatione. Nimirum quod juris eſt totius quo ad totum, idem eſt in parte quo ad partē. Cum itaq; ſolutione omnis ejus & totius, quod debetur, tollatur tota obligatio, ut *in pr.* dictum eſt, tolletur ea pro parte, ubi pars debiti ſoluta eſt; & conſequenter cum acceptilatio ſit quædam ſpecies ſolutionis, in dubio etiam partem debiti accepto ferri poſſe admittemus. Hic nimirū eſt effectus particularis ſolutionis, ſed quæ rite facta ſit, & admiſſa à creditore. Recte enim communiter ſtatuitur, particularem ſolutionem invito creditori obtrudi non poſſe; quod præter textum expreſſum in *leg. tutor 41.§.1.de uſuris* probat ſolida ratio, quod obligationis in ſolidum conſtitutæ conditio invito creditore mutari non poteſt; nec per particularem ſolutionem quæ non pauca incommoda habet, conditio iniqua creditori inferri debet; & facit, quod plures hæredes unius debitoris, poſſunt ſinguli ſolvere partes, quoniā poteſtate L. 12. tabb. obligatio ipſo jure inter eos diviſa eſt *l.2.§ ult.l.4.in pr. hæredes 25.§.1 famil. erc.* quæ diviſio nulla eſt in perſona ipſius debitoris. Et fatendum eſt hactenus poteſtate juris mutari, vel alterari obligationem in perſona hæredum, quæ in cæteris manet integra *l.2 §.5. de verb. oblig.* Nec obſtat *l.quidam 25.de reb. cred.* hoc enim pertinet ad officium magiſtratus, cui aliquando cognita cauſa licet decernere, (maxime ſi debitor pauper & debitum non totum liquidum ſit) ut creditor partem debiti accipere cogatur. Inprimis objicitur *l.ult quib.mod. pign. ſolv.* ubi agitur de pluribus debitis, & ex diverſis cauſis, quæ ſingula cum per ſe & ſeorſim contracta ſint, ſingula etiam creditori, & ſingula ſcil. integra recte ſolvuntur. Et igitur recte pars ſolvitur creditori conſentienti. Omnis autem partis mētio & præſtatio præſupponit diviſionē, itaq; in iis quæ ſunt individua, veluti facta, aut res incorporales, non habet quæſtio hæc locum, quoniam iſta recipere partis præſtationem & ſolutionem admittere non poſſunt *l.2.§ 1. de Verb. Obl.*

Divi-

Dividuorum autem duo genera ſunt: Alterum eorum, quæ corpore quoq; recipiunt diviſionem actualẽ, ita ut parte ſoluta protinus etiam perimatur pro parte obligatio, cujuſmodi ſunt, quæ in quantitate conſiſtunt. Alterum eorũ, quæ ſi in partes diviſas & corpore diſtinctas ſeparantur, pereunt, ſed diviſionem recipiunt intellectualem, veluti, homo, equus, quæ plurium communia eſſe poſſunt, ita ut in illis plures, ſed pro indiviſo & intellectu partes habeant *d. l. 2. §. 1. de V. O.* in quibus ita res ſeſe habet, ut ſi debitor creditori ſolverit hominis v. c. partem, quem ſcil. cum alio habebat communẽ, pro parte obligatio ſtatim non ſolvatur, ſed ſit liberatio in ſuſpenſo, ita ut ſi poſt ejuſdem hominis in individuo pars altera ſolvatur, jam retro pro parte intelligatur contigiſſe liberatio, *l. 9. §. 1. in f. de ſolut.* ſin alius homo ſolvatur, partis ſolutæ in alio homine, tanquam ſi ea ſolutione nihil fuiſſet actum, ſit condictio *d. l. 2. §. 1. de V. Obl. l. ſi non 26. §. pen. de cond. indeb.* Et hoc ideo ſtatutum fuit, ne alias creditor, qui unum individuum in ſolidum habere voluit, partes in pluribus ſervis, & ita cum aliis communes, cogatur accipere, ut docet *l. in executione 85. §. 4. de V. Obl.* Quæ ratio ubi ceſſat, ceſſat etiam diſpoſitio: ceſſat autem in ſolutione ficta, quę fit per acceptilationem, & adeo per remiſſionem; ideoque pars hominis recte accepto fertur, ut ſtatim pro parte contingat debitori liberatio, & in altera parte oligatio conſiſtat ſola; remiſſio enim facit ut perinde ſit, ac ſi ab initio pars tantum hominis debita fuiſſet: quæ ſententia eſt & ratio *l. qui hominem 17. de acceptilation.* Atque hæc rurſum ita ſe habent, ubi homo fuit promiſſus in genere; nam ſi homo fuerit debitus in ſpecie & individuo, obligatio parte hominis ſoluta, pro parte extinguitur ſtatim, quoniam ſcilicet in eodem homine, vel ejuſdem hominis partem in ſpecie eadem debitor ſolvere obligatus eſt, nec partem ſolvendo in alio homine liberari poteſt, quod docet *l. ſtipulatus 9. §. 1. de ſolution.* ubi nominatim iſta differentia inter hominem in genere & in ſpecie debitum proponitur.

TEXTUS.

2. Pręterea novatione tollitur obligatio: veluti ſi id quod tibi Seius debebat, à Titio dari ſtipulatus ſis. Nã interventu novæ perſonæ nova naſcitur obligatio, & prima tollitur, trãſlata in poſteriorẽ: adeo ut interdũ, licet poſterior ſtipulatio inutilis ſit, tamẽ prima tollatur jure novationis: veluti ſi id quod tu Titio debes, à pupillo ſine tutoris autoritate ſtipulatus fuerit; quo caſu res amittitur; nam & prior debitor liberatur, & obligatio poſterior nulla eſt. Non idẽ juris eſt, ſi à ſervo quis fuerit ſtipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac ſi poſtea nullus ſtipulatus fuiſſet. Sed ſi eadẽ perſona ſit, à qua poſtea ſtipuleris, ita demum novatio fit, ſi in poſteriori ſtipulatione quid novi ſit, forte ſi conditio, aut dies, aut fidejuſſor adjiciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, ſi conditio adjiciatur, novationem fieri, ſic oportet intelligi, ut ita dicamus factam novationem, ſi conditio extiterit, alioqui ſi defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres conſtabat, tunc novationem fieri, cum novãdi animo in ſecundam obligationem itũ fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri; & quaſdam de hoc præſumptiones alii in aliis caſibus introducebant; ideo noſtra proceſſit cõſtitutio, quæ apertiſſime definivit, tunc ſolum novationem fieri prioris obligationis, quoties hoc ipſum inter contrahẽtes expreſſum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis cõvenerunt; alioquin & priſtinam obligationem manere, & ſecundam ei accedere, ut maneat ex utraque cauſa obligatio, ſecundum noſtræ conſtitutionis definitionem, quam licet ex ipſius lectione apertius cognoſcere.

COMMENTARIUS.

1 *Cur per novationem tollantur obligationes etiam non verbis contracta.*
2 *Delegatio quid.*
3 *Novatio per litis conteſtationem, n. 6.*
4 *Cur defenſor etiam cum mandato cogatur ſatiſdare.*
5 *Indi-*

5 *Judicii acceptione qualis contingat liberatio.*
7 *De novatione facta per pupillum.*
8 *De novatione facta per ſervum.*
9 *An hodie ex conjecturis inducatur novatio.*

OBligatio aliquando ita tollitur, ut nihil plane ex ea ſuperſit, aliquando ita, ut alia in ejus locū ſubrogetur, quod fit per novationem *l. 1. h. t.* ita ut veſtigium nullum prioris ſuperſit, & nimirum ſi quæ priori obligationi ſit adjuncta hypotheca, aut adjecta pœna, ita quoq; perimatur, & mora ante ex cauſa prioris obligationis contracta nulla amplius ſit, & ea cum omnibus ſuis effectibus tollatur *l ſi creditor 15 l. novatione 18. l. emptor. 27. de nov.* Nec dubitari poteſt, quin ita ipſo jure prior obligatio tollatur. Cui non obſtat *l pen. de præt. ſtip.* quoniā prætoriæ ſtipulationes non ex voluntate partiū, ſed autoritate magiſtratus interponūtur, itaq; exceptione opus eſt, quomodo & reſponderi poteſt, ad *l. 4. §. Labeo 7. de except. doli*, ubi judicis juſſu ſatisdatur, ſed & amplius homo non ex obligatione aliqua, ſed jure dominii peritus fuit. Et per hunc modū quaſvis obligationes etiam re & conſenſu conſtantes, etiam naturales tantum, tolli & transfundi, ſcribit JCtus *in l 1 §. 1. h. t.* Contra quam ſententiam ita diſputari poſſit, ſi per acceptilationem tantum
1 † tolluntur obligationes verbis contractæ: ergo etiam per novationem. At verum prius, ut dictum ad §. 1 *h. t.* Ergo, &c. Connexi ratio eſt, quia eadem videtur ratio eſſe in totum perimendæ obligationis, quæ eſt obligationis tranſmutandæ, quod ipsū non fit ſine peremptione prioris obligationis, & utraq; tum acceptilatio tum novatio fiunt per ſtipulationem; & quidem ſolam ſtipulationem; & errat proculdubio Bart. quem refert & ſequitur *Angel hic*, quod etiam per mādatum fiat novatio. Nec juvat ipſum *l. ſi mandatu 45 ult. h. t.* ibi enim, quod gloſſ. notat, intelligitur ex mandatu fidejuſſoris quis egiſſe cū reo, ut in *pr. §.* proponitur, & ita dum ſuſcepit judicium quis, liberatur alter ut mox dicemus, & confertur ille caſus cum eo quo quis mandatu ipſius debitoris & periculo ſtipulatus eſt ab alio; ubi itidem non ex mandatu, ſed per ſtipulationem ſecutam ſit novatio. Nec quidquam poſſit dici abſurdius, quam mandatu fidejuſſoris ſimplici, ut agat creditor cum Reo, hunc liberari. Accidit tamen in contractibus, qui nudo conſenſu perficiuntur, ut pactum nudum diſſolvat contractum & novam ſpeciem ejuſdem generis contractus conſtituat *l. pacta 72. de contr. empt. l. 7. §. adeo Cod de pactis.* Sed ut redeamus ad rem noſtram, exiſtimo plane potuiſſe hunc effectum tribui acceptilationi, ut per eam quæcunq; etiam re cōtracta obligatio tolleretur. Sed JCti pleraq; ſubtilius & ſcrupuloſius exigentes putarunt, acceptilationē non eſſe ſatis habilem per quam liberari poſſet, qui obligatus eſt re ipſa: ſiquidem acceptilatio eſt ſimplex remiſſio debiti, ſed novatio effectu non liberat debitorem. Sed alio eum vinculo involuit, ex quo minus efficax quam ex præcedenti eſt actio. Et poſtquam recepta quin ei fini inventa fere eſt ſtipulatio, ut aliis obligationibus quibuſcunq; firmandis adhiberetur, placuit etiam utilem eam eſſe obligationibus quibuſvis, transferendis. Et fit novatio vel manentibus iiſdem perſonis & debitoris, & creditoris: vel mutata perſona debitoris. Priori caſu oportet novi aliquid adjici, *h. §. verſ ſed ſi eadem* quod ego omnino intelligēdum puto, ſi prior quoque obligatio ſtipulatione conſtituta ſit: Ceteroquin nihil impedire puto, quo minus v. c. quod ex mutuo, aut aliunde debetur, per ſtipulationem novetur, & in verborum obligationem deducatur *arg. l. 6. & 7. de nov. l 3. §. 1. de act. empt. l. ſi ſtipul. in pr. verſ. verum de uſuris*, & hoc diſerte hic monuit Theophilus: poſteriori caſu fit novatio, dum alius in locum prioris debitoris liberati ſuccedit, veluti ſi Titius creditori per novationē promittat, quod Seius ei debebat, in *pr. h. §.* ſive hoc faciat Titius ultro, ſive ex mandatu Seii debitoris, ſicut enim fidejubere poteſt quis pro aliquo, aut ſolvere, aut mandante debitore, aut etiam ultro, ſive animo negotia gerendi, ſive animo donandi, quod tum præſumitur ubi pro invito id fit: ita quoq; permittere poteſt animo novandi, (ita ut prior obligatio perimatur,) vel ultro, etiam pro nolente *l ſi Stichum 8. inf. de nov.* vel mandante debitore, qui modus novandi in ſpeciem dicitur † delegatio, per metonymiam cauſæ & effectus, quoniā delegare nil aliud hic eſt, quā 2
mandare, dum alium delego volenti creditori, & ipſi mando, ut ipſe promittat, quod ego debeo, & in ſumma delegare hic ſignificat, vice ſua aliū reū dare creditori, qui, ut *ſup. ad tit. de fidejuſſ.* diximus, ſolet appellari expromiſſor. Ex quib. apparet, non ſatis accurate & præcipue diſtingui novationem, quod alia ſit in ſpecie dicta novatio, alia delegatio, quoniā quando quis ſine delegatione & mādatu debitoris, ſuſcepit ipſius obligationem, eadem natura & eſſentia eſt, ac ſi id feciſſet mandatu debitoris: ſicut eadem eſt eſſentia fidejuſſionis, ſive quis mandante debitore ſive ſine mandato inter-

Uuuu cedat.

cedat. Et igitur ita opponendæ ſunt ſpecies, quod novatio fit, aut manente eadem ſpecie debitoris & eodem debitore, aut mutato debitore, quod fit, ſive quis ultro ſive debitore mandante ejus obligationem expromittendo ſuſcipiat. Atq; hæc poteſt dici *κατ' ἐξοχὴν* novatio ubi intervenit ſtipulatio. Generalius autem loquendo hæc eſt novationis
3 ſpecies: & novatio in genere accepta † diſtinguẽda eſt, quod alia fiat per ſtipulationẽ, alia per litis conteſtationem, quam Dd. vulgo vocant acceſſoriam; & nimis ſcrupuloſi ſunt in verbis, qui non poſſunt ferre, ut ita appelletur; Et imo enim jure noſtro, etiam per litis conteſtationem fit novatio, & hoc rurſus, ſive manente eadem perſona, ſive mutata perſona Illud, ſi ipſe reus litem conteſtetur & ſuſcipiat: nomine proprio; hoc ſi alius ejus nomine: & hic iterum ſive faciat ex mandatu Rei quo reſpectu dicitur per litis cõteſtationem fieri delegatio *l. delegare* 11 § 1. *de novat*. ſive ſine mandato, imo etiamſi nolente Reo *l. ſolutione* 23. *de ſolut*. ubi dicitur, liberari reum & ignorantẽ & invitũ ſi alius pro eo judicium accipiat: & in *l. ſi pro eo* §. 1. *de in rem verſo*. liberari patrem, ſi filius pro eo, ut defenſor judicium ſuſceperit, ita ut defenſor talis (niſi pro invito id fecerit) habeat regreſſum contra debitorẽ *l. qui ſervũ* 20. *de interrogat injur*. Neq; ita infertur iniqua cõditio creditori actori, quia nemo poteſt ſuſcipere judicium nomine alieno, niſi idoneæ & ſatiſdato de judicando ſolvendo caveat §. *ſi vero* 5. *inf. de ſatiſdat l. minor* 51. §. 1 *cum ll. ſeqq. de procuratorib*: Et hinc
4 quod † nimirum dum alius ſuſcipit judicium, reus liberatur, eſt, quod etiam, qui ex mandato aliũ defendit, tamen de judicato ſolvendo ſatisdare tenetur *l. un. inf C. de ſatiſdando*. Non tantum autem hic comparationem ſolutionis & judicii acceptionis, quæ fit in *d. l.* 23. *de ſolut*. eſſe non abſolutam, ſed ſecundum quid, nam per ſolutionem quidem tol-
5 litur † obligatio debitoris ipſo jure, ſed per judicii acceptionem licet condemnatio ſecuta ſit, tollitur tantum per exceptionem, ut probat expreſſus textus in *l. qui ſervum* 20. *de interrogat*. & confirmat hæc ratio, quod non poteſt plus operari acceptio judicii, quam alius facit nomine debitoris, quam acceptio judicii, quam ipſe nomine ſuo facit debitor, atqui nec hoc caſu obligationem & actionem priorem tolli ipſo jure; ſed etiamnum ſupereſſe, communiter ſtatuunt Dd. qui hanc novationem vocant cumulativam, eoque adducunt quod in *l. aliam* 29. §. 1. *de novationib*. ubi prioris obligationis qualitates ſuperſtites, quæ per novationem quæ fit ſtipulatione tolluntur, arguunt & ipſam adhuc obligationem & actionem ſupereſſe. Itemq; quod cum juramentum comparetur cum re judicata *arg. l.* 2. *C. de re iud. l.* 8. *C. de reb. cred. l. poſt rem* 56 *de re iudic*. & cum per jusjurandum dicatur fieri novatio *l. qui iuravit* 26. §. *ultim. de iureiuram.* quin & ſolutionis *l.* 27. & 28. §. 1. *eod. titul*. & ex eo novatio naſcatur *d. l.* 8. *Cod. de reb. credit. d. l.* 28 §. *ultim.* tamen poſt jusjurandum prior actio manet *l. eum qui* 30. §. 1. *de iureiur*. & cum ſententia abſolutoria non perimat actionem ipſo jure, de quo *inf. de except*. nec condemnatoria eam perimere videtur. Et levia ſunt, quæ contra referente Porcio diſputavit Petrus quod dicatur novati actio *l.* 3 *C. de uſur. rei iud*. quod etiam dicatur novatio quædam fieri per litis † conteſtationem. Non enim genus o- 6
mne ex æquo omnimodo prædicatur de omnibus ſpeciebus, & dicitur etiam non inepte novatio propter & qualitates aliquas, & quia lõge utilior eſt actio judicati, & Tribonianus parum accuratus eſt juris autor. Quærat autẽ forte quis, quænam ſit cauſa hujus novationis per litis conteſtationem & judicium, ſive ſuo ſive alieno nomine ſuſceptum. Crediderim hinc eſſe, quod per litis conteſtationem res in judiciũ deduci, & tota judici committi intelligitur; qui exinde ex formula rem judicat, ita ut tum nova judicati actio naſcatur, qua de cauſa *Juſtin. in l. ult. C. de uſur. rei iud*. ait quod per actionem judicati prior obligatio novetur: & in *l. ſi fundus* 16. §. *ſi pluris* 6. *de pign*. dicitur cauſa tranſire in cõdemnationem, & hoc quoq; ſenſu dicitur judicio cõtrahi *l.* 3. § *Idem* 11. *de pec*. quia partes litẽ conteſtando accepta formula in judicem conſentiunt, eiq; cauſam cognoſcendam committunt. Sed & ſtatim lite cõteſtata actio inducit novas qualitates, ut quæ temporalis ut morte rei peritura erat, incipiat fieri perpetua & tranſitoria in hæredes §. 1. *inf. de perp. act*. Quæ tamen apparet talia non eſſe, ut novationem veram inducant, cum utiq; ſuper ipſa obligatione principali formula detur, & cognoſcatur & pronuntietur; & authoritate juris ne neceſſum ſit priorem rurſum inſtituere actionem, nova accedit actio, quæ dicitur judicati, quæ ex illo quaſi contractu, quem videtur inducere litis conteſtatio, originem trahere videtur. Hæc ad explicationem iſtius rei ſcribere viſum fuit. Jam cetera textus videamus. Ait Juſt.

Interventu novæ perſonæ.] Nimirum ita ſi juxta id quod præcedit, quis promittat, quod alius debet tamquã expromiſſor; nam alias & fidejuſſor pro-

mittis

mittit idem quod Titius debet, hoc tamen obligato manente.

Adeo ut interdum.] Ait, quod fiat novatio, ſi quis ſtipuletur quod alius ſibi debet, licet ſtipuletur inutiliter. Nimirũ ut inutilis ſit ſtipulatio ratione effectus, nõ ratione formæ. Quod accidit in exẽplo mox ſubjecto, ſi quis quod ſibi Titius jure debet, ſtipuletur à pupillo promittente, id ſine tutoris autoritate; contra quam ut ſup. tractavimus ad §. *pupill. 9. de inut. ſtip.* nulla (niſi locupletior factus ſit) eſt actio & qui nõ niſi naturaliter, ut ibidem explicavimus, obligari poteſt; quæ obligatio naturalis hic dicitur nulla duplici reſpectu 1. quoniam nulla ex ea poteſt naſci actio, & toto hoc tractatu tantum de civili efficaci actione agitur, 2 quoniam nec effectus obligationis naturalis habent locum adverſus pupillũ, qui ſi id ex hujuſmodi obligatione ſolvat, jus repetendi habet, juxta tradita ad *d. §. 9.* ubi diximus hoc intuitu pupillum alicubi negari obligatũ eſſe naturaliter: ſed & hoc, quod jura ſuccurrãt tãtum pupillo, ut ſit indemnis, non etiã aliis, & eorũ intuitu obligationem pupilli habere pro naturali, ita ut fidejuſſor & pignus ei accedere poſſint; item que quod ad rem noſtram pertinet, ut pupillus ſine tutoris autoritate novare alterius obligationẽ poſſit, qui ſibi imputet, quod à pupillo eſt ſtipulatus, idq; eſt, quod ait Juſtin. priorem debitorem liberari, & rem amitti, quoniam obligatio à pupillo contracta ſit nulla, quatenus ſc. in ipſius damnum vergere poſſit. Quod ſi n. omnino & penitus nulla eſſet, non poſſet fieri novatio, ſed prior obligatio maneret in ſuo ſtatu, cum novatio ſit prioris obligationis in aliam transfuſio. Ergo hactenus pupillus pro naturaliter obligato habetur, ut in præjudiciũ creditoris ſtipulantis ſuſtineatur, & valere poſſit novatio: quomodo cum hoc loco componitur *l. 1 §. 1. inf. de nov.* ubi dicitur, novationem fieri, ſi modo ſequens obligatio naturaliter teneat, ſi nimirum hoc quod alius debet, pupillus ſine tutoris autoritate promiſerit. Ex adverſo, quod pupillus debet naturaliter tantum, poteſt novari, ſi alius id ſe daturũ promittat: quomodo obligatio naturalis quæ erat, convertitur & transfunditur in efficacem & civilem; quod & ipſum oſtendit *d. l. 1. §. 1. in pr. de nov.* ſufficere quod præceſſerit naturalis obligatio; ut nempe & hic obligatio pupilli habeatur pro naturali in præjudicium ejus, qui eam animo novandi in ſe ſuſcepit. Obligationem autem ſuam, qua alius jure obſtrictus eſt pupillo, ſine autoritate tutoris pupillus novare, & ita conditionem ſuam deteriorem non poteſt facere, ad quem caſum pertinet haud dubie *l. pupillus 20. §. 1. de nov.* qui fruſtra adeo opponitur contra *d. l. 1 §. 1. eod. tit.*

Non idem iuris ſi à ſervo.] Ait ſi quis † à ſervo ſtipu- 8
letur, quod alius debet, non fieri novationem, ſed priorem debitorem ut ante manere obligatum. Atquin ſervus obligatur naturaliter, ut dictum *ſupr. de oblig.* & ubi ſequens obligatio naturaliter tenet, fieri novationem ait JCtus in *d. l. 1. §. 1. de novation.* Hortoman. reſpondet, & hanc rationem differentiæ eſſe ſcribit inter ſervum & pupillum, quod ille ſit incapax civilis obligationis, cujus gratia ſit introducta oovatio. Atquin nec pupillus capax eſt hujuſmodi obligationis: & hac ratione admiſſa, nec omnino poſſit ſtipulari ſervus, quod falſiſſimum eſt. Et alia igitur hic ratio quærenda eſt; & hæc nimirum; quod obligationes conſiderentur vel in ſe, vel quatenus à jure ſunt accommodatæ & formatæ: quod exẽplo obligationis pupillaris, & mulieris quæ interceſſit, cõfirmavimus *ſup. ad § pupillus de inut. ſtip.* Aliud hic ejus rei exemplũ occurrit in ſervo, qui ex quibuſdam cauſis, licet ratione conſenſus recte dici poſſit naturaliter obligatus, tamen autoritate juris non habetur pro naturaliter obligato; nam effectus ejus rei, quod ſervus naturaliter obligatur, inter alios & hic eſt, quod dominus ex ejuſmodi contractu ex quo ſervus naturaliter obligatur, tenetur de peculio actione. Sunt autẽ caſus, ex quibus, ut ſervus poſſit obligare actione de peculio dominum æquum viſum nõ fuit: quoniam dominus concedendo peculium iſtam facultatem minime intelligitur conceſſiſſe; cujuſmodi ſunt, fidejubere, compromittere, judicium ſuſcipere, & alienam obligatiooem per novationem in ſe ſuſcipere; itaq; perinde hic habuerũt LL. ac ſi omnino ſervus obligatus naturaliter non eſſet, idq; eſt quod dicitur *in l. 3. §. ſi filiusf. 5. de pecul.* ſi ſervus interceſſerit, non teneri dominum de peculio; & idem de novatione in *l. in perſona 30. §. 1. de pact.* & præciſe *in l. ſed & 20. de fideiuſſ.* quod ſervus ex cauſa fidejuſſionis obligari non poſſit: niſi tamẽ iſta fecerit ex cauſa peculiari, negotiũ quaſi gerens peculii, & illud augens *d. l. 3 § 5. de pecul. d. l. 30. §. 1. de pactis, l. ult. in pr. de novat. l. ſervus 20. cum l. ſeq. de iurei.* quamvis quidã inſuper requirant, ut ſervus liberã habuerit peculii adminiſtrationem per *d. l. ult. de nov.* Ceteroquin nec peculiarem obligationem novare poſſe, per *l. ſervus 16. de nov.* cujus rei non obſcura hæc ratio eſt, quod actionem quæſitam, domino, ſervus adimere non poteſt, unde reſpon-

Digitized by Google

ſum eſt in *l. fugitivus* 19. *in f. de ſolut.* ſi ſervus meus peculiari nomine pecuniã crediderit, (quo facto ſtatim domino quæritur actio) eum novando debitorem liberare nõ poſſe. Et ſunt tamen caſus quib. hæc ratio ceſſat, ut in ſpecie *d. l.* 30 §. 1. *de pact.* Sed plane per delegationem non poſſe liberari debitorem à ſervo, & ipſum probari videtur ex *d. l. ult. de nov.* ubi tum demum fieri novationem addit JCtus, ſi ipſi, ſervus, aut filiusf. ſtipulentur, quæ eſt novatio in ſpecie dicta oppoſita delegationi, in *d. l.* 19. *de ſolut.* ubi eum & jus novandi negetur, oportet ut dictum eſt, diſtinguere: aut cum Acc. in *l. ult. de novat.* an donandi animo, nec ne facta ſit novatio: aut confugiendum ad varias ſectas Juriſconſultorum quarum meminit *Cujac* 8. *obſ.* 11.

Si conditio, aut dies.] Acceptilatio non fit ſub conditione *l.* 4. *de accept.* Sed utiq; novandi animo recte ſub cõditione fit ſtipulatio, nec enim ullo alio differt hæc ab alia ſtipulatione quam quod effectum habet novandi, qui tamen ex natura conditionis interim ſuſpenditur; ſicut conditio ſuſpendit etiam quamvis obligationem. Et de hujuſmodi novatione & iſto effectu præter hunc locum *verſ. quod autem* ſunt textus *in l. ſi Stichum* 8. §. 1. *& l. quoties* 14. *in princ. l. novatio* 24. *& l. ſi rem* 31. *de novation.* in quo juxta hunc text. eadem res, nec mutata perſona adjecta conditione in ſtipulationem novandi animo deducta fuit.

Sed cum hac quidem.] Poteſt unus eandem rem ex plurib. cauſis, & obligationibus debere: poſſunt & plures pro una re, vel ſumma in ſolidum eſſe obligati. Itaq; non ſemper neceſſe eſt fieri novationem, ſed non raro accedit obligatio obligationi. Idq; eſt, quod non uno loco legimus, requiri, ut animus novandi adſit, *l.* 2. *l. ſi ita* 6. *in pr. l. ſi Stichum* 8 §. 1. *&* 2. *l. fundum* 28. *& l. ſi hominem* 32. *h. t. l. duo* 71. *pro Socio.* Id aliquando ex ſolis conjecturis inductum & intellectum, aliquando magis diſerte agi oportuiſſe, ubi alias in poſteriori v. c. minus fuiſſet quidam exiſtimant; aliquãdo niſi contrarium autem eſſet, novationem præſumptã, per *l. doti* 30. *de iur. dot. l. qui uſumfructum* 58. *de V. O.* ubi tamen Cujacius arbitratur, verbum *ſpecialiter* à Triboniano adjectum
9 eſſe. Hinc † cum ſæpe controverteretur, an ſtipulatio novandi animo facta eſſet, conſtituit Juſtin. non eſſe amplius novandum Lege, hoc eſt, ex conjecturis à Lege admiſſis, vel quas ex LL. quis mutuaretur, ſed *voluntate*, id eſt, non fieri novationẽ, niſi partes hoc expreſſerint, velle ſe novare: Ceteroquin eſſe in integro obligationem priorem, & ui accedere aliam. Ex quibus perſpicuum eſt, abſurde annotatum eſſe à Gothoft. ad *l. ult. de novat.* olim id agi verbis neceſſum fuiſſe ut novatio fieret; hodie id ſatis eſſe exprimi voluntate ſola. Ita autem licet conſtitutum ſit *à Juſtin. in l. ult. C. de nov.* ut nulla niſi nominatim hoc inter partes actum ſit, novatio fiat: attamen Interpp. communiter admiſerunt, ſi de facienda novatione & animo partium adſint non uſque adeo obſcuræ conjecturæ, factam novationem intelligi, non quidem ipſo jure, ſed ope exceptionis. Cui quidẽ ſententiæ hoc obſtat, tum quod ita Lex Juſtiniani non erit poſita reb. ſed verbis, quandoquidem parum imo pene nihil intereſt effectu, an hoc vel illo modo obligatio tollatur; tum quod ita ſcopum ſuum aſſecutus non fuerit Juſtinianus, & adhuc erunt controverſiæ, an & quando novatio facta ſit, vel non: cum tamen Juſt. ea gratia ita conſtituerit, ne amplius in ambiguo verſandum eſſet. Valde tamen rationi conſentanea eſt limitatio Doctorum, & abſurdum videtur nullas admittere hic conjecturas: & ſi quis pro ſtumento ſtipulatus ſit ſibi dari pecuniã, haud dubie præſumetur id animo novandi feciſſe: niſi quis pro Juſtin. dixerit, imputare ſibi debere alterutrum contrahentium, quod non adjecerit, ſe velle novare obligationem: qua etiam in re quædam concurrit ignorantia juris, & quiſq; ſe conformare Legibus debet. Et mihi tamen arridet magis communis opinio, ita explicata à Johan. Fab. hic, quod quando primus contractus (ita loquitur) non eſt bene cõpatibilis cum ſecundo, & ex effectu verborum apparet de animo novandi, tunc utiq; per exceptionem ſaltem novationem debere induci.

TEXTUS.

Hoc amplius eæ obligationes, quæ conſenſu contrahuntur, contraria voluntate diſſolvuntur. Nam ſi Titius & Seius inter ſe conſenſerint, ut fundum Tuſculanũ emptum Seius haberet centum aureis: deinde re nõdum ſecuta, (id eſt neq; pretio ſoluto neq; fundo tradito) placuerit inter eos, ut ab ea emptione & venditione diſcederetur, invicem liberantur. Idem eſt in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex conſenſu deſcendunt, ſicut jam dictum eſt.

Com-

Commentarius.

PErvulgatum eſt, unumquodque eo modo diſſolvi quo colligatum eſt. Itaque contractus qui ſolo conſenſu conſtant, nudo conſenſu diſſolvi, conveniens eſt: & adeo ut apparet, re adhuc integra, ubi nec rum pretium ſolutũ nec res tradita eſt: ubi enim utrumque vel alterutrum horum factum eſt, jam res non amplius eſt in terminis nudi conſenſus: & proinde ſi abiri debet à contractu, & diſſolvi obligatio, neceſſum eſt, ut quod intervenit, & fecit ne res amplius ſit integra, rurſus in contrarium agatur ut docet *l. ab emptione* 58. *de pact. l.* 1. *&* 2. *C quand lic. ab empt. diſc.* qua de re alibi latiſſime cõtra Fabrum, & nimirum in exercitationibus meis ad *decad* 95 *cap.* 6. *cum plurimis ſeqq.* Rebus autem adeo integris ait Juſtin. h. §. diſſolvi contractum, contraria & ſcil. mutua (alterutro enim invito non poteſt) voluntate: & ut mox ſequitur, ſi placuerit, ut diſcedatur ab emptione contrario conſenſu *l. prout* 80. *in fin. de ſolutionib.* quæ voluntas & quod placitum declaratur ſimplici quoq; pactione citra ſtipulationem: & cum hi contractus nulla deſiderent verba, ad eos diſſolvendos nihil magis ſtipulatio quam nudum pactum facere poteſt. Et communiſſima juxta & veriſſima ſententia eſt, quod per pactum nudum contingat liberatio & diſſolvatur obligatio ipſo quoque jure. quæ probatur *ex l.* 7. §. *adeo* 6. *l. ſi unus* 27. §. 2. *d. l. ab empt.* 58. *de pact. l. pacta* 72. *in fin. pr. de contrah. empt.* Poteſt hic objici: quod pacta tantum producant exceptionem, & cum iſti contractus producant obligationem quoque civilem, non videatur ea nudo pacto poſſe diſſolvi. Sed repetendum huc eſt, quod ſupra ſcripſimus *ad tit. d. obligat.* civilem obligationem non uno modo dici, & hanc quoque dici talem, quæ præter approbationem nihil habet à jure civili. Hæc eſt quæ oritur ex contractibus juris gentium, qui aut re aut cõſenſu ſolo perficiuntur & illi quidem quo minus pacto nudo diſſolvatur, impedit interventus rei: in his autem nihil impedit, ſed cum tota eorum eſſentia ſit à jure gentium, quo etiam pacta valida ſunt, & tota eſſentia ſit in conſenſu ſolo, ubi per pactum & diſſenſum contrarium, ſublatus eſt conſenſus, non poteſt nuda approbatio civilis facere, ut remaneat obligatio, non magis, quam ut poſt præteritam & redditam rem fieri poteſt, ut illa ſuperſit obligatio ex contractibus qui re perficiuntur. Quibus conſequens eſt, ut & pactum hypothecæ, quo jure prætorio introducitur obligatio efficax pignoris per nudam conventionem *l.* 1. *de pignor. act.* per contrariam voluntatem & nudum pactum diſſolvatur; nec ulla hic ratio differentiæ reddi poteſt: & inepte objicitur *l. ſi tibi* 17. §. 2. *de pact.* quoniam ibi non de pacto remiſſorio pignoris, ſed debiti principalis tractatur: quod cum per exceptionem tollat obligationem principalem, nec aliter ſeceſſoriam obligationem, ſuper qua nec expreſſe conceptum eſt, tollere poteſt: de quo in *Tr. de pact. & Tr. de pignorib,* plura diximus.

COMMENT. AD LIBRUM III. INSTITUT. Imp. Finis.

Digitized by Google

AD LIBRUM QUARTUM

INSTITVTIONVM JURIS

Ad Titulum Primum,

DE OBLIGATIONIBUS,

quæ ex delicto naſcuntur.

TEXTUS.

Cum ſit expoſitum ſuperiori libro de obligationibus ex contractu & quaſi ex contractu: ſequitur ut de obligationibus ex maleficio, & quaſi ex maleficio diſpiciamus, ſed illę quidem, (ut ſuo loco tradidimus) in quatuor genera dividuntur: hæ vero unius generis ſunt: nam omnes ex re naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio: veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

COMMENTARIUS.

1 *An recte negetur hic in fin. distinctio delictorum.*

Hottomannus à *tit. de obligat.* demum librum III. auſpicatur & porro continuat uſque ad *tit. de actionib.* à quo demum initium facit libri quarti, cõtra omnium librorum autoritatem, & omnes Interpp. judicium cerebri ſui nimis arroganter ſecutus, & quem *hoc pr.* ibi *ſuperiori libro* manifeſto confutat: Et commentum eſt, quod ait hæc verba & hunc locum deſumptũ eſſe ex veteri ICto, qui aliter tractaverat materias: & recte *VVeſemb. hic,* nõ tam ſupinæ negligentiæ fuiſſe compoſitores, ut iſto loco ita integre uterentur, nec expungerent hæc verba, niſi & ipſi hic initium novi libri feciſſent. Porro ipſe Juſtinianus, reddit ordinis rationẽ, quod nimirum juxta diviſionem *ſup. de obligat.* propoſitum, explicata materia contractuum, agendum ſit de obligationibus quæ deſcendunt ex delicto, ſive ex maleficio & *quaſi ex maleficio,* quæ verba Cujac. & Contius delenda eſſe putant, (eademque omiſit Pacius) quia deſint in quibuſdã: quæ ridicula ratio eſt: maxime cum Contius & Pacius retineant verba priora *quaſi ex contractu,* & concinnius eſſet hæc quoque expungi, quod facit Ruſſard. *arg.* §. 1. *de actionibus.* Sed inepte ita argumentamur. In *d.* §. tantummodo habetur mentio contractus & maleficii, ergo & hoc loco tantum eorum habenda eſt mentio. Et ego fortius concludam ex §. 2. *ſupra de oblig.* ubi Juſt. n. non facit tantum duo membra contractus & delicti, & poſtea in verum & quaſi contractum & maleficium diſtinguit: ſed diſtinctim quatuor membra proponit, ex contractu vel quaſi, itemq; ex maleficio & quaſi; & rariſſimum eſt, ut ſub contractus appellatione quaſi cõtractus contineatur. Hæc contra prurientes iſtos Neotericos dicta volui.

Sed illis quidem.] Proponit differentiam inter obligationes ex contractu, & ex delicto, quod illæ ex quatuor cauſis naſcantur, re, verbis, literis, conſenſu,

ſenſu. Sed hæ omnes ex RE. Quæ oppoſitio & diſtinctio laborare dupliciter videtur 1. Quod injuria etiam fit verbis & literis *l.1.§.1.l.5.§.ſi quis 9. & l.10. de inj. l.un. C. de famoſis. libell.* 2. Quod rationis loco in fin. male addit. omnes naſci ex re, id eſt, ex ipſo maleficio: neque enim ſi in generali cauſa conveniunt, & omnes ex maleficio ſunt, propterea negandæ ſunt ſpecies: cæteroquin eadem ratione quis negaret ſpecies contractuū, quia obligationes oēs quæ verbis, re &c. contrahūtur, utiq; ſunt ex cōtractu Nec tamē hic vitiū aut error aliquis Triboniano imputari poteſt, qui hoc videtur deſcripſiſſe ex Cajo *in l.4. de oblig. & act.* Hottoman. ait intelligi, non ita committi verbis aut literis delicta, ſicut contrahi dicitur verbis aut literis: & acerbe irridet quoſdam, qui hoc non intellexerint: ipſe fortaſſis riſu dignus. Hoc enim quisvis ſanæ mētis intelligit per ſtipulationem & ſolennia verba, & per chirographum ut explicatur id ſupra *de lit. obligat.* non committi delicta. Verum cum utique vere injuria & delictum quoddam verbis committatur, & hæc ſpecies ab ea quæ committitur Re, omnino ſit diverſa, nemo umquam effecerit, ut verum ſimpliciter ſit, quod omnia delicta pariter re cōtrahantur & committantur. Itaq; ea reſponſio Hottomanni ad excuſandum aliqua Gajum & Tribonianum valet, at omni culpa eos non liberat. Et addi hoc quoque poteſt, quod ex cauſa contractuum re obligamur dum rem accipimus, obligatio autem verborum contrahi dicitur, dum quis ſe facturum daturum promittit, quo modo nullum delictum contrahitur, & ex voluntate animoque delinquendi non eſt obligatio & actio ad pœnā, nec enim huc pertinet, quod aliquando in exemplum & in atrociſſimis delictis etiam conatui & voluntati, quæ in actum aliquem erupit, pœna irrogatur. Prorſus quod negatur diſtinctio ejuſmodi delictorum, accipiendum eſt non abſolute, ſed relative ad diſtinctionem contractuum, ſive obligationum ex contractu, quo pertinet quod *Ulp. in l.ſi quis 52. §. neque 19. de furtis.* verbo & ſcriptura furtum fieri negat, quibus tamen verbis furtum ab injuria diſtinguere videtur.

TEXTUS.

1. Furtum eſt contrectatio fraudulenta, lucri faciendi gratia, vel ipſius rei, vel etiā uſus ejus poſſeſſioniſve, quod lege naturali prohibitum eſt admittere.

COMMENTARIUS.

1 *Furtum non fit ſolo animo.*
2 *Furtum poſſeſſionis.*
3 *Finis, lucri faciendi gratiâ.*
4 *An furtum jure naturali prohibitum.*
5 *Furtum an fiat rerum hæreditariarum.*

ANte omnia præmittendum eſt, agi hic de delictis privatis, & quidem quatenus ex illis alteri acquiritur actio pœnalis, qua quod ſua intereſt, aut alias pecuniariam pœnam in commodum ſuum perſequitur, & ita agit ut reus ſibi condemnetur. Judicia enim criminalia, quæ dicuntur tendere ad vindictam, & quæ tendunt ad infligendam pœnam corporis, vel etiam pecuniariam extraordinariam, quæ Reipublicæ applicetur, huc non pertinent. Primum ex privatis delictis eſt furtum, cujus definitio hic proponitur ex *l 1. §. ult h t.* ſed quæ videatur etiam convenire rapinæ bonorū, niſi addatur differentia alia, à clandeſtinitate, aut hoc ſub verbo contrectationis intelligatur, & tamen paulo ſubtilius accipiatur, & ille quoque clam facere dicatur, qui re apud ſe exiſtente non recte utitur. Genus igitur furti eſt:

Contrectatio.] Excluduntur hoc verbo res incorporales, quæ non tanguntur, nec auferuntur, & oportet eſſe corpus quod contrectetur *l. ſi is 75 h t.* Excluditur etiam nuda & ſimplex conſultatio, de quo & an conſilio furtum quis facere dicatur, dicemus *in §. Interdum 11. infr. h. t.* ut hoc ſaltē hic moneamus, poſſe eū qui revera & proprie fur non eſt, pœna tamen furti teneri, & actione furti conveniri. Et huc pertinet quod Ulp, ait *in l ſi quis 52. § neque 19. h. t.* verbis aut ſcripto furtū non fieri, ſed contrectatione opus eſſe, & *in l. vulgaris 21 §. qui furti 7. h t.* qui animo furti faciendi intravit conclave, nondum furem eſſe & *in l. 3 ſi §. rem 18. de adq poſſ.* furtum animo non admitti. Et ſignificatur contrectatio rei cum quadam motione: ut excludantur ab objecto furti res immobiles, *§. quod autem ſup. de uſucap.* quæ tanguntur quidem, & quas clam quis ingredi & attingere poteſt, ſed citra ullum damnum & detrimentum & motionem earum. Sed & in rebus mobilibus amotio & motio paulo ſubtilius accipienda eſt, ut non intelligatur amotio tantum ex poteſtate domini, ſed etiam rei quæ quâvis ex juſta cauſa penes quē exiſtit, illicitus uſus. Eo enim pertinet quod mox ſubjicitur, *vel uſus ejus* id eſt, [illegible] nimirum utatur re, cujus vel au[illegible]

vel utatur ultra limitatū & conceſſum uſum. Nullum uſum habet depoſitarius & creditor in pignore. Itaque ille re depoſita, hic pignore utentes, furtum committunt. Limitatum habet commodatarius, quem ſi excedat furtum committit §. *furtum 6. h t l. qui juramenta* 40. *l ſi pignore* 54. *D. eod.* ſequitur in definitione.

Poſſeſſioniſve.] Omne furtum eſt poſſeſſionis, ut nec fiat furtum, ſi rei penes alium non ſit poſſeſſio, ex quo hæreditati jacenti negatur fieri furtum. *l.* 1. §. *Scævola* 15 *ſi is qui teſtam. lib.* Sed quia hic poſſeſſio opponitur rei & uſui, oportet intelligi tale
2 furtum, quod ubi ſolius poſſeſſionis † intuitu committitur: cujus rei duo ſunt exempla 1. ſi debitor rē propriam, quam pignori dedit, eoque ejus poſſeſſionem tranſtulit, ſubripiat creditori, de quo *in* §. *aliquando* 10. *infra h t.* Deinde quo exemplo utitur Theoph. hic, ſi depoſitarius dolo malo utatur re depoſita animo intervertendi, & inficiandi depoſitum *l. inficiando* 57. *in pr. de furt.* ita enim deponens amittit poſſeſſionem *l.* 3. §. *ſi rem* 18. *de adq. poſſ.* itaque hic concurrit furtum uſus & poſſeſſionis. Habent autem & iſtæ ſpecies contrectationem Rei: & proinde in ſpecie verbum Rei in definitione accipiendum eſt: aut ex §. *ult l.* 1. *h. t.* ut vulgo legitur, & in Florent. teſtante etiam Ant. Auguſt. 4. em. 4. ubi notat Holoandium verbum *rei* bis ponendum eſt *Furtum eſt contrectatio rei, lucri faciendi gratia, vel ipſius rei &c.* ut ſit ſenſus, furem contrectare, vel ut ipſam rem ſibi habeat, vel ſaltē ut uſum aut poſſeſſionem, quo ſenſu depoſitarius, qui omnino vult intervertere rem, non ſolum ut uti, non ſolius poſſeſſionis, ſed etiam rei furtum facit, & ita exemplum Theophili minus commodum eſt, ſed aliud peti poteſt *ex l furtivam* 74 *h. t.* Singularem ſpeciem furti *v ad* §. *aliquando* 10. *infr. h. t.* Additur in definitione.

Fraudulenta.] Eſt communis differentia delictorum, quæ, excepto unico, de quo *tit.* 3. non committuntur ſine dolo: idque de furto, & quod ſine dolo & affectu furandi non fiat, nominatim traditur *in* §. *unde in rebus in fin. ſup. de uſucap. & in* §. *placuit* 7. *infra h t.* ubi plura dicemus. Supereſt in definitione.

Lucri faciendi gratia.] Hæc maxime differentia diſtinguit furtum à cæteris delictis. Eſt enim finis
3 qui diſtinguit actiones: & à propoſito † maleficia diſtingui docet ICtus *in l. qui injuria* 53. *in pr. h. t.* ut non tam factum, quam finis & faciendi cauſa ſpectetur *l. virum* 39. *in princip. eod.* Itaque iſte finis ſi abſit, furtum non erit. Cui non obſtat *l. qui ſaccum* 77. *h. t* quoniam licet non principaliter, tamen per cōſequentiam, ut eo commodius auferri poſſet pecunia, ſacci quoque ſubripiendi animus fuit. Magis obſtat *l. fullo.* 82 § 2. *h. t.* ubi ait ICtus eum furti teneri, qui ancillam non meretricem libidinis cauſa ſubripuit. Et vix eſt quod commode reſpondeatur: niſi quis putet id ideo receptum, quia ancilla corrupta ſit minoris pretii, & virgines ancillas majoris veniſſe docet *l. ex empto* 11. §. *ſi quis* 5. *de action. empti:* vel quia cum ſubripiens ſciret non eſſe meretricem ancillam, per conſequentiam lucri ſimul cauſa eam ſubripuiſſe videri poſſit. Aut an levi trajectione legimus ibi, *ancillam meretricem non libidinis cauſa*: quomodo oppoſitio erit ad *d l* 39 *h t.* & non inelegans ratio dubitandi, quod cum ancillæ meretricis libidinis & inde quæſtus cauſa habeantur à dominis, nō videatur in eas cadere furtum, & poſſit videri hujuſmodi ancilla abducta in dubio libidinis cauſa, quo tamen non obſtante committatur furtum, ſi lucri cauſa id factum probetur. Tandem additur in definitione:

Quod jure naturali prohibitum] Cauſa hæc externa potuiſſet omitti. Et ſolet alias illi objici, quod
† eum jure naturali omnia fuerint communia, eo jure non fuerit locus furto. Sed commentum illud eſt de communione omnium rerum, quæ in nulla umquā republica fuit. Et jus naturale hic non intelligimus, quod beſtiis commune eſt, ſed quo utuntur homines, & quod in latitudine ſua opponitur jure gentium, & cui etiam recte referuntur accepta dominia eorundemque diſtinctiones, qua poſita ſane contra rationem juris naturæ peccat, quiſquis altei ſuum aufert: & facit quod *Ariſt.* 1. *Polit.* 1. ipſas civitates ait eſſe à natura & ꝙ homines inſtinctu quodam ipſius rationis convenerint in unum & inſtituerint civitates. Et peſſime Aleiatus *in l. probrum* 42. *de V. S.* iſtam prohibitionem refert ad jus poſitivum: quem nec juvat, quod referente *Gellio* 11 *noct. Att. c.* 18. apud Spartanos & Ægyptios furta impunita fuerunt. Nā 1. ex eo quod pleriſq; & pene omnibus gentibus placuit, jus gentium ęſtimamus, cui nō derogant unius aut alterius gentis barbara inſtituta, de quo ſupra latius actum eſt *lib.* 1. *tit.* 2. Deinde nec aut Ægyptii aut Spartani ſimpliciter probarunt & admiſerunt furta, ſed ſpeciali quadam ratione. Et de Spartanis d. loco teſtatur Gellius, ad militarem exercendam & acuendam induſtriam, id fuiſſe permiſſum: neque vero omnibus, ſed junioribus tantum, *teſte Xenoph. in deſcript. Reipub.*

Digitized by Google

Reipub. Spartana, & porro de Ægyptiis ſcribit *Diod. Siculus lib.* 1. *p.* 2. Legem iis fuiſſe, ut qui furari vellet, nomen ſuum profiteretur apud Archifurem, & quaſi præfectum furum, ad quem res furto ablatæ afferendæ erant, & quæ dominis detracta quarta parte reddebantur. Et reddit rationem, quod cum furta inhibere omnino, impoſſibile ſit, repererit rationem Legislator, ut domini paſſi exiguum damnum, quaſi in pœnam negligentiæ, res ſuas recuperarent, ut ita appareat furta iis probata non fuiſſe: & hanc ipſam tamen Legem poſt non fuiſſe probatam, ſed abrogatam, indicio eſt, quod ſcribit *Herodot. lib.* 2. *in fin.* Amaſin regem Ægypti Lege ſanxiſſe, ut ſubditi ſingulis annis magiſtratui vitæ ſuæ, & unde eam tolerarent, reddere rationem cogerentur. Fruſtra autem huc affertur de Samiis ex *Plutarcho probl. Græc.* 55. apud quos in memoriam olim actæ vitæ uno die quotannis furari permiſſum erat. Licet autem furtum jure gentium recte prohibitum dicatur, non tamen, omnium quę eodem iure prohibita dicuntur, eadem eſt ratio, nec niſi ſecundum quid in *l.* 42 *de ver. ſign.* adulterium & furtum conjunguntur: quod recte iiſdem obſervat Alciat male autem *A. Auguſtin.* 4. *emend.* 4. æqualiter damnat jam dd. mores Spartanorum & mores Perſarum, quibus inceſti cum matribus concubitus tolerabantur, neque vero omnia delicta jure gentium prohibita æqualiter turpia ſunt. Et hæc ad definitionem furti: cui adhuc obeſſe videtur, quod hæreditariarum rerum ante aditam
5 hæreditatem negatur fieri † furtum *l.* 1 §. 15. *ſi is qui teſtam. lib. l. hæreditariæ* 68. *h. t. l. ſi ſervus* 40 *de noxalib. act. l.* 2. *& ult. infr. expil. hæred. l. eum qui* 14. §. *ſi res* 14. *h. t.* & tamen eſt contrectatio rei fraudulenta lucri faciendi cauſa. An addimus definitioni, *invito domino?* qui harum rerum nullus revera eſt, & utique invitus dici non poteſt: an ſubintelligimus, poſſeſſionem rei eſſe penes aliquem? quæ hic nullius eſt: an caſus ſingularis non venit in conſiderationem? Plane ſubtilis ratio facit, ut hic nō dicatur admiſſum furtum, revera enim fur eſt, qui ſciens rem non ſuam fraudulenter lucri ſui cauſa aufert, ſed quia revera res nullius eſt, fit, ut ne fur dicatur. Et ineptus eſt Hotto: qui per verbum, *fraudulosa* putat effici, ut ne iſtud furtū ſit, quoniā nemo hic fraudetur: æſtimamus enim fraudē ex animo, & reali amotione: quin & effectu fraudatur hæres, qui & retro poſt ſemper fingitur fuiſſe dominus. An igitur feret impune? Utique non feret, ſed tenetur crimine expilatæ hæreditatis *l.* 2. *infra expil. hær.* rei autem vendicatione & ad exhibendum teneri non ambitur *d. l.* 2.

TEXTUS.

2. Furtum autem vel à furuo, id eſt, nigro, dictum eſt, quod clam & obſcure fiat, & plerunque nocte: vel à fraude, vel à ferendo, id eſt auferendo, vel à ſermone Græco, qui φῶρες appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρες dixerunt.

COMMENTARIUS.

Debebat præmitti Etymologia, ut & *in l.* 1. *h. t.* Et Servius ad *Virgil lib.* 9. *verſ.* 351.

——*hic furto fervidus inſtat,*

notat fures dictos, quod nigro & nimirum furvo tempore furtum committant. Idem *Nonius lib.* 1. fures ſignificantiam habere à furvo, autoritate Varronis *libr.* 14. *div. rer.* Sed Gellius 1. *noct.* 18. Varronem memoria & oblivione lapſum fere putat, & furem dictum a Græco verbo φὼρ recte confirmat: & eſt illa magis alluſio: & ineptior adhuc quæ à fraude deducit. Illa autem à *ferendo* convenit cum vera.

TEXTUS.

3. Furtorum autem duo ſunt genera, manifeſtum, & nec manifeſtum, nam conceptum & oblatum, ſpecies potius actionis ſunt furto cohærentes, quam genera furtorum, ſicut inferius apparebit. Manifeſtus fur eſt, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec ſolum is qui deprehenditur in ipſo furto, ſed etiam is qui loco eo deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit, & egreſſus nondum januam deprehenſus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehenſus fuerit. Imo ulterius manifeſtum furtum eſt extendendum, quamdiu eam rem fur tenens, viſus vel deprehenſus fuerit, ſive in publico, ſive in privato, vel à domino vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo deferre

vel deponere deſtinaſſet. Sed ſi pertulit quo deſtinavit, tametſi deprehendatur cum re furtiva, non eſt manifeſtus fur. Nec manifeſtum furtum quod ſit, ex iis quæ diximus intelligitur: nam quod manifeſtum non eſt, id ſcilicet nec manifeſtum eſt.

Commentarivs.

1 *An ad furtum manifeſtum requiratur realis apprehenſio.*

Divid turhic & *in l. 2. h. t.* furtum in manifeſtum & nec manifeſtum: inter quæ duo medium & tertium non datur: licet quis ejuſdem rei, ſed diverſis actibus & manifeſtus & nec manifeſtus fur eſſe poſſit *l. vulgaris 21. in pr. verſ. nam etſi.* quam diviſionem proponit Iuſtinianus, quoniam ex eo variatur pœna furti, ut paulo poſt oſtendetur. Quid furtum ſit nec manifeſtum, in fin. §. mouet Iuſtin. intelligendum eſſe à contrario, & ex altera ſpecie oppoſita, furti manifeſti: quod enim, ait manifeſtum non eſt, id nec manifeſtum eſt, id eſt: illud furtum quod ita appellatur, & nec manifeſtum vocatur. Furtum manifeſtum & fur manifeſtus deſcribitur hoc §. per gradus, ſenſim procedendo & quaſi deſcendendo, ut 1. manifeſtus fur ſit, qui deprehenditur in ipſo actu dum furtum facit, *h. §. verſ. non ſolum* 2. Qui poſtquam jam furtum fecit in iiſdem ædibus, aut generalius, in eodem loco cum furto deprehenditur *d. § verſ. ſed etiam.* 3. Qui locum cum egreſſus eſſet, antequam eo quo deſtinavit, rem pertulit, deprehenditur. *h. §. verſ. Imo.* Ampliatur 1. ut fur manifeſtus ſit, etiamſi non ipſe dominus, aut cui furtum factum eſt, furem deprehenderit. *d. verſ imo.* neque ita quod Accurſ. movet, alteri adquiritur per alium, ſed huius apprehenſio qualificat delictum: ideoque nec intereſt quis furem apprehenderit, *h. §.* ibi *vel à domino vel ab alio & l. 3. § 1. h. t. l. 7. § ult. h. t.* ibi *an vicinus an quilibet tranſiens.* itaque non reſtringit, ſed exempli cauſa proponitur *in l. ſi quis 24. §. 2. de uſuris.* de procuratore qui furem adprehendit. Et elegans exemplum eſt, quod ſi prohibuit procurator, acquiratur interdictum *quod vi aut clam*, domino *l 3. in princip. Quod vi aut clam.* ubi removet eandem objectionem Iuriſconſultus, dicens, quod ea prohibitio demonſtret te vi opus feciſſe. Ampliatur 2. ut ſit fur manifeſtus, non tantum qui realiter & injecta manu apprehenditur, ſed etiam qui oculis *h. §. verſ. Imo.*, ibi *viſus vel deprehenſus:* ubi verbum, *deprehenſus* in ſpecie realem apprehenſionem ſignificat. Sed an ſatis eſt viſum eſſe? Minime, ſed acclamatum oportuit, *l. ſi quis 7. §. 1. & 2. h. t.* fortaſſis & ſatis erat dominum vicinos aliquot teſtatum eſſe, iſtum cum furto abire, cum forte ab ejus violentia ſibi metueret. Contra quam tamen ſententiam diſputari, & quod ſola realis deprehenſio per iniectionem manus faciat furem manifeſtum, hoc argumento effici videtur. Si contra furem manifeſtum non datur condictio rei ſubreptæ, nisi eam occiderit, fregerit aut effuderit, non poterit fur manifeſtus eſſe, niſi qui manu iniecta eſt deprehenſus. Atqui verum eſt prius, per *text. in l. ſive 10. in fin. pr. de cond. furt.* Ratio connexi eſt, quia fure deprehenſo niſi ipſe eam corrumpat, res aufertur: quod ſi poſſit fur manifeſtus is etiam dici, cui tantum viſo acclamatum eſt, utique cum re aufugere, & ita quoque extra caſus *d. l. 10 in pr.* condictioni locus eſſe poſſit. Apertius concludetur hoc modo. Si fur manifeſtus & is eſt, cui tantum viſo acclamatum eſt, ſequitur quod ipſi condici poſſit res (de condictione hac dicemus in *§. ult. h. t.*) licet non occiderit eam vel læſerit, aut corruperit, ſed ſecum integram tulerit. Atqui conſequens videtur falſum per *d. l. 10. de condict. indebit.* Connexi ratio eſt, quoniam non poteſt acclamatio ſola & nuda impedire quo minus quis rem eo quo vult perferre poſſit. Explicatius Azonis & Accurſii neceſſaria eſt, ut dicamus *in d. l. 10.* exempla minus dubitabilia proponi, non autem omnino caſus alios excludi.

Et vero ſi manifeſtus fur & ille eſt qui cum acclamatum eſſet re abiecta aufugit. *l ſi quis 7. §. 2. h. tit.* quid ni etiam poſſit fur manifeſtus eſſe, qui poſt acclamationem cum re fugit: quo poſito extra caſus *d. l. 10.* erit condictioni locus: ſiquidem acclamatio non facit, ut neceſſario fur rem abiiciat: nec facit quidquam abiectio rei, ut quis tanto magis debeat eſſe fur manifeſtus. Et *in d. l. 10.* agitur de eo quod fere contingere ſolet, ut fur cui acclamatum eſt, & quem inſequuntur alii, rem abiiciat, ut tanto facilius elabatur: quod qui rem recepit aliquid de perſecutione remittere ſolet, & *in d. l 10.* condictio quodammodo opponitur actioni pœnali quæ ſemper locum habet. Atque ad hunc modum conjungenda hæc ſunt, ut dicatur fur manifeſtus, vel qui realiter deprehenſus eſt,

Digitized by Google

eſt, vel qui effugit, cum in eo eſſet, ut deprehenderetur, cum videlicet, eum, vel is cui furtum factum erat, vel alii inſequerentur: in quibus terminis, ut dixi res ſubreptas fures abiicere ſolent: neque *in d. l. 7. §. 2. h. t.* is cui furtum factum erat, tantum inclamaſſe, ſed & ad comprehendendum accurriſſe proponitur. Hæc de fure manifeſto: ex quibus jam colligitur quis ſit fur nec manifeſtus, ut ad *pr.* §. notavi *ex h.* §. extremo: Iuſtinianus tamen eum etiam aperte definit eſſe eum qui rem pertulit quo deſtinavit: tū enim ſera eſt deprehenſio, ad hoc ut fur manifeſtus efficiatur *h* §. *ver. ſed ſi pertulit, l.* 5. §. 1. *h. t.* idque diſertius explicatur *in l. 4. h t.* ſi eo pertulerit, quo deſtinavit eo die manere cum furto: adeoque licet eius propoſitum ſit abducere rem porro ſequenti die, & tum deprehendatur, fur manifeſtus non habebitur. Eleganter in hanc rem Maſſurius apud *Gellium lib. 11 cap.* 18. Manifeſtum furtum eſt, quod deprehenditur, cum ſive dum fit. Faciendi finis eſt, cum perlatum eſt, quo ferri cœperat.

TEXTVS.

4. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem teſtibus præſentibus quæſita res furtiva & inventa ſit: nam in eum propria eſt actio conſtituta, quamvis fur non ſit, quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo ſit tibi oblata, eaque apud te concepta ſit, utique ſi ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum qui dedit, conciperetur: nam tibi apud quem concepta ſit, propria adverſus eum, qui obtulit, quamvis fur non ſit conſtituta eſt actio, quæ appellatur oblati. Eſt etiam actio furti prohibiti, adverſus eum, qui furtum quærere teſtibus præſentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna conſtituitur prætoris edicto per actionem furti non exhibiti, adverſus eum, qui furtivam rem apud ſe quæſitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, ſcilicet concepti & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in deſuetudinem abierunt. Cum enim requiſitio rei furtivæ hodie ſecundum veterem obſervationem non fiat, merito ex conſequentia etiam præfatæ actiones ab uſu communi receſſerunt: cum manifeſtum ſit, quod omnes, qui ſcientes rem furtivam ſuſceperint & celaverint, furti nec manifeſti obnoxii ſint.

COMMENTARIUS.

1 *Furtum conceptum per lancem & licium.*

De concepto & oblato furto attigit aliquid *Iuſtin. in pr.* §. *præced.* hic planius explicat. Negavit ſcil. ibi iſtas eſſe ſpecies furtorum, ſpecies potius actionum furto cohærentium dixit eſſe. Et id quidem in cæteris perſpicuum ſatis eſt: ſed conceptum ſane non abſurde inter ſpecies furti poſſit referri, ut ex iis patebit, quæ jam dicemus, quomodo & refertur à *Paulo 2. ſent.* 31. *& à Caio 2. Inſtit.* 11. qui etiam addunt, oblatum. & ita quatuor ſpecies conſtituunt. Concepti † furti per lancem & licium mentio fit apud *Gell.* 11. *noct.* 18. *& lib.* 16 *cap.* 10. Sed quale id genus furti fuerit, non explicat: & viri non indocti in varias & fere erroneas ſententias iverunt. Ita ego ſtatuo, ut pluribus ad Treutl. explicavi: conceptum furtum fuiſſe, quod arguente eo cui furtum factum erat, in ædibus alterius, qui rem furtivam ad ſe delatam negabat, inveniebatur. Ita autem appellatum fuit, quod olim qui quærebat rem, quoniam in quævis conclavia intrandi erat conceſſa poteſtas, tenebat lancem ob oculos propter matremfamil. & virginum pudorem, ut ſcribit *Feſtus in verbo lancem* Hujus ratio rurſus erat, quoniam intrabat cinctus ſimplici licio & lino, ut parum a nudo differret: cujus rurſus ratio eſt, ut ne aliquid latenter ſub veſte inferre, & dominio ædium calumniam ſtruere poſſet. In locum hujuſmodi quæſtionis, quam Gellius jam ſuo tempore aboleviſſe ſcribit, veroſimile eſt, ſucceſſiſſe, quod hic ſcribit Iuſtinian. ut teſtibus adhibitis furtum in alienis ædibus quæreretur, ut inventum, iuxta hunc § conceptum furtum diceretur. Et ait Iuſtin in pr. § hunc furem non eſſe; & nimirum non eſt verus fur, quia rem non ſubtraxit ipſe, ſed quia rem penes ſe celavit, inſtar furis eſt, quandoquidem ipſe Iuſtin in f. §. idem jus ſtatuit, quod de eo, qui ſciens rem furtivam ſuſcepit, qui utiq; furti nec manifeſti tenetur. Sed an a- 2

ctio furti concepti in duplum fuit, an in quadroplum? Equidem ſi recte habet comparatio in *d. fin. h.* § fuerit dicendum, in duplum eam fuiſſe. & deſcriptio furis manifeſti in § *præc.* hic non convenit Sed contradicit *Gellius* 11. *noct. Att.* 18. ubi ſcribit, decemviros in furtum conceptum, perinde ac in manifeſtum animadverti juſſiſſe. Cuius rei ratio fortaſſis hæc fuit, quod conceptum furtum, quod pœna augenda fuit in eum, qui rem apud ſe eſſe inficiatus eſt; & quamvis loquatur Gell. de furto concepto per lancem & licium eadem tamen ratio militat, in ea ſpecie furti, quæ in locum illius poſtea ſubrogata videtur, cum nimirum altero negante, res teſtib. præſentib. quæſita fuit & reperta. Et ad hanc ſpeciem furti cum teſtibus quæſiti & reperti, referuntur reliquæ tres h. §. non tam ſpecies quam potius ut Iuſtinian. in §. *praceden.* ait, actiones, quæ certis quibuſdam caſib. competant, qui contingunt circa furtum conceptum; veluti ſi quis dolo malo rem furto ſublatam mihi neſcienti obtulerit, eaque apud me concepta fuerit; tenetur mihi actione oblati furti. Si quis rem furtivam quærere non fuerit paſſus, tenetur actione prohibiti furti, (ſatis impropria appellatione.) Et denique convenitur actione non exhibiti furti, qui non exhibet rem quæſitam & inventam. Et quoniam hæ actiones ex furto concepto pendent, & ut hoc §. refertur vetus illa inquiſitio ſit abrogata, vel abolita, conſequitur inde has actiones ſimul ſublatas eſſe. & ipſas, ut recte argumentatur Iuſtinian. hoc loco. Sed quæ ſequitur ibi porro argumentatio in extremo huius textus, minus recte ſe habere videtur; quod actiones iſtæ cum veteri inquiſitione rei. propterea fuerunt ſublatæ, quod omnes, qui ſcienter res furtivas ſuſcipiunt ſint rei furti non manifeſti: ſiquidem requiſitionis ſive inquiſitionis huius hic ſcopus & finis eſt, ut qui rem furtivam ſuſcepit & occultat, deprehendatur, qui negata inquiſitione facile latere poteſt; niſi hæc ratio ita explicetur, quod non ſit opus ſolenni inquiſitione, cum etiam citra eam, quiſquis convictus eſt rem furtivam ſciens ſuſcepiſſe, furti teneatur *l. eos* 14 *Cod. de furtis.* quæ tamen probationes ſi deficiant, & adſint indicia aliqua non levia ſuſceptæ & occultatæ rei, autoritate magiſtratus hodieque inquiſitionem rei furtivæ in ædibus alienis fieri poſſe, notant Interpp. hic.

(?)

TEXTVS.

5. Pœna manifeſti furti quadrupli eſt, tam ex ſervi quam liberi perſona, nec manifeſti, dupli.

COMMENTARIUS.

Ratio cur manifeſtum furtum longe gravius fuerit punitum.
2 *Pœna dupli eſt ex L. 12. tabb.*
3 *De pœna capitali*

INgens apud varias gentes diverſitas fuit in puniendis furtis, de quo late diſſerui ad *Treutler. de priv. del.* unicum tantum in eam rem addo locum, ex *Euſebio lib. 6. de preparation. Evang.* ἐν Ἄτροις inquit, ἐκλέπτων τι ὀβολοῦ ἄξιον λιθάζεται: παρὰ Βακτρίοις ὀλίγα κλέπτων ἐμπτύεται, παρὰ Ῥωμαίοις πληγαῖς ἀικίζεται. Quin apud eaſdem gentes diverſis temporibus diverſæ. Duo Legiſlatores Athenienſium Draco & Solon, ille morte, hic, (at quanta hæc diverſitas) pœna pecuniaria dupli fures multavit, teſte *Gellio* 11. *noct. Atticar.* 18. Eadem varietas apud Romanos fuit, ſiquidem eodem teſte, Decemviri furtum manifeſtum in ſervis capitaliter, in liberis corporaliter, non manifeſtum tantum pœna dupli vindicaverunt. Cuius differentiæ tam latæ quæ ſit differentia non immerito quæritur. Hottom. hanc reddit, quod ſemper certius ſit eum eſſe furem, qui deprehenſus eſt; quam qui non eſt deprehenſus. Sed inepta eſt hæc ratio pro tanta diverſitate; tum etiam quod dicit Leges in dubio ſententiam mitiorem eligere, magis ineptum eſt; quia dubium, ut plurimum non eſt, quin non deprehenſus cum furto, revera etiam furtum commiſerit: de quo conſtare poteſt, tum teſtibus, tum ex confeſſione ipſius furis; & fur hic quoque eſſe dicitur non manifeſtus, qui in loco quo rem perferre deſtinavit, cum furto deprehenſus fuit § *furtorum* 3. *in f. h. t.* Cuiac. 19. *obſ.* 12. hac ratione utitur, quod plus habere debeat, qui in deprehendendo fure & perſequendo diligentior fuit. Verum nihil pertinet hæc ratio ad pœnam quæ ex L. 12. tabb. manifeſto furi in corpus irrogatur. Deinde licet quæramus de quadrupli pœna, multis tamen & ipſa de cauſis nihil concludit, 1. quoniam ſæpe ne quis perſequatur, non ex negligentia fit, ſed ex juſta ignorantia. Deinde quia ſi noctu furtum fiat, aut domino abſente, nulla argui poteſt eius negligentia, 3 quia ut do-

ut docet §. 3. *h. t.* ut manifeſtus fur dicatur, nō neceſſe eſt ab ipſo domino deprehenſum eſſe furem, ſed ſufficit deprehenſum eſſe ab alio, ut nulli domini diligentiæ hoc imputari poſſit. Nulla mihi alia ratio diverſitatis dari poſſe videtur, quam quod vel decemviri & aſperitatem Draconis, & lenitatem Solonis (conſtat enim LL. 12 tabb. à Græcis fere acceptas) in duplici furti genere ſequi & imitari voluerint; vel Spartanorum & aliorum Græcorum exemplum ſecuti fuerint, apud quos occulta furta pene impunita, ſed in deprehenſos fures acerbe animadverſum fuit; ut apparet ex *Gell.* 11. *noct.* 18. & *Suida in verbo* κλέπτης poſtea prætor in locum pœnæ veteris capitalis & corporalis, quam furib. manifeſtis irrogarunt Decemviri & quæ ipſi nimis atrox viſa fuit, ſubrogavit pecuniariam pœnam, & eam graviſſimam ex iure noſtro *argument* §. *omnes* 22. *infr. de actionib.* Atque hæc adeo etiam ratio eſt, ob quam ex prætoris edicto irrogatur pœna pecuniaria quadrupli, furi manifeſto; pœna eadem dupli in furem non manifeſtum relicta, quæ erat ex LL. 12. tabularum. Et errant manifeſto *Baro hic* & *Duaren. ad tit. de furt. cap.* 6 qui etiam pœnam dupli ex edicto prætoris deſcendere putant, quod bene *Contius* refutat *t. lect.* 2 tum ex *Gell. d. loco*, tum ex *fin. princip. infr. de perpet. & tempor. action.* ubi ſola actio furti manifeſti in quadruplum ad edictū prætoris refertur, tum præcipue ex §. *ſunt autem* 4. *inf. de nox action.* ex quo tale argumentum formatur. Ex quo jure eſt actio furti noxalis, ex eo neceſſe etiam eſt deſcendere actionem furti pecuniariam, quoniam nulla actio noxalis eſt criminalis. Atqui ex jure civili quod opponitur edicto prætoris, & ex Lege ſcilicet 12. tabb. deſcendit actio furti noxalis. Ergo, &c. Et cum igitur actio quadrupli ſit haud dubie ex edicto prætoris, oportet alteram dupli actionem eſſe ex LL. 12. tabb.

Licet autem hæc ita ſint, tamen nihilominus etiā omiſſa actione civili pecuniaria potuiſſe criminaliter agi contra fures; docent *l. ultim. de privat. delictis & l. ultim. de furtis*, extra ordinem nimirum, ut fur arbitrarie coerceretur. Hodie fere capitaliter & ſuſpendij pœna in fures animadverti ſolet. Atqui videtur hæc pœna iniqua eſſe, quoniam cum oporteat juſtam eſſe proportionem inter culpam & pœnam nulla comparatio eſt pecuniæ, & ſcilicet quinque ſolidorum cum vita hominis: neque ulla hic occurrit circumſtantia, quæ faciat hanc pœnam & proportionem juſtam; nec video qua ratione verum eſſe poſſit, quod in Parat. hic Weſembec. ſcribit, non minus peccare in ſocietatem humanam fures, quam adulteros & homicidas; quin hæc ſententia eſt injurioſa in Legem Dei, qui hæc delicta maxima diverſitate pœnæ diſiunxit; & ex ipſa Lege Dei, quæ furibus tantum pecuniariam pœnam indicit, ſolidiſſimum hujuſmodi argumentum deducitur. Quæ pœna ſancita eſt à ſapientiſſimo Legislatore, qui ſolus veram proportionem inter delictum & pœnam novit, ea juſta & æqua eſt, & quæ conſequenter ab hac toto genere diſtat, eam iniquam & injuſtam eſſe oportet. Atqui Deus Lege ſua pecuniariam tantum pœnam furibus irrogavit. Ergo, &c. Illuſtrari hoc ab ingenti diverſitate pœnarum, quam diverſi diverſarum gentium Legislatores, in furtum, adulterium, & alia delicta, poſitis etiam iiſdem circumſtantiis conſtituerunt: ut cum iiſdem poſitis circumſtantiis tantum ſit una natura delicti, pleroſque eorum in æſtimanda delicti eſſentia, ejuſque cum pœna proportione longe erraſſe neceſſe ſit; ut nec ſecurus poſſit eſſe magiſtratus, qui hanc vel illam Legem ſecutus, leniorem, aut graviorem irrogat pœnam. At tuto acquieſcet conſcientia, quæ ſequitur Legem Dei, qui errare & falli non poteſt. Neque movet, quod vulgo afferri ſolet, a Moſe tantum Iudaico populo hanc legem latam fuiſſe. Etenim ille tantum tum Dei populus fuit, quem ſolum & ejus curam ad ſe pertinere Deus voluit; cujus populus cum hodie ſint Chriſtiani, recte fecerint, ſi in politicis & forenſibus Legib. politiam Moſaicam, quorum fieri poteſt æmulentur. Neq; ratio ulla dari poteſt, cur in populo Iudaico tantum & non alibi quoque hæc pœna quā dixit Deus, juſta ſit cenſenda; quippe cum eadem ubique ſit furti natura. Sed pluribus iſta exſequuti ſumus ad Trentl. ſupr. citato loco.

Ad §. noſtrum hoc notandum eſt, quod Iuſtinian. ait, furti manifeſti pœnam eſſe quadrupli, tam ex ſervi quam ex liberi perſona: eum reſpexiſſe ad diverſitatem pœnæ, quæ in fures manifeſtos olim erat ex 12. tabb. à diverſitate ſtatus; quoniam ut teſtatur *Gellius* 11. *noct.* 18. ſervi de Saxo Tarpejo deiiciebantur; liberi flagris cæſi ei cui furtum feciſſent addicebantur. At ex edicto prætoris differentia non eſt, quo ad pœnam quadrupli, ſive liber homo, ſive ſervus furtum fecerit; ut nimirum dominus nomine ſervi conveniatur actione furti pœnali in quadruplum: ſed non ut homo liber, pure, ſimpliciter, & directo, ſed noxaliter, ut tractabimus pluribus *inf. tit.* 8. Quod ſi enim

de pœna criminali agatur, ipſe ſervus convenitur. Illud denique notandum, quod Gell. ſcribit 11. *noct.* 18. furti concepti & oblati pœnam, tripli fuiſſe.

TEXTUS.

6. Furtum autem fit, non ſolum, cum quis intercipiendi cauſa rem alienam amovet; ſed generaliter, cum quis alienam rē invito domino contrectat. Itaq; ſive creditor pignore, ſive is apud quem depoſita eſt, ea re utatur: ſive is, qui rem utendam accepit, in uſum alium eam transferat, quam cujus gratia ei data eſt, furtum committit: veluti ſi quis argentum utendum acceperit, quaſi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre ſecum tulerit; aut ſi quis equum geſtandi cauſa commodatum ſibi longius aliquo duxerit; quod veteres ſcripſerunt de eo, qui in aciem perduxiſſet equum. Placuit tamen eos, qui commodatis rebus aliter uterentur quam acceperint utendas, ita furtum committere, ſi ſe id invito domino intelligant facere, eumque ſi intellexiſſet, non permiſſurum: at ſi permiſſurum credant, extra crimen videri, ſane optima diſtinctione, quia furtum ſine adfectu furandi non committatur. Sed & ſi credat aliquis, invito domino ſe commodatam ſibi rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæſitum eſt, cum Titius ſervum Mævij ſolicitaverit, ut quaſdam res domino ſurriperet, & ad eum perferret, & ſervus id ad Mævium pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipſo delicto deprehendere, permiſerit ſervo, quaſdā res ad eum perferre: utrum furti an ſervi corrupti judicio Titius teneatur, an neutro. Et cum nobis ſuper hac dubitatione ſuggeſtum eſt, & ſuper hoc antiquorum prudentum altercationes perſpeximus, quibuſdam neque furti neq; ſervi corrupti actionem præſtantibus, quibuſdam furti tantummodo: non hujuſmodi calliditati obviam euntes, per noſtram deciſionē ſanximus, nō ſolum furti actionem, ſed & ſervi corrupti contra eum dari. Licet enim is ſervus deterior à ſolicitatore minime factus eſt: & ideo non concurrant regulæ, quæ ſervi corrupti actionem introducunt: tamen conſilium corrupto ris ad perniciem probitatis introductum eſt, ut ſit impoſita ei pœnalis actio, tamquam ſi ipſa re ſervus fuiſſet corruptus: ne ex hujuſmodi impunitate, & in ſervum alium, qui facile poſſet corrumpi, tale facinus à quibuſdam perpetretur.

COMMENTARIUS.

1 *Ad l.46.§.pen.de furt.*

HÆc conjunctam habent tractationem & partim ſupra ad §.1. fuerunt explicata, & nimirum quod eſt in *pr.* §. de furto, quod creditor, depoſitarius & commodatarius, committunt, ſi rebus illis utantur, vel ultra conceſſum modum utantur; quæ habentur in *textibus ſupr.* ad §.1. citatis. Libet huc adſcribere breviculum caput 15. *Gell. lib. 7. noct. Attic.* Labeo, inquit, in lib. de XII. tabb. ſecundo, acria & ſevera judicia habita fuiſſe de furtis ſcribit. Idque Brutum ſolitum dicere, damnatum furti qui jumētum duxerat aliorſum, quam quem in locum petierat. Itaq; Q. Scævola in librorum quos de jure civili cōpoſuit ſexto decimo, verba hæc poſuit. Quod cui ſervandum datum eſt, ſi id uſus eſt, ſive quod utendum acceperit, ad aliam rem atq; accepit, uſus eſt, furti ſe obligavit. Hæc Gellius. Et Valer. *Maximus lib.* 8. *cap.* 2. quendam furti refert damnatum, quod equo cujus uſus illi uſque ad Ariciam cōmodatus fuerat, ulteriore ejus municipij clivo vectus eſſet. Hæc fuere, fidei ſanciendæ, paulo alias duriora, ut quis ex his cauſis, gravi judicio pœnali & famoſa damnaretur. Criminali autem judicio vix erit hic locus; nec quiſquam dubitat ex his furtorū generibus capitalem pœnam irrogari non poſſe.

Placuit tamen eos.] Quoniam hoc ipſum durum erat, ut ex cauſis quas diximus judicio famoſo pœnali quis condemnaretur; ideo iſta ſententia limi-

tata

tata fuit, ut non procederet, ſi quis citra animum fraudulentum, credens dominum facile permiſſurum liberiorem uſum re commodata ultra limites initio dictos fuerit uſus. Id ita proponitur de cômodato: Difficilius obtinebunt in pignore & depoſito, quorum natura hæc eſt, ut ne quis ijs utatur; & ex circumſtantiis tamen & facilius creditor poterunt liberari à ſuſpicione furti; idque probat *l. ſi, qui 76. in pr. h. t.* ubi tamen verba, *uſus alter atque accepit*, minus conveniunt depoſito; de quo tamen nominatim ibi igitur. Et ſane, qui poculo argenteo apud ſe depoſito, vel ſibi pignorato, aliquando utatur in convivio, eum protinus furti teneri perquam fuerit durum. Recte autem ſententiam hujus § limitat Accurſius ut procedat in terminis ibi propoſitis, ubi quis re abutitur, quæ jam apud ipſum voluntate domini exſiſtit; vix enim eſt, ut audiri poſſit, qui rem amovit & ſubtraxit domino, ſub hoc colore, quod putarit eum permiſſurum. Poſſit tamen aliquando & hic putationi erroneæ eſſe locus, argument. textus generalis in *leg inter 46. § recte h. tit.* veluti ſi qui amovit rem, ſit familiaris, bonæ exiſtimationis, & cui alias dominus rem concedere ſolitus erat, ut notant *Angelus & Faber hic*, (modo ne rem v. c. noctu & doloſe amoveat) Ceteroquin præſumptio juris eſt, contra amoventem, per *l qui vas 48. § 3. in f. h. t.* propter quam deficientibus illis circumſtantiis, a pœna non liberabit furem, nec attrectario domini, quippe quæ precio, aut precibus creditur emendicata, ut tractat *Bart. in d. l. inter 46. § recte h. t.* ubi nimirum de pœna criminali irroganda quæritur: nam juris ſui perſecutionem privatam quivis remittere poteſt.

Sequitur in hoc textu.

Sed & ſi credat aliquis.] Ait Iuſtinian. nec tũ furtum fieri, ſi quis putet ſe invito domino re uti, modo in rei veritate dominus id velit. Quod non ſatis videtur cõvenire rationi. Sicut enim, qui putat volente domino ſe uti, utcunq; dominus revera nolit, non incidit in crimen furti, quia animus furandi. & propoſitum doloſum deficit; ita ex adverſo eadem ratio facit, ut, qui putat ſe invito domino contrectare, utcunque dominus fuiſſet permiſſurus, furtum committere ſit dicendus, quia animus furandi & eſſentia furti adeſt, & nimirum fraudulenta contrectatio lucri faciendi gratia, idque probatur ex *d. leg. 4. § recte penultim. h. t.* ubi dicitur hoc caſu committi furtum. Nam quod ſtatim ſubjicitur: *verum tamen eſt, ut cum ego velim eum, uti licet ignores, ne furti ſit obligatus*, non continent emendationem prioris, ut male Accurſ. & Bart. opinati ſunt, ſed potius declarationem; quod licet revera furtum commiſſum ſit: tamen dominus, quippe, qui eum uti voluerit, non poſſit actione furti experiri; eo enim pertinet quod in d. §. dicitur, eum non eſſe obligatum furti vid. in effectu: & ita omnino hunc quoque locum accipiendum exiſtimo, quod furtum non fiat, eo effectu ſcilicet ut non poſſit conveniri actione furti; ut perinde ſit, ac ſi furtum non feciſſet, cujuſmodi & alij caſus occurrunt, quibus ob furtum commiſſum revera actio furti non datur *l. 1. in fin. rer. amot. l. ſi libertus 89 h. t. § hi qui ita inf. h. t.* Effectus enim hic quominus in actum deducatur, licet poſita cauſa, ex juſtis rationibus poteſt impediri: vel potius, actio ipſa quantumvis ipſo jure nata, ex juſtis cauſis a magiſtratu denegari:

Sequitur in textu.

Vnde illud quæſitum eſt.] Diximus non eſſe furtum, vel potius non competere actionem furti, ſi dominus permiſſurus fuiſſet rem contrectare, licet alter putet, ſe invito domino facere. Hæc ita, ubi dominus ſerio id fuit permiſſurus: ſecus ſi per ſimulationem, ut alium deprehendat in crimine, quæ eſt hujus *verſ.* ſpecies & *leg. ſi quis ſervo 20. Codic. h. t.* quamquam ibi revera, nec furtum commiſſum, nec ſervus corruptus ſit, ſed in exemplum, propter malitioſum propoſitũ corruptoris, & quia quantũ ad ipſũ & ipſius opinione res effectum habuit, pro furto & corruptione habeatur: ut utroque loco prolixe explicat, & perſpicue Iuſtinianus. Nec eſt hujus loci tractare, quando delictum quod non habuit exitum, puniatur. Et tamen ut diximus, opinione corruptoris, aut pravi cõſulentis res exitum habuit; & ablatæ res, & ad pravum conſultorem delatæ fuerunt.

TEXTUS.

7. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti ſi quis liberorũ noſtrorum, qui in poteſtate noſtra ſunt, ſubreptus fuerit.

Commentarius.

Hujus § deciſio pendet à jure poteſtatis, quod inſtar dominij ex veteri L. Romuli, in liberos Romani habuerunt, ita ut etiã adjecta cauſa, *Ex jure Quiri-*

Digitized by Google

AD LIBRUM QUARTUM

INSTITUTIONUM JURIS

Ad Titulum Primum,

DE OBLIGATIONIBUS,

quæ ex delicto naſcuntur.

TEXTUS.

Cum ſit expoſitum ſuperiori libro de obligationibus ex contractu & quaſi ex contractu: ſequitur ut de obligationibus ex maleficio, & quaſi ex maleficio diſpiciamus, ſed illę quidem, (ut ſuo loco tradidimus) in quatuor genera dividuntur: hæ vero unius generis ſunt; nam omnes ex re naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio: veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

COMMENTARIUS.

1 *An recte negetur hic in fin. diſtinctio delictorum.*

Hottomannus à *tit. de obligat.* demum librum III. auſpicatur & porro continuat uſque ad *tit. de actionib.* à quo demum initium facit libri quarti, cõtra omnium librorum autoritatem, & omnes Interpp. judicium cerebri ſui nimis arroganter ſecutus, & quem *hoc pr.* ibi *ſuperiori libro* manifeſto confutat: Et commentum eſt, quod ait hæc verba & hunc locum deſumptũ eſſe ex veteri ICto, qui aliter tractaverat materias: & recte *VVeſemb. hic*, nõ tam ſupinæ negligentiæ fuiſſe compoſitores, ut iſto loco ita integre uterentur, nec expungerent hæc verba, niſi & ipſi hic initium novi libri feciſſent. Porro ipſe Juſtinianus, reddit ordinis rationẽ, quod nimirum juxta diviſionem *ſup. de obligat.* propoſitum, explicata materia contractuum, agendum ſit de obligationibus quæ deſcendunt ex delicto, ſive ex maleficio & *quaſi ex maleficio*, quæ verba Cujac. & Contius delenda eſſe putant, (eademque omiſit Pacius) quia deſint in quibuſdã: quæ ridicula ratio eſt: maxime cum Contius & Pacius retineant verba priora *quaſi ex contractu*, & concinnius eſſet hæc quoque expungi, quod facit Ruſſard. *arg.* §. 1. *de actionibus.* Sed inepte ita argumentamur. In *d.* §. tantummodo habetur mentio contractus & maleficii, ergo & hoc loco tantum eorum habenda eſt mentio. Erego fortius concludam ex §. 2. *ſupra de oblig.* ubi Juſtin. non facit tantum duo membra contractus & delicti, & poſtea in verum & quaſi contractum & maleficium diſtinguit: ſed diſtinctim quatuor membra proponit, ex contractu vel quaſi, itemq; ex maleficio & quaſi; & rariſſimum eſt, ut ſub contractus appellatione quaſi cõtractus contineatur. Hæc contra prurientes iſtos Neotericos dicta volui.

Sed illis quidem.] Proponit differentiam inter obligationes ex contractu, & ex delicto, quod illæ ex quatuor cauſis naſcantur, re, verbis, literis, conſenſu,

ſenſu. Sed hæ omnes ex RE. Quæ oppoſitio & diſtinctio laborare dupliciter videtur 1. Quod injuria etiam fit verbis & literis *l. 1. §. 1. l. 5. §. ſi quis 9. & l. 10. de inj. l. un. C. de famoſis. libell.* 2. Quod rationis loco in fin. male addit. omnes naſci ex re, id eſt, ex ipſo maleficio: neque enim ſi in generali cauſa conveniunt, & omnes ex maleficio ſunt, propterea negandæ ſunt ſpecies: cæteroquin eadem ratione quis negaret ſpecies contractuū, quia obligationes oēs quæ verbis, re &c. contrahūtur, utiq; ſunt ex cōtractu Nec tamē hic vitiū aut error aliquis Triboniano imputari poteſt, qui hoc videtur deſcripſiſſe ex Cajo *in l. 4. de oblig. & act.* Hottoman. ait intelligi, non ita committi verbis aut literis delicta, ſicut contrahi dicitur verbis aut literis: & acerbe irridet quoſdam, qui hoc non intellexerint: ipſe fortaſſis riſu dignus. Hoc enim quisvis ſanæ mētis intelligit per ſtipulationem & ſolennia verba, & per chirographum ut explicatur id ſupra *de lit. obligat.* non committi delicta. Verum cum utique vere injuria & delictum quoddam verbis committatur, & hæc ſpecies ab ea quæ committitur Re, omnino ſit diverſa, nemo umquam effecerit, ut verum ſimpliciter ſit, quod omnia delicta pariter re, cōtrahantur & committantur, Itaq; ea reſponſio Hottomanni ad excuſandum aliqua Gajum & Tribonianum valet, at omni culpa eos non liberat. Et addi hoc quoque poteſt, quod ex cauſa contractuum re obligamur dum rem accipimus, obligatio autem verborum contrahi dicitur, dum quis ſe facturum daturum promittit, quo modo nullum delictum contrahitur, & ex voluntate animoque delinquendi non eſt obligatio & actio ad pœnā, nec enim huc pertinet, quod aliquando in exemplum & in atrociſſimis delictis etiam conatui & voluntati, quæ in actum aliquem erupit, pœna irrogatur. Prorſus quod negatur diſtinctio ejuſmodi delictorum, accipiendum eſt non abſolute, ſed relative ad diſtinctionem contractuum, ſive obligationum ex contractu, quo pertinet quod *Ulp. in l ſi quis 52. §. neque 19. de furtis.* verbo & ſcriptura furtum fieri negat, quibus tamen verbis furtum ab injuria diſtinguere videtur.

TEXTUS.

1. Furtum eſt contrectatio fraudulenta, lucri faciendi gratia, vel ipſius rei, vel etiā uſus ejus poſſeſſionisve, quo lege naturali prohibitum eſt admittere.

COMMENTARIUS.

1 *Furtum non fit ſolo animo.*
2 *Furtum poſſeſſionis.*
3 *Finis, lucri faciendi gratia.*
4 *An furtum jure naturali prohibitum.*
5 *Furtum an fiat rerum hæreditariarum.*

Ante omnia præmittendum eſt, agi hic de delictis privatis, & quidem quatenus ex illis alteri acquiritur actio pœnalis, qua quod ſua intereſt, aut alias pecuniariam pœnam in commodum ſuum perſequitur, & ita agit ut reus ſibi condemnetur. Judicia enim criminalia, quæ dicuntur tendere ad vindictam, & quæ tendunt ad infligendam pœnam corpori, vel etiam pecuniariam extraordinariam, quæ Reipublicæ applicetur, huc non pertinent. Primum ex privatis delictis eſt furtum, cujus definitio hic proponitur ex *l. 1. §. ult. h. t.* ſed quæ videatur etiam convenire rapinæ bonorū, niſi addatur differentia alia, à clandeſtinitate, aut hoc ſub verbo contrectationis intelligatur, & tamen paulo ſubtilius accipiatur, & ille quoque clam facere dicatur, qui re apud ſe exiſtente non recte utitur. Genus igitur furti eſt:

Contrectatio.] Excluduntur hoc verbo res incorporales, quæ non tanguntur, nec auferuntur, & oportet eſſe corpus quod contrectetur *l. ſi is 75 h. t.* Excluditur etiam nuda & ſimplex conſultatio, de quo & an conſilio furtum quis facere dicatur, dicemus *in §. Interdum 11. infr. h. t.* ut hoc ſaltē hic moneamus, poſſe eū qui revera & proprie fur non eſt, pœna tamen furti teneri, & actione furti conveniri: Et huc pertinet quod Ulp. ait *in l. ſi quis 52. §. neque 19. h. t.* verbis aut ſcripto furtū non fieri, ſed contrectatione opus eſſe, & *in l. vulgaris 21. §. qui furti 7. h. t.* qui animo furti faciendi intravit conclave, nondum furem eſſe & *in l. 3 ſi §. rem 18. de adq poſſ.* furtum animo non admitti. Et ſignificatur contrectatio rei cum quadam motione: ut excludantur ab objecto furti res immobiles, *§. quod autem ſup. de uſucap.* quæ [illegible]guntur quidem, & quas clam quis ingredi & ita cōtingere poteſt, ſed citra ullum damnum & detrimentum & motionem earum. Sed & in rebus mobilibus amotio & motio paulo ſubtilius accipienda eſt, ut non intelligatur amotio tantum ex receſſu e domini, ſed etiam rei quæ quāvis ex juſta cauſa [illegible] nes quē exiſtit, illicitus uſus. Eo enim pertinet quod mox ſubjicitur, *vel uſus eius* idque fit dupliciter, ſ. nimirum utatur re, cujus vel nullum uſum habet. vel

vel utatur ultra limitatū & conceſſum viſum. Nullum uſum habet depoſitarius & creditor in pignore. Itaque ille re depoſita, hic pignore utentes, furtum committunt. Limitatum habet commodatarius, quem ſi excedat furtum committit §. *furtum 6. h. t. l. qui juramenta* 40. *l. ſi pignore* 54. *D. eod.* ſequitur in definitione.

Poſſeſſionisve.] Omne furtum eſt poſſeſſionis, ut nec fiat furtum, ſi rei penes alium non ſit poſſeſſio, ex quo hæreditati jacenti negatur fieri furtum. *l. 1. §. Scævola* 15 *ſi is qui teſtam. lib.* Sed quia hic poſſeſſio opponitur rei & uſui, oportet intelligi tale
2 furtum, quod ubi ſolius poſſeſſionis † intuitu committitur: cujus rei duo ſunt exempla 1. ſi debitor rē propriam, quam pignori dedit, eoque ejus poſſeſſionem tranſtulit, ſubripiat creditori, de quo *in §. aliquando* 10. *infra h. t.* Deinde quo exemplo utitur Theoph. hic, ſi depoſitarius dolo malo utatur re depoſita animo intervertendi, & inficiandi depoſitum *l. inficiando* 57. *in pr. de furt.* ita enim deponens amittit poſſeſſionem *l. 3. §. ſi rem* 18. *de adq. poſſ.* itaque hic concurrit furtum uſus & poſſeſſionis. Habent autem & iſtæ ſpecies contrectationem Rei: & proinde in ſpecie verbum Rei in definitione accipiendum eſt: aut ex §. *ult. l. 1. h. t.* ut vulgo legitur, & in Florent. teſtante etiam Ant. Auguſt. 4. em. 4. ubi notat Holoandrum verbum *rei* bis ponendum eſt *Furtum eſt contrectatio rei, lucri faciendi gratia, vel ipſius rei &c.* ut ſit ſenſus, furem contrectare, vel ut ipſam rem ſibi habeat, vel ſaltē ut uſum aut poſſeſſionem, quo ſenſu depoſitarius, qui omnino vult intervertere rem, non ſolum ut uti, non ſolius poſſeſſionis, ſed etiam rei furtum facit, & ita exemplum Theophili minus commodum eſt, ſed aliud peti poteſt *ex l. furtivam* 74 *h. t.* Singularem ſpeciem furti v. *ad §. aliquando* 10. *infr. h. t.* Additur in definitione.

Fraudulenta.] Eſt communis differentia delictorum, quæ, excepto unico, de quo *tit.* 3. non committuntur ſine dolo: idque de furto, & quod ſine dolo & affectu furandi non fiat, nominatim traditur *in §. unde in rebus in fin. ſup. de uſucap.* & *in §. placuit* 7. *infra h. t.* ubi plura dicemus. Supereſt in definitione.

Lucri faciendi gratia.] Hæc maxime differentia
3 diſtinguit furtum à cæteris delictis. Eſt enim finis qui diſtinguit actiones: & à propoſito † maleficia diſtingui docet ICtus *in l. qui injuria* 53. *in pr. h. t.* ut non tam factum, quam finis & faciendi cauſa ſpectetur *l. virum* 39. *in princip. eod.* Itaque iſte finis ſi abſit, furtum non erit. Cui non obſtat *l. qui ſaccum* 77. *h. t.* quoniam licet non principaliter, tamen per conſequentiam, ut eo commodius auferri poſſet pecunia, ſacci quoque ſubripiendi animus fuit. Magis obſtat *l. fullo.* 82 §. 2. *h. t.* ubi ait ICtus eum furti teneri, qui ancillam non meretricem libidinis cauſa ſubripuit. Et vix eſt quod commode reſpondeatur: niſi quis putet id ideo receptum, quia ancilla corrupta fit minoris pretii, & virgines ancillas majoris veniiſſe docet *l. ex empto* 11. §. *ſi quis* 5. *de action. empti*: vel quia cum ſubripiens ſciret non eſſe meretricem ancillam, per conſequentiam lucri ſimul cauſa eam ſubripuiſſe videri poſſit. Aut an levi trajectione legimus ibi, *ancillam meretricem non libidinis cauſa*: quomodo oppoſitio erit ad *d. l. 39. h. t.* & non inelegans ratio dubitandi, quod cum ancillæ meretricis libidinis & inde quæſtus cauſa habeantur à dominis, nō videatur in ea ſic adeie furtum, & poſſit videri hujuſmodi ancilla abducta in dubio libidinis cauſa, quo tamen non obſtante committatur furtum, ſi lucri cauſa id factum probetur. Tandem additur in definitione:

Quod jure naturali prohibitum.] Cauſa hæc externa potuiſſet omitti. Et ſolet alias illi objici, quod
4 † eum jure naturali omnia fuerint communia, eo jure non fuerit locus furto. Sed commentum illud eſt de communione omnium rerum, quæ in nulla unquā republica fuit. Et jus naturale hic non intelligimus, quod beſtiis commune eſt, ſed quo utuntur homines, & quod in latitudine ſua opponitur jure gentium, & cui etiam recte referuntur accepta dominia eorundemque diſtinctiones, qua poſita ſane contra rationem juris naturæ peccat, quiſquis alteri ſuum aufert: & facit quod *Ariſt. 1. Polit.* 1. ipſas civitates ait eſſe à natura & q homines inſtinctu quodam ipſius rationis convenerint in unum & inſtituerint civitates. Et peſſime Alciatus *in l. probrum* 42. *de V. S.* iſtam prohibitionem refert ad jus poſitivum: quem nec juvat, quod referente *Gellio* 11. *noct. Att. c.* 18. apud Spartanos & Ægyptios furta impunita fuerunt. Nā 1. ex eo quod pleriſq; & pene omnibus gentibus placuit, jus gentium æſtimamus, cui nō derogant unius aut alterius gentis barbara inſtituta, de quo ſupra latius actum eſt *lib. 1. tit.* 2. Deinde nec aut Ægyptii aut Spartani ſimpliciter probarunt & admiſerunt furta, ſed ſpeciali quadam ratione. Et de Spartanis d. loco teſtatur Gellius, ad militarem exercendam & acuendam induſtriam, id fuiſſe permiſſum: neque vero omnibus, ſed junioribus tantum, *teſte Xenoph. in deſcript.*

Reipub.

Reipub. Spartana. & porro de Ægyptiis ſcribit *Diod. Siculus lib.* 1. *p.* 2. Legem iis fuiſſe, ut qui furari vellet, nomen ſuum profiteretur apud Archifurem, & quaſi præfectum furum, ad quem res furto ablatæ afferendæ erant, & quæ dominis detracta quarta parte reddebantur. Et reddit rationem, quod cum furta inhibere omnino, impoſſibile ſit, repererit rationem Legiſlator, ut domini paſſi exiguum damnum, quaſi in pœnam negligentiæ, res ſuas recuperarent, ut ita appareat furta iis probata non fuiſſe: & hanc ipſam tamen Legem poſt non fuiſſe probatam, ſed abrogatam, indicio eſt, quod ſcribit *Herodot. lib.* 2. *in fin.* Amaſin regem Ægypti Lege ſanxiſſe, ut ſubditi ſingulis annis magiſtratui vitæ ſuæ, & unde eam tolerarent, reddere rationem cogerentur. Fruſtra autem huc affertur de Samiis ex *Plutarcho probl. Græc.* 55. apud quos in memoriam olim actæ vitæ uno die quotannis furari permiſſum erat. Licet autem furtum jure gentium recte prohibitum dicatur, non tamen, omnium quę eodem jure prohibita dicuntur, eadem eſt ratio, nec niſi ſecundum quid in *l.* 42 *de ver. ſign.* adulterium & furtum conjunguntur: quod recte idem obſervat Alciat male autem *A. Auguſtin.* 4. *emend.* 4. æqualiter damnat jam dd. mores Spartanorum & mores Perſarum, quibus inceſti cum matribus concubitus tolerabantur, neque vero omnia delicta jure gentium prohibita æqualiter turpia ſunt. Et hæc ad definitionem furti: cui adhuc obeſſe videtur, quod hæreditariarum rerum ante aditam
5 hæreditatem negatur fieri † furtum *l.* 1 §. 15. *ſi is qui teſtam. lib. l. hæreditaria* 68. *h. t. l. ſi ſervus* 40 *de noxalib. act. l.* 2. *& ult. infr. expil. hæred. l. eum qui* 14. §. *ſi res* 14 *h. t.* & tamen eſt contrectatio rei fraudulenta lucri faciendi cauſa. An addimus definitioni, *invito domino?* qui harum rerum nullus revera eſt, & utique invitus dici non poteſt: an ſubintelligimus, poſſeſſionem rei eſſe penes aliquem? quæ hic nullius eſt: an caſus ſingularis non venit in conſiderationem? Plane ſubtilis ratio facit, ut hic nō dicatur admiſſum furtum, revera enim fur eſt, qui ſciens rem non ſuam fraudulenter lucri ſui cauſa aufert, ſed quia revera res nullius eſt, fit, ut ne fur dicatur. Et ineptus eſt Hotto: qui per verbum, *fraudulosa* putat effici, ut ne iſtud furtū ſit, quoniā nemo hic fraudetur: æſtimamus enim fraudē ex animo, & realiamotione: quin & effectu fraudatur hæres, qui & retro poſt ſemper fingitur fuiſſe dominus. An igitur feret impune? Utique non feret, ſed tenetur crimine expilatæ hæreditatis *l.* 2. *infra expil. hær.* rei autem vendicatione & ad exhibendum teneri non ambitur *d. l.* 2.

TEXTUS.

2\. Furtum autem vel à furuo, id eſt, nigro, dictum eſt, quod clam & obſcure fiat, & plerunque nocte: vel à fraude, vel à ferendo, id eſt auferendo, vel à ſermone Græco, qui φῶρες appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρες dixerunt.

COMMENTARIUS.

Debebat præmitti Etymologia, ut & *in l.* 1. *h. t.* Et Servius ad *Virgil lib.* 9. *verſ.* 351.

——*hic furto fervidus inſtat,*

notat fures dictos, quod nigro & nimirum furvo tempore furtum committant. Idem *Nonius lib.* 1. fures ſignificantiam habere à furvo, autoritate Varronis *libr.* 14. *div. rer.* Sed Gellius 1. *noct.* 18. Varronem memoria & oblivione lapſum fere putat, & furem dictum à Græco verbo φὼρ recte confirmat: & eſt illa magis alluſio: & ineptior adhuc quæ à fraude deducit. Illa autem à *ferendo* convenit cum vera.

TEXTUS.

3\. Furtorum autem duo ſunt genera, manifeſtum, & nec manifeſtum, nam conceptum & oblatum, ſpecies potius actionis ſunt furto cohærentes, quam genera furtorum, ſicut inferius apparebit. Manifeſtus fur eſt, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec ſolum is qui deprehenditur in ipſo furto, ſed etiam is qui loco eo deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit, & egreſſus nondum januam deprehenſus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehenſus fuerit. Imo ulterius manifeſtum furtum eſt extendendum, quamdiu eam rem fur tenens, viſus vel deprehenſus fuerit, ſive in publico, ſive in privato, vel à domino vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo deferre

vel deponere deſtinaſſet. Sed ſi pertulit quo deſtinavit, tametſi deprehendatur cum re furtiva, non eſt manifeſtus fur. Nec manifeſtum furtum quod ſit, ex iis quæ diximus intelligitur: nam quod manifeſtum non eſt, id ſcilicet nec manifeſtum eſt.

Commentarivs.

1 *An ad furtum manifeſtum requiratur realis apprehenſio.*

Dividitur hic & *in l. 2. h. t.* furtum in manifeſtum & nec manifeſtum: inter quæ duo medium & tertium non datur: licet quis ejuſdem rei, ſed diverſis actibus & manifeſtus & nec manifeſtus fur eſſe poſſit *l. vulgaris 21. in pr. verſ. nam etſi.* quam diviſionem proponit Juſtinianus, quoniam ex eo variatur pœna furti, ut paulo poſt oſtendetur. Quid furtum ſit nec manifeſtum, in fin. §. monet Juſtin. intelligendum eſſe à contrario, & ex altera ſpecie oppoſita, furti manifeſti: quod enim, ait manifeſtum non eſt, id nec manifeſtum eſt, id eſt: illud furtum quod ita appellatur, & nec manifeſtum vocatur. Furtum manifeſtum & fur manifeſtus deſcribitur hoc §. per gradus, ſenſim procedendo & quaſi deſcendendo, ut 1. manifeſtus fur ſit, qui deprehenditur in ipſo actu dum furtum facit, *h. §. verſ. non ſolum* 2. Qui poſtquam jam furtum fecit in iiſdem ædibus, aut generalius, in eodem loco cum furto deprehenditur *d. § verſ. ſed etiam.* 3. Qui locum cum egreſſus eſſet, antequam eo quo deſtinavit, rem pertulit, deprehenditur. *h. §. verſ. Imo.* Ampliatur 1. ut fur manifeſtus ſit, etiamſi non ipſe dominus, aut cui furtum factum eſt, furem deprehenderit. *d. verſ imo.* neque ita quod Accurſ. movet, alteri adquiritur per alium, ſed hujus apprehenſio qualificat delictum: ideoque nec intereſt quis furem apprehenderit, *h. §.* ibi *vel à domino vel ab alio & l. 3. § 1. h. t. l. 7. § ult. h. t.* ibi *an vicinus an quilibet tranſiens.* itaque non reſtringit, ſed exempli cauſa proponitur *in l. ſi quis 24. §. 2. de uſuris.* de procuratore qui furem adprehendit. Et elegans exemplum eſt, quod ſi prohibuit procurator, acquiratur interdictum *quod vi aut clam*, domino *l 3. in princip. Quod vi aut clam.* ubi removet eandem objectionem Juriſconſultus, dicens, quod ea prohibitio demonſtret re vi opus feciſſe. Ampliatur 2. ut ſit fur manifeſtus, non tantum qui realiter & injecta manu apprehenditur, ſed etiam qui oculis *h. §. verſ. Imo.*, ibi *viſus vel deprehenſus:* ubi verbum, *deprehenſus* in ſpecie realem apprehenſionem ſignificat. Sed an ſatis eſt viſum eſſe? Minime, ſed acclamatum oportuit, *l. ſi quis 7. §. 1. & 2. h. t.* fortaſſis & ſatis erat dominum vicinos aliquot teſtatum eſſe, iſtum cum furto abire, cum forte ab ejus violentia ſibi metueret. Contra quam tamen ſententiam diſputari, & quod ſola realis deprehenſio per injectionem manus faciat furem manifeſtum, hoc argumento effici videtur. Si contra furem manifeſtum non datur condictio rei ſubreptæ, niſi eam occiderit, fregerit aut effuderit, non poterit fur manifeſtus eſſe, niſi qui manu injecta eſt deprehenſus. Atqui verum eſt prius, per *text in l. ſive 10. in fin. pr de cond. furt.* Ratio connexi eſt, quia furi deprehenſo niſi ipſe eam corrumpat, res aufertur: quod ſi poſſit fur manifeſtus is etiam dici, cui tantum viſo acclamatum eſt, utique cum re aufugere, & ita quoque extra caſus *d. l. 10 in pr.* condictioni locus eſſe poſſit. Apertius concludetur hoc modo. Si fur manifeſtus & is eſt, cui tantum viſo acclamatum eſt, ſequitur quod ipſi condici poſſit res (de condictione hac dicemus in *§. ult. h. t.*) licet non occiderit eam vel læſerit, aut corruperit, ſed ſecum integram tulerit. Atqui conſequens videtur falſum per *d. l. 10. de condict. indebiti.* Connexi ratio eſt, quoniam non poteſt acclamatio ſola & nuda impedire quo minus quis rem eo quo vult perferre poſſit. Explicatius Azonis & Accurſi neceſſaria eſt, ut dicamus *in d. l. 10.* exempla minus dubitabilia proponi, non autem omnino caſus alios excludi.

Et vero ſi manifeſtus fur & ille eſt qui cum acclamatum eſſet re abjecta aufugit. *l ſi quis 7. §. 2. h. tit.* quid ni etiam poſſit fur manifeſtus eſſe, qui poſt acclamationem cum re fugit: quo poſito extra caſus *d. l. 10.* erit condictioni locus: ſiquidem acclamatio non facit, ut neceſſario fur rem abjiciat: nec facit quidquam abjectio rei, ut quis tanto magis debeat eſſe fur manifeſtus. Et *in d. l. 10.* agitur de eo quod fere contingere ſolet, ut fur cui acclamatum eſt, & quem inſequuntur alii, rem abjiciat, ut tanto facilius elabatur: quod qui rem recepit aliquid de perſecutione remittere ſolet, & *in d. l 10.* condictio quodammodo opponitur actioni pœnali quæ ſemper locum habet. Atque ad hunc modum conjungenda hæc ſunt, ut dicatur fur manifeſtus, vel qui realiter deprehenſus

eſt,

eſt, vel qui effugit, cum in eo eſſet, ut deprehenderetur, cum videlicet eum, vel is cui furtum factum erat, vel alii inſequerentur: in quibus terminis, ut dixi res ſubreptas fures abiicere ſolent: neque *in d. l. 7. §. 2. h. t.* is cui furtum factum erat, tantum inclamaſſe, ſed & ad comprehendendum accurriſſe proponitur. Hæc de fure manifeſto: ex quibus jam colligitur quis ſit fur nec manifeſtus, ut ad *pr.* §. notavi *ex h.* §. extremo: Iuſtinianus tamen eum etiam apertè definit eſſe eum qui rem pertulit quo deſtinavit: tum enim ſera eſt deprehenſio, ad hoc ut fur manifeſtus efficiatur *h.* §. *ver. ſed ſi pertulit, l. 5. §. 1. h. t.* idque diſertius explicatur *in l. 4. h. t.* ſi eo pertulerit, quo deſtinavit eo die manere eum furto: adeoque licet eius propoſitum ſit abducere rem porro ſequenti die, & tum deprehendatur, fur manifeſtus non habebitur. Eleganter in hanc rem Maſſurius apud *Gellium lib. 11 cap.* 18. Manifeſtum furtum eſt, quod deprehenditur, cum ſive dum fit. Faciendi finis eſt, cum perlatum eſt, quo ferri cœperat.

TEXTUS.

4. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem teſtibus præſentibus quæſita res furtiva & inventa ſit: nam in eum propria eſt actio conſtituta, quamvis fur non ſit, quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo ſit tibi oblata, eaque apud te concepta ſit, utique ſi ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum qui dedit, conciperetur: nam tibi apud quem concepta ſit, propria adverſus eum, qui obtulit, quamvis fur non ſit conſtituta eſt actio, quæ appellatur oblati. Eſt etiam actio furti prohibiti, adverſus eum, qui furtum quærere teſtibus præſentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna conſtituitur prætoris edicto per actionem furti non exhibiti, adverſus eum, qui furtivam rem apud ſe quæſitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, ſcilicet concepti & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in deſuetudinem abierunt. Cum enim requiſitio rei furtivæ hodie ſecundum veterem obſervationem non fiat, merito ex conſequentia etiam præfatæ actiones ab uſu communi receſſerunt: cum manifeſtum ſit, quod omnes, qui ſcientes rem furtivam ſuſceperint & celaverint, furti nec manifeſti obnoxii ſint.

COMMENTARIUS.

1 *Furtum conceptum per lancem & licium.*

De concepto & oblato furto attigit aliquid *Iuſtin. in pr. §. præced.* hic planius explicat. Negavit ſcil. ibi iſtas eſſe ſpecies furtorum, ſpecies potius actionum furto cohærentium dixit eſſe. Et id quidem in cæteris perſpicuum ſatis eſt; ſed conceptum ſane non abſurde inter ſpecies furti poſſit referri, ut ex iis patebit, quæ jam dicemus, quo modo & refertur à *Paulo 2. ſent. 31. & à Caio 2. Inſtit. 11.* qui etiam addunt, oblatum, & ita quatuor ſpecies conſtituunt. Concepti † furti per lancem & licium mentio fit apud *Gell. 11. noct. 18. & lib. 16 cap. 10.* Sed quale id genus furti fuerit, non explicat: & viri non indocti in varias & fere erroneas ſententias iuerunt. Ita ego ſtatuo, ut pluribus ad Treutl. explicavi: conceptum furtum fuiſſe, quod arguente eo cui furtum factum erat, in ædibus alterius, qui rem furtivam ad ſe delatam negabat, inveniebatur. Ita autem appellatum fuit, quod olim qui quærebat rem, quoniam in quævis conclavia intrandi erat conceſſa poteſtas, tenebat lancem ob oculos propter matremfamil. & virginum pudorem, ut ſcribit *Feſtus in verbo lancem*. Hujus ratio rurſus erat, quoniam intrabat cinctus ſimplici licio & lino, ut parum a nudo differret: cujus rurſus ratio eſt, ut ne aliquid latenter ſub veſte inferret, & domino ædium calumniam ſtruere poſſet. In locum hujuſmodi quæſtionis, quam Gellius jam ſuo tempore aboleviſſe ſcribit, veroſimile eſt, ſucceſſiſſe, quod hic ſcribit Iuſtinian. ut teſtibus adhibitis furtum in alienis ædibus quæreretur, ut inventum, iuxta hunc § conceptum furtum diceretur. Et ait Iuſtin in pr. § hunc furem non eſſe; & nimirum non eſt verus fur, quia rem non ſubtraxit ipſe, ſed quia rem penes ſe celavit, inſtar furis eſt, quandoquidem ipſe Iuſtin in f. §. idem jus ſtatuit, quod de eo, qui ſciens rem furtivam ſuſcepit, qui utiq; furti nec manifeſti tenetur. Sed an a-

ctio furti concepti in duplum fuit, an in quadruplum? Equidem ſi recte habet comparatio in *d. fin. h.* § fuerit dicendum, in duplum eam fuiſſe. & deſcriptio furis manifeſti in § *prae.* hic non convenit. Sed contradicit *Gellius* 11. *noct. Att.* 18. ubi ſcribit, decemviros in furtum conceptum, perinde ac in manifeſtum animadverti juſſiſſe. Cuius rei ratio fortaſſis hæc fuit, quod conceptum furtum, quod pœna augenda fuit in eum, qui rem apud ſe eſſe inficiatus eſt; & quamvis loquatur Gell. de furto concepto per lancem & licium eadem tamen ratio militat, in ea ſpecie furti, quæ in locum illius poſtea ſubrogata videtur, cum nimirum altero negante, res teſtib. præſentib. quæſita fuit & reperta. Et ad hanc ſpeciem furti cum teſtibus quæſiti & reperti, referuntur reliquæ tres h. §. non tam ſpecies quam potius ut Iuſtinian. in §. *praeceden.* ait, actiones, quæ certis quibuſdam caſib. competant, qui contingunt circa furtum conceptum; veluti ſi quis dolo malo rem furto ſublatam mihi neſcienti obtulerit, eaque apud me concepta fuerit; tenetur mihi actione oblati furti. Si quis rem furtivam quærere non fuerit paſſus, tenetur actione prohibiti furti, (ſatis impropria appellatione.) Et denique convenitur actione non exhibiti furti, qui non exhibet rem quæſitam & inventam. Et quoniam hæ actiones ex furto concepto pendent, & ut hoc §. refertur vetus illa inquiſitio ſit abrogata, vel abolita, conſequitur inde has actiones ſimul ſublatas eſſe & ipſas, ut recte argumentatur Iuſtinian. hoc loco. Sed quæ ſequitur ibi porro argumentatio in extremo huius textus, minus recte ſe habere videtur; quod actiones iſtæ cum veteri inquiſitione rei, propterea fuerunt ſublatæ, quod omnes, qui ſcienter res furtivas ſuſcipiunt ſiut rei furti non manifeſti; ſiquidem requiſitionis ſive inquiſitionis huius hic ſcopus & finis eſt, ut qui rem furtivam ſuſcepit & occultat, deprehendatur, qui negata inquiſitione facile latere poteſt; niſi hæc ratio ita explicetur, quod non ſit opus ſolenni inquiſitione, cum etiam citra eam, quiſquis convictus eſt rem furtivam ſciens ſuſcepiſſe, furti teneatur *l. eos* 14 *Cod. de furtis.* quæ tamen probationes ſi deficiant, & adſint indicia aliqua non levia ſuſceptæ & occultatæ rei, authoritate magiſtratus hodieque inquiſitionem rei furtivæ in ædibus alienis fieri poſſe, notant Interpp. hic.

(?)

TEXTVS.

5. Pœna manifeſti furti quadrupli eſt, tam ex ſervi quam liberi perſona, nec manifeſti, dupli.

COMMENTARIUS.

Ratio cur manifeſtum furtum longe gravius fuerit punitum.
2 *Pœna dupli eſt ex L. 12. tabb.*
3 *De pœna capitali*

INgens apud varias gentes diverſitas fuit in puniendis furtis, de quo late diſſervi ad *Treutler. de priv. del.* unicum tantum in eam rem addo locum, ex *Euſebio lib. 6. de praeparation. Evang.* ἐν Ἄργοις inquit, ἐκλέπτων τι ὀβολοῦ ἄξιον λιθάζεται· παρὰ Βάκτροις ὀλίγα κλέπτων ἐμπτύεται, παρὰ Ῥωμαίοις πληγαῖς αἰκίζεται. Quin apud eaſdem gentes diverſis temporibus diverſæ. Duo Legiſlatores Athenienſium Draco & Solon, ille morte, hic, (at quanta hæc diverſitas) pœna pecuniaria dupli fures multavit, teſte *Gellio* 11. *noct. Atticar.* 18. Eadem varietas apud Romanos fuit, ſiquidem eodem teſte, Decemviri furtum manifeſtum in ſervis capitaliter, in liberis corporaliter, non manifeſtum tantum pœna dupli vindicaverunt. Cuius differentiæ tam latæ quæ ſit differentia non immerito quæritur. Hottom. hanc reddit, quod ſemper certius ſit eum eſſe furem, qui deprehenſus eſt, quam qui non eſt deprehenſus. Sed inepta eſt hæc ratio pro tanta diverſitate; tum etiam quod dicit Leges in dubio ſententiam mitiorem eligere, magis ineptum eſt; quia dubium, ut plurimum non eſt, quin non deprehenſus cum furto, revera etiam furtum commiſerit: de quo conſtare poteſt, tum teſtibus, tum ex confeſſione ipſius furis; & fur hic quoque eſſe dicitur non manifeſtus, qui in loco quo rem perferre deſtinavit, cum furto deprehenſus fuit § *furtorum* 3. *in f. h. t.* Cuiac. 19. *obſ.* 12. hac ratione utitur, quod plus habere debeat, qui in deprehendendo fure & perſequendo diligentior fuit. Verum nihil pertinet hæc ratio ad pœnam quæ ex L. 12. tabb. manifeſto furi in corpus irrogatur. Deinde licet quæramus de quadrupli pœna, multis tamen & ipſa de cauſis nihil concludit, 1. quoniam ſæpe ne quis perſequatur, non ex negligentia fit, ſed ex juſta ignorantia. Deinde quia ſi noctu furtum fiat, aut domino abſente, nulla argui poteſt eius negligentia, 3 quia ut do-

ut docet §.3.*h.t.* ut manifeſtus fur dicatur, nõ neceſſe eſt ab ipſo domino deprehenſum eſſe furem, ſed ſufficit deprehenſum eſſe ab alio, ut nulli domini diligentiæ hoc imputari poſſit. Nulla mihi alia ratio diverſitatis dari poſſe videtur, quam quod vel decemviri & aſperitatem Draconis, & lenitatem Solonis (conſtat enim LL.12 tabb. à Græcis fere acceptas) in duplici furti genere ſequi & imitari voluerint; vel Spartanorum & aliorum Græcorum exemplum ſecuti fuerint, apud quos occulta furta pene impunita, ſed in deprehenſos fures acerbe animadverſum fuit; ut apparet ex *Gell.* 11. *noct.* 18. & *Suida in verbo* κλέπτης postea prætor in locum pœnæ veteris capitalis & corporalis, quam furib. manifeſtis irrogarunt Decemviri & quæ ipſi nimis atrox viſa fuit; ſubrogavit pecuniariam pœnam, & eam graviſſimam ex iure noſtro *argument* §. *omnes* 21.*infr. de actionib.* Atque hæc adeo etiam ratio eſt, ob quam ex prætoris edicto irrogatur pœna pecuniaria quadrupli, furi manifeſto; pœna eadem dupli in furem non manifeſtum relicta; quæ erat ex LL.12. tabularum: Et errant manifeſto *Baro hic & Duaren. ad tit. de furt. cap.* 6 qui etiam pœnam dupli ex edicto prætoris deſcendere putant, quod bene *Contius* refutat 1.*lect.*2 tum ex *Gell. d. loco*, tum ex *fin. princip. infr. de perpet. & tempor. action.* ubi ſola actio furti manifeſti in quadruplum ad edictũ prætoris refertur, tum præcipue ex §. *ſunt autem* 4. *inf. de nox action.* ex quo tale argumentum formatur: Ex quo jure eſt actio furti noxalis, ex eo neceſſe etiam eſt deſcendere actionem furti pecuniariam, quoniam nulla actio noxalis eſt criminalis. Atquin ex jure civili quod opponitur edicto prætoris, & ex Lege ſcilicet 12. tabb. deſcendit actio furti noxalis. Ergo, &c. Et cum igitur actio quadrupli ſit haud dubie ex edicto prætoris, oportet alteram dupli actionem eſſe ex LL.12.tabb.

Licet autem hæc ita ſint, tamen nihilominus etiã omiſſa actione civili pecuniaria potuiſſe criminaliter agi contra fures; docent *l. ultim. de privat. delictis & l. ultim. de furtis*, extra ordinem nimirum, ut fur arbitrarie coerceretur. Hodie fere capitaliter & ſuſpendij pœna in fures animadverti ſolet. Atquin videtur hæc pœna iniqua eſſe, quoniam eum oporteat juſtam eſſe proportionem inter culpam & pœnam nulla comparatio eſt pecuniæ, & ſcilicet quinque ſolidorum cum vita hominis: neque ulla hic occurrit circumſtantia, quæ faciat hanc pœnam & proportionem juſtam; nec video qua ratione verum eſſe poſſit, quod in Parat. hic Weſembec. ſcribit, non minus peccare in ſocietatem humanam fures, quam adulteros & homicidas; quin hæc ſententia eſt injurioſa in Legem Dei, qui hæc delicta maxima diverſitate pœnæ disjunxit; & ex ipſa Lege Dei, quæ furibus tantum pecuniariam pœnam indicit, ſolidiſſimum hujuſmodi argumentum deducitur. Quæ pœna ſancita eſt à ſapientiſſimo Legiſlatore, qui ſolus veram proportionem inter delictum & pœnam novit, ea juſta & æqua eſt, & quæ conſequenter ab hac toto genere diſtat, eam iniquam & injuſtam eſſe oportet. Atqui Deus Lege ſua pecuniariam tantum pœnam furibus irrogavit. Ergo, &c. Illuſtratur hoc ab ingenti diverſitate pœnarum, quam diverſi diverſarum gentium Legiſlatores, in furtum, adulterium, & alia delicta, poſitis etiam iiſdem circumſtantiis conſtituerunt: ut cum iiſdem poſitis circumſtantiis tantum ſit una natura delicti, pleroſque eorum in æſtimanda delicti eſſentia, ejuſque cum pœna proportione longe erraſſe neceſſe ſit; ut nec ſecurus poſſit eſſe magiſtratus, qui hanc vel illam Legem ſecutus, leniorem, aut graviorem irrogat pœnam. At tuto acquieſcet conſcientia, quæ ſequitur Legem Dei, qui errare & falli non poteſt. Neque movet, quod vulgo afferri ſolet, a Moſe tantum Iudaico populo hanc legem latam fuiſſe. Etenim ille tantum tum Dei populus fuit, quem ſolum & ejus curam ad ſe pertinere Deus voluit; cujus populus cum hodie ſint Chriſtiani, recte fecerint, ſi in politicis & forenſibus Legib. politiam Moſaicam, quorum fieri poteſt æmulentur. Neq; ratio ulla dari poteſt, cur in populo Iudaico tantum & non alibi quoque hæc pœna quã dixit Deus, juſta ſit cenſenda; quippe cum eadem ubique ſit furti natura. Sed pluribus iſta exſequuti ſumus ad Treutl. ſupr. citato loco.

Ad §. noſtrum hoc notandum eſt, quod Iuſtinian. ait, furti manifeſti pœnam eſſe quadrupli, tam ex ſervi quam ex liberi perſona: eum reſpexiſſe ad diverſitatem pœnæ, quæ in fures manifeſtos olim erat, ex 12. tabb. à diverſitate ſtatus; quoniam uteſtatur *Gellius* 11. *nom.* 18. ſervi de Saxo Tarpejo deiiciebantur; liberi flagris cæſi ei cui furtum feciſſent addicebantur. At ex edicto prætoris diffeientia non eſt, quo ad pœnam quadrupli, ſive liber homo, ſive ſervus furtum fecerit; ut nimirum dominus nomine ſervi conveniatur actione furti pœnali in quadruplum: ſed non ut homo liber, pure, ſimpliciter, & directo, ſed noxaliter, ut tractabimus pluribus *inf. tit.* 8. Quod ſi enim

tata fuit, ut non procederet, ſi quis citra animum fraudulentum, credens dominum facile permiſſurum liberiorem uſum re commmodata ultra limites initio dictos fuerit uſus. Id ita proponitur de cōmodato: Difficilius obtinebunt in pignore & depoſito, quorum natura hæc eſt, ut ne quis iis utatur; & ex circumſtantiis tamen & facilius creditor poterunt liberari à ſuſpicione furti; idque probat *l. ſi, qui 76. in pr. h. t.* ubi tamen verba, *uſus alter atque accepit*, minus conveniunt depoſito; de quo tamen nominatim ibi igitur. Et ſane, qui poculo argenteo apud ſe depoſito, vel ſibi pignorato, aliquando utatur in convivio, eum protinus furti teneri perquam fuerit durum. Recte autem ſententiam hujus § limitat Accurſius ut procedat in terminis ibi propoſitis, ubi quis re abutitur, quæ jam apud ipſum voluntate domini exſiſtit; vix enim eſt, ut audiri poſſit, qui rem amovit & ſubtraxit domino, ſub hoc colore, quod putarit eum permiſſurum. Poſſit tamen aliquando & hic potationi erroneæ eſſe locus, argumento textus generalis in *leg. inter 46. § recte h. tit.* veluti ſi qui amovit rem, ſit familiaris, bonæ exiſtimationis, & cui alias dominus rem concedere ſolitus erat, ut notant *Angelus & Faber hic*, (modo ne rem v. c. nocte & doloſe amoveat) Ceteroquin præſumptio juris eſt, contra amoventem, per *l. qui vas 48. § 3. in f. h. t.* propter quam deficientibus illis circumſtantiis, à pœna non liberabit furem, nec atteſtatio domini, quippe quæ precio, aut precibus creditur emendicata, ut tractat *Bart. in d. l. inter 46. § recte h. t.* ubi nimirum de pœna criminali irroganda quæritur: nam juris ſui perſecutionem privatam quivis remittere poteſt.

Sequitur in hoc textu.

Sed & ſi credat aliquis] Ait Iuſtinian. nec tū furtum fieri, ſi quis putet ſe invito domino re uti, modo in rei veritate dominus id velit. Quod non ſatis videtur cōvenire rationi. Sicut enim, qui putat volente domino ſe uti, utcunq; dominus revera nolit, non incidit in crimen furti, quia animus furandi, & propoſitum doloſum deficit; ita ex adverſo eadem ratio facit, ut, qui putat ſe invito domino contrectare, utcunque dominus fuiſſet permiſſurus, furtum committere ſit dicendus, quia animus furandi & eſſentia furti adeſt, & nimirum fraudulenta contrectatio lucri faciendi gratia, idque probatur ex *d. leg. 46. §. recte penultim. h. t.* ubi dicitur hoc caſu committi furtum. Nam quod ſtatim ſubjicitur: *verum tamen eſt, ut cum ego velim eum, uti licet ignores, ne furti ſit obligatus*, non continent emendationem prioris, ut male Accurſ. & Bart. opinati ſunt, ſed potius declarationem; quod licet revera furtum commiſſum ſit: tamen dominus, quippe, qui eum uti voluerit, non poſſit actione furti experiri: eo enim pertinet quod in d. §. dicitur, eum non eſſe obligatum furti vid. in effectu: & ita omnino hunc quoque locum accipiendum exiſtimo, quod furtum non fiat, eo effectu ſcilicet ut non poſſit conveniri actione furti; ut perinde ſit, ac ſi furtum non feciſſet, cujuſmodi & alij caſus occurrunt, quibus ob furtum commiſſum revera actio furti non datur *l. 1. in fin. rer. amot. l. ſi libertus 89 h. t. § hi qui 12. inf. h. t.* Effectus enim hic quominus in actum deducatur, licet poſita cauſa, ex juſtis rationibus poteſt impediri: vel potius, actio ipſa quantumvis ipſo jure nata, ex juſtis cauſis a magiſtratu denegari.

Sequitur in textu.

Unde illud quæſitum eſt.] Diximus non eſſe furtum, vel potius non competere actionem furti, ſi dominus permiſſurus fuiſſet rem contrectare, licet alter putet, ſe invito domino facere. Hæc ita, ubi dominus ſerio id fuit permiſſurus: ſecus ſi per ſimulationem, ut alium deprehendat in crimine, quæ eſt hujus *verſ.* ſpecies & *leg. ſi quis ſervo 20. Codic. h. t.* quamquam ibi revera, nec furtum commiſſum, nec ſervus corruptus ſit, ſed in exemplum, propter maliarioſum propoſitū corruptoris, & quantū ad ipsū & ipſius opinione res effectum habuit, pro furto & corruptione habeatur: ut utroque loco prolixe explicat, & perſpicue Iuſtinianus. Nec eſt hujus loci tractare, quando delictum quod non habuit exitum, puniatur. Et tamen ut diximus, opinione corruptoris, aut pravi cōſulentis res exitum habuit; & ablatæ res, & ad pravum conſultorem delatæ fuerunt.

TEXTUS.

7. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti ſi quis liberorū noſtrorum, qui in poteſtate noſtra ſunt, ſubreptus fuerit.

COMMENTARIUS.

HUjus § deciſio pendet à jure poteſtatis, quod inſtar dominij ex veteri l. Romuli, in liberos Romani habuerunt, ita ut etiā adjecta cauſa, *Ex jure*

Quiri-

Quiritium; eos vindicare potuerint *leg.* 1. §. 1. *de rei vindicat.* Itaque propter filium ſubreptum, non tantum poteſt agi criminaliter, aut extra ordinem juxta *leg. ultim. h.t.* aut publico judicio L. Fabiæ de plagiariis, *l ultim. Cod. ad L. Fab de plag.* ut male iſtud limitat & explicat Accurſ. ſed etiam actione pœnali civili, ut & ceteri Interpp notant, & probatur *l. eum qui* 14. §. *ſi filius* 3. *l. matri* 38. §. 1. *h. t.* Ubi tamen negatur condictio quoniam hæc competit vero dominii jure, quale patres in liberis non habent. Atquin cum corpus liberum nullam recipiat æſtimationem, quidnam duplabitur, aut quadruplabitur? Horromannus ait, quod pater privato judicio furti æſtimet injuriam, per ſubreptionem filij ſibi illatam. Atquin iſta non furti, ſed injuriarum actio fuerit. Interpp. putant agi ad duplum operarum ceſſantiũ, & ejus quidquid per filium pater lucrari potuiſſet, cujus & alibi habetur ratio *l. ſervus* 28. *h.t.* aut tortaſſis ſimpliciter pater petet æſtimari incertum, & officio judicis committit; aut etiam jurabit in litem tanti ſua intereſſe. Theoph. tantum ejus quod intereſt meminit, & exemplum plane ſingulare ponit, ſi propter furtum, factum ſit, ne per filium inſtitutum quis conſequeretur hæreditatem.

TEXTUS.

8. Aliquando autem etiam ſuæ rei quis furtum committit, veluti ſi debitor rem quam creditori pignoris cauſſa dedit, ſubtraxerit.

COMMENTARIUS.

1 *Res pignorata & ab ipſo debitore ſubrepta, an poſſit uſucapi.*

DE hac quoque re aliquid diximus ad §. 1. *h. t.* committi ita furtum poſſeſſionis, quæ eſt penes † creditorem; atque ipſum rei dominum hic furti teneri *l. ſi pignore* 22. *in princ de pignorat. act. l. ſi itaque* 12. §. *ultim. l. in actione* 19. §. *pen. l. ſi debitor* 70. *l creditori* 87. *h.t.*

Poteſt autem ita occurri. Quæ res poteſt uſucapi, ea non eſt furtiva § *furtum ſupr. de uſucap.* Atqui pignori res data, & per debitorem ſubrepta poteſt uſucapi *l.* 4. §. *ſi rem* 21. *l. ult. de uſucap.* Poſſit dici, inhiberi uſucapionem, ubi tota res furtiva facta eſt; hic autem non tam rei quam poſſeſſionis committi furtum. Sed occurritur porro ex *l. cum ſit* 6. *Cod. de uſucap. pro empt.* ubi ex hac cauſa pignori res data ita dicitur furtiva facta ut nec uſucapi poſſit. Soleo dicere hanc rem conſiſtere in nuda juris ſubtilitate. Rem traditam creditori ſi ſubripiat debitor in eodem momento & furtiva fit, & purgatur vitium, quoniam pervenit in poteſtatem domini; quæ eſt ſententia *d l ult. de uſucap.* quæ alias implicaret cõtradictionem. Atque ita in pignore in ſpecie dicto. Atquin *d. l* 6. *C. pro empt.* loquitur de hypotheca, cujus poſſeſſio eſt apud debitorem quam ſi inſcio creditore diſtrahat, committere dicitur furtum. *l ſi is, qui* 66. *in princip. h. t.* & res tum ita furtiva fit, ut uſucapi non poſſit, quia non, ut priori modo vitium purgatum dici poteſt. Et notanda eſt, ex *d l* 66 *h. t.* & *d. l.* 6. *C. pro empt.* ſingularis ſpecies furti, quod nec eſt rei, nec uſus, nec poſſeſſionis, quippe cum debitor dominus ſit, & uſum poſſeſſionemque habeat; & tenetur furti ob hoc ſolum, quod vendendo quaſi intervertere jus pignoris creditori velle videtur, quamvis res vendita tranſeat, cum ſua cauſa & onere pignoris; plura dicemus *inf in* §. *unde conſtat.* 14.

TEXTUS.

9. Interdum quoque furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit, qualis eſt is, cujus ope & conſilio furtum factum eſt. In quo numero eſt, qui tibi nummos excuſſit, ut alius eos raperet, aut tibi obſtiterit, ut alius rem tuam exciperet: aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres ſcripſerunt de eo, qui fugavit armentum panno rubro. Sed ſi quid eorum per laſciviam, & non data opera, ut furtum admitteretur, eſt factum, in factũ actio dari debet. At ubi ope Mævij Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur, ope & conſilio ejus quoque videtur furtum admitti, qui ſcalas forte ſupponit feneſtris, aut ipſas feneſtras, vel oſtium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendũ, aut ſcalas, ut ſupponerentur feneſtris, cõmodaverit, ſciẽs, cuius gratia commodaverit. Certe, qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, ſed tantum conſilium dedit atque

horta-

hortatus eſt ad furtum faciendum, non tenetur furti.

Commentarius.

1 *An ex conſilio quis obligetur.*

PErtinet ad explicationem definitionis furti, & limitationem quandam proponit ad genus, quod aliquando furtum citra contrectationem committatur, vel utique furti ſaltem teneatur; ait enim Iuſtin. hoc caſu teneri furti eum, qui furtum non fecit, id eſt qui ipſe rem manu ſua non contrectavit, qui tamen alibi furtum facere dicitur, *l. in furti* 50. §. 1. *h. t.* §. *ſeq in fin.* Itaque ad explicationem hujus §. non una verborum ambiguitas notanda eſt, 1. quod furtum facere aliquando in ſpecie ſignificet rem contrectare, & contingere, & amovere, velut in *pr. huius* §. ubi, qui ope conſilio adeſt, negatur facere furtum; cum tamen alibi ope conſilio furtum dicatur committi *l in furti* 50. §. 1. *h t. & alibi.* Deinde notandum quod conſilium latius deſignat malignum propoſitum, eoque ſenſu ſemper in ope, ſive in opera fraudulenta ſimul eſt furandi conſilium; quomodo uſurpatur in *l ſæpe* 35. §. *ult. de V. S.* ubi dicitur, opem tuliſſe non nocere, niſi & conſilium malignum adfuerit; verum in ſpecie, & quatenus opponitur operæ ſive opi, conſilium ſignificat perſuaſionem impulſionem, aut inſtructionem, ut in *d. leg. in furti* 50. §. *conſilium h. t.* Denique notandum & iſtud, quod itidem opem ferre, uſurpatur latius & ſtrictius. In ſpecie ſignificat, ſi quis præſens juvet, aut abſens inſtrumenta ad furandum prudens ſciens commodet, *h* §. *verſ. ope*, ubi de commodatis inſtrumentis, & in *leg. ſi pignore* 54. §. *penultim. h. t.* Et rurſus opem quis ita fert, aut directo, aut per obliquum Directo, veluti ſi quis feneſtris ſcalas ſupponat *d. verſ. ope h.* §. per obliquum, veluti ſi nummos ex manibus excuſſerit, ut alius eos auferret, oves fugavit, ut alius eas abduceret, *verſ. in quo h.* §. *l. ſi quis* §. 52. *ſi quis* 13. *h. t.* & magis oblique, ſi tibi obſtiterit, ut alius rem tuam abduceret, aut auferret, *d. verſ. in quo*, & quod inſigne exemplum eſt, ſi quis verbi cauſa mulionem in jus vocaverit, ut interim eo occupato alius mulas auferret *l. ſi is* 66. §. *tum* 2. *h. tit.* & magis adhuc, quod Gellius ex Sabino refert *lib.* 11. *capit.* 18. furem eſſe hominis judicatum, qui cum fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ tanquam ſe amiciens, ne videretur à domino obſtitiſſet. Latius, opem ferre ſignificat præbere adiumentum, quod ineſt quibuſdam conſilij ſpeciebus, cujuſmodi eſt quod proponitur in *dict. leg* 50. *h. t.* quod inſtruit & rationem furandi oſtendit, veluti ſi quis aliquem doceat rationem, quomodo debeat penetrare in ædes, aut pecunia ubi repoſita ſit, in his enim ſimul ineſt opera: quo etiam referri poteſt caſus, *leg qui ſervo* 36. *in princip. h. tit* ſi quis ſervo perſuaſerit, ut fugeret, ei fini, ut ab alio ſubripiatur. Ita quo ad actionem civilem furti. Ceteroquin opem aut conſilium dantes, ubi de pœna capitali, aut corporali tractatur, mitius coerceri hic docent Interpp. oportet autem etiam furtum ſecutum & damnum revera datum eſſe; alias non eſt furti actio *l. ſi quis* 52. §. *ſi quis* 13. *&* § *neque* 19. *de furt. l. ſæpe* 35. §. *ult. de V. S* quod ſi eo animo ut furtum fieret factum quid ſit, ſed res alias perierit, ex Leg. Aquilia, vel in factum actio eſt *l ſi ſervus* 27. § *ſi quis* 21. *de L. Aquil.* Et oportet conſilium & opem eo directa fuiſſe, ut furtum fieret, qui animus & quod propoſitum ſi abſit, & tamen datum ſit damnum per laſciviam, non furti, ſed in factum actio eſt *h.* §. *verſ. ſed ſi quid d. l. in furti* 50 § *ult. h. t* Hujuſmodi igitur opera & hujuſmodi conſilium obligant aliquem furti, & faciunt, ut teneatur actione furti; non etiam ſimplex conſilium; veluti ſi quis de paupertate conquerentem indefinite moneat & hortetur, ut furtũ faciat: de cujuſmodi conſilio accipiẽdum eſt, quod *in fin h.* §. ſcribitur: rectius quam quod alij furtum non ſecutum reſpondent; quod à ſententia hujus loci eſt alienum; eoque pertinet, quod notant *Ioh. Faber. & Angel.* ſpeciale quid eſſe in furto, quod requirit natura ſua contrectationem aliquam; Ceteroquin ex cauſa aliorum delictorum facilius videtur, ut ex conſilio quis obligetur ad pœnam; de qua re aliquid diximus ad § *tua tantum* 6. *ſup. Mandati*, & videndi ſunt autores, quos citat *Iaſon in* §. *omnes* 21. *n* 3. *inf. de action facit l. is, cujus* 14. *l. nihil* 32. *in f de adulter.*

TEXTUS.

10\. Hi qui in parentum, vel dominorum poteſtate ſunt, ſi rem eis ſurripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam cauſam cadit, nec ob id ab ullo uſucapi poteſt, antequam in domini poteſtatẽ revertatur: ſed furti actio non naſcitur: quia nec ex alia ulla cauſa poteſt inter eos actio naſci. Si vero ope & conſilio alte-

rius furtum factum fuerit, quia utiq; furtum committitur, convenienter ille furti tenetur; quia verum eſt, ope & conſilio ejus furtum factum eſſe.

Commentarius.

1 *An patri contra filium detur actio furti.*
2 *An detur filio in patrem.*

Hic unus eſt ex caſibus illis, quos ſupr. notavimus, quibus licet revera furtum committatur, actio furti non competit. Eſſentia furti adeſt, ſi quid filius patri, aut ſervus domino ſubripiat, *h. §.* ſed non datur actio furti: cujus rei ratio duplex eſt, 1. in *l. ſervi 17 h. tit* quia ipſi pater & dominus in filium & ſervum animadvertere poſſunt, quod maxime jure veteri obtinuit, 2. quoniam juxta *hunc §. & l. 16. h. t.* propter jus poteſtatis inter has perſonas actio eſſe non poteſt, *l. 4. de iudic.* & omnino cum ſervo nulla eſt actio, ubi tamen circa filiumfam. ſcrupulum movet, quod eſt in *l. ſi quis 52. §. ſed ſi 5. h. t.* ubi dicitur poſſe patrem agere contra fi-
1 liumfam. qui ipſi furtum fecit, † ſi filius habeat caſtrenſe peculium. Licet enim filiusfam. quo ad caſtrenſe peculium habeatur loco patrisfam. *l. 2. ad Macedon.* tamen extra illud filiusfamil. revera eſt, nec poteſt dici ad caſtrenſe peculium pertinere, quod filius patri furtum fecit. Sed reſpondendum eſt, propter hoc ipſum quod filiusfam. qui caſtrenſe peculium habet, in eo pro patrefam. habetur, in ceteris quoque eum quodammodo à natura ſimplicis filiifam. degenerare, & cum ex peculio caſtrenſi ſatisfacere poſſit (filiusfamil. autem qua talis nulla bona habere poteſt,) qua ratione JCtus in *d. l. 52.* utitur, hactenus recedimus à ſtricta ratione juris, ut ſaltem utilis actio patri in filium cōcedatur *d. l. 52. §. 5. h. t.* Ejus autem, quod ceſſante quantumvis actione furti, commiſſum revera eſt furtum, duplex effectus hoc §. proponitur. Primus, quod res ablata non poteſt uſucapi tamquam furtiva, antequam reverſa ſit in poteſtatem patris, aut domini, de quo in *§. furtivæ & in §. aliquando ſupra de uſucapionibus.* Effectus alter eſt, quod extranei, qui filiofamil. aut ſervo domino patrive rem ſubtrahentibus opem conſilium præſtant, tamquam ſi aliis opem conſilium præſtiterint, furti actione teneantur; quoniam revera eſt admiſſum furtum, & rationes, quæ prohibent in filium, aut ſervum dari actionem furti, in aliis ceſſant, atque ita traditur *h. §. in fin. l. qui ſervo 36. §. 1. h. t.* quod idem obtinet in uxore, cui marito rem auferenti, alius opem & conſilium præbet, ut hic nimirum furti teneatur, *l. quis 52. §. h. t.* quoniam & ipſa revera facit furtum, ſed propter iſtas rationes non tenetur actione furti, *l. 1. Rer. am.* ſed ex diverſo quid ſi pater filij rem † ſubtrahat, ſi vel emancipatus ſit 2
filius, vel caſtrenſe peculium habeat? Et hic quidem patria poteſtas non impedit actionem, *l. 4. de judic.* ſed propria ratio, quod famoſa actio, qualis eſt furti, filio in patrem non conceditur *l. 5 de obſeq. par. praeſt.* Itaque quod ſcriptum eſt *in l. ſi quis 52. §. an autem 6 h. t.* patrem filio furti teneri, neceſſario cum Accurſ. & communiter Interpp. de actione utili in factum, accipiendum eſt, & exploſimus inſigne commentum, imo fœdiſſimum errorem A. Fabri, quod ex cauſa peculij caſtrenſis filio in patrem famoſa actio detur, in exercitat. noſtris ad *decad. 82. cap. 6 & 8.*

Textus.

11. Furti autem actio ei competit, cujus intereſt rem ſalvam eſſe, licet dominus non ſit. Itaque nec domino aliter competit, quam ſi ejus interſit rem non perire. Unde conſtat, creditorem de pignore ſubrepto furti actione agere poſſe, etiamſi idòneum debitorem habeat, quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in perſonam agere: adeo quidem, ut quamvis ipſe debitor eam rem ſubripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.

Commentarius.

1 *An & quomodo poſſit non intereſſe domini, cui res fuit ſubrepta.*
2 *Quomodo intereſſe dicatur.*
3 *Ubi agit non dominus, ratione intereſſe, quidnam dupletur.*
4 *De jure creditoris cui res ſubrepta eſt.*

Tractatur de actione furti: Cui competat, & regula proponitur, quod ei detur, cuius intereſt, *l. cuius 10. h. t.* adeo ut nec ipſi domino detur, niſi quatenus & quia ejus interſit, *h. text. verſ. Itaque.* (Forte Iuſtin. reſpicit caſus quos mox tractat, quibus dominus actionem ex contractu pro re vel æſtimatione conſequenda contra alios habet, ut appatet

patet ex §.15. Sed & tum non intereſt domini, ſi ſine culpa ejus res in ſpecie debita fuerit ſubtracta. Ita enim liberatur *arg. l. arbitrio 18 §. ult. de dolo. ut notat Faber hic*) At quomodo poteſt non intereſſe domini, rem eſſe ſubreptam? Caſus dari poteſt in venditore, ſi ei poſt perfectam emptionem ſine culpa ejus res ſubripiatur, periculum enim cum ſit emptoris *§. cum autem 3. ſup. de empt.* nihil intereſt venditoris, qui adhuc dominus eſt. Sed ita incidimus in aliam difficultatem. Qui actionem cedit, ille utique eam habet, quomodo enim alias cederet? Atqui venditor cui ſine culpa ſua res ablata eſt, actionem furti cedit emptori *d. §. 3. in fin. ſup. de empt.* Et conſequenter contra hunc text. dominus cujus nihil intereſt, habet actionem furti. Quod ſi dixeris ob hoc ipſum intereſſe domini, quia actiones cedere debeat; dicam, ita vix ullum dari poſſe caſum, quo non interſit domini: tum vero dicam, ex hac cauſa intereſſe, ubi quis tenetur ita actiones cedere, ut ſi nullas habeat culpa ſua, ob hoc ipſum debeat condemnari, ut notavimus ad *d. §. 3 de empt.* Atquin venditor qui ſine culpa ſua furto rem amiſit, non poteſt condemnari, licet nullas habeat actiones. Dici poſſit, interim, aliud eſſe actionem natam eſſe, aliud, actionem competere effectu: Et in caſu quem propoſui, venditorem moventem actionem furti, repelli poſſe exceptione, quod ipſius non interſit: ſed eam exceptionem inutilem fore ſi opponatur emptori, cui actio furti ceſſa fuit: quia in hunc effectu omne damnum redundat, & ejus, effectu intereſt. Ex quo emergit ſcrupulus novus. Quod ſi enim effectu intereſt emptoris, quippe ad quem perfecta emptione, licet re nondum tradita, omne periculũ pertinet, cur igitur ei non recta datur etiam ſine ceſſione furti actio? Eam autem nõ competere emptori docet *d. §. 3. in fi. ſu. de empt.* & aperte in *l. eum qui 14. in pr. h. t.* Reſpondendum eſt, quod dicitur, ei cujus intereſt tantum, & qui non eſt dominus dari actionem furti, intelligendum eſſe poſitis terminis habilibus, ſi videlicet res ei ſit ablata. & cum eorum ita intereſſet, non quod commodum aliquod amiſerunt, ſed quod eo nomine & quod culpa eorum res amiſſa fuit, aliis videlicet dominis propria actione ad reſtitutionem aut ad æſtimationem tenebantur. Hoc nimirum principaliter attenditur: (in creditore enim cui res ablata eſt aliud inſuper intereſſe conſideratur, ut mox dicemus) quod licet ex exemplis deprehendere eorum, quibus ex cauſa ejus quod intereſt, datur actio, creditoris, conductoris, commodatarii. de quibus *in §§. ſeqq. l. itaque 12. l. eum qui 14. § præterea 2 & § qualis 16. h. t. junct. l. rem 78. h.* Hoc modo non intereſt emptoris cui nec res ſubrepta proponitur. Et omnino, id quod intereſt, quod cauſa eſt actionis furti, juxta jam citatos textus explicandum eſt, nec enim quocunque modo intereſſe ſatis eſt, veluti intereſt creditoris habere idoneum debitorem, neq; tamen ob id furti actionem habet, ſi debitori res ſubrepta ſit: *l. interdum 49. h. t.* ubi & ſimilis caſus de re ſubrepta quæ mulieris periculo eſt, proponitur, & quod ad noſtrum caſum de emptore pertinet, ſi res ſit ſubrepta, quæ ex ſtipulatu vel teſtamento debebatur, negatur creditori actio furti *l. ſi cuius 8 §. h. t.* licet ejus interſit. Itaque & errare dicendum eſt Fabrum, qui re ſubrepta quæ in ſpecie debebatur, negat domino actionem furti: tanquam ejus non intereſſet; quin in dubio hoc ſolum, quod dominus quis eſt (extra caſus ſingulares quibus alij res ſubrepta eſt) pro intereſſe haberi, docet *l. ſi vendidero 80. in pr. h. t.* ubi ob hoc dicitur dari actio furti venditori, quia dominus eſt: addit etiam hoc, quia tenetur cedere actiones. Ex quo ſuperior diſputatio convellitur, & fatendum adeo eſt in arbitrio eſſe venditoris, an actiones cedere malit, an æſtimatione præſtita, vel eo quod intereſt, movere actionem furti contra furem. Poſſit & alio colore venditori, cui nondum ſolutum eſt pretium defendendi actio furti: quod apud eum res inſtar pignoris eſt interim *l. 14. §. 1 h. t.* aut an forte hic color tantũ contra emptorem militat: Prorſus, ut dixi, intereſſe hic commode eſt explicandum: *& ex l. 85.* ubi ait JCtus eum cujus intereſt, habere furti actionem, ſi res fuerit apud eum domini voluntate, ut ſc. amiſſæ ejus periculum ad eum pertineat. Amplius oportet intereſſe ex honeſta cauſa, *l. tum 11. l. qui re 76. § 1. h. t.* ex quo poſſeſſori malæ fidei actio furti negatur *l. itaque 12 §. 1. h. t.* & furi *d. 76. §. 1.* & omnibus quorum dolo factum eſt, ut res ſubriperetur *d. l. 12. §. 1. & d. l. 76. junct. l. 14. §. ſi autem h. t.* ubi tamen obiicitur quod aliquando ipſi furi datur actio *l. qui vas 48. §. ſi ergo 4. h. t.* Sed ibi non proponitur, qui fur omnimodo eſt ſed tantum ratione uſus aut poſſeſſionis Illud in genere addendum, ſufficere intereſſe fuiſſe tempore furti facti, licet eo tempore quo furti agitur, non amplius interſit, ut docet *l. inter 46. in pr. de furtis.*

Illud autem inprimis hic quærendum, an eadem ratione competat actio furti: ei cujus intereſt, quã

Google

domino datur, id eſt, (hoc enim quærimus) an pretium ipſius rei iiidem dupletur & quadrupletur, an ſaltem id quod intereſt. Et pro regula ſtatuendum puto. Ipſam æſtimationem rei quadruplari. Neque enim uſquam dicitur, id quod intereſt quadruplari: ſed iis quorum intereſt, actionem furti dari, & quod propterea non variatur æſtimatio, illud argumento eſt, quod §. ſcribit Iuſtin. nec domino dari actionem furti, niſi qua ejus intereſt. Et vero in terminis, quibus conductori, creditori, commodatario res culpa ipſorum ſubrepta eſt, ipſum quod intereſt, nihil aliud eſt, quam æſtimatio veræ rei, quoniam tanti ipſorum intereſt, ſiquidē actione ex contractu ad ſolidam rei æſtimationem præſtandam conveniuntur. Neque itaque commodatarius, ut æſtimabit duplum uſus aut quadruplum, ſed ejus ad quod reſtituendum actione ex commodato tenetur: cæteroquin ſæpe fieret, ut in damno moraretur, cū nec quadruplum leviſſimi uſus, exæquet ſimplam corporis ipſius æſtimationem: & ita nominatim de creditore reſponſum eſt *in l. creditoris 15. in pr. h. t.* Accedit, quod ut poſt dicemus, tractatur, an quod ii quorum intereſt actione furti cō ſecuti ſunt, ipſorum lucro cedat, an domino ſit reſtituendum, quæ quæſtio inepta eſſet, niſi in actione furti ipſius rei æſtimatio veniret. Et omnino quod ſubreptum eſt, id duplatur vel quadruplatur: ſubrepta autem eſt res ipſa, & animo intervertendi totam, non minus ac ſi apud ipſum dominum res fuiſſet. Et adeo poſita eadem eſſentia furti, eodem dolo & fraudulento propoſito, abſurdum ſit, variari pœnam, & quidem variari non leviter, imo interdum eam pene ad nihilum, aut utique ad leviſſimā ſummam redigi, quid enim ſi depoſitario, qui in ſe recepit culpam, ſubrepta fuerit? quid ſi commodatario qui pretioſum poculum aureum, ut amicum convivio exciperet, utendum rogavit, id furto ablatum ſit? leviſſima erit pœna, ſi tantum uſum æſtimamus. Et ad quid ageret fullo, qui polienda veſtimenta ſuſcepit, & qui habet actionem furti *§ ſeq.* Et quod dominus ipſe rem poſſedit, nihil aliud facere poteſt, niſi ut aliquanto maior forte ipſi videatur facta injuria, ſed ut diximus, eadem eſt eſſentia furti, nec fur injuriandi, ſed lucrandi animū, ut rem auferret habuit, ut nihil inter ſit cui res fuerit abrepta. Denique facit, quod *in §. qua de fullone inf. h. t.* ſi res ſubrepta ſit commodatario, Iuſtinianus modo huic, modo ipſi domino ex hujus arbitrio dat actionem furti: ridiculum autem ſit ex mero accidenti adeo variare pœnam & actionem furti. Idemque abſurdum eveniret *in caſu §. ſeq. in fi.* ubi pro ut conductor ſolvendo eſt vel non, ita vel ipſi vel domino actio furti datur. Quæ notari volumus propter ea quæ dicemus *ad § ult. tit. ſeq.* His tamen quæ diſputavimus videntur aliquot textus obſtare, in quibus non duplatur vel quadruplatur ipſum verum rei ſubreptæ pretium. Et inprimis ſi debitor ipſe ſubripuerit pignus in actione furti non æſtimari & duplari ipſum corpus, ſed ſummam debiti cum uſuris, adeoque quod intereſt creditoris *l. creditori 87. h. t.* Item in *l. inter 46. §. 1. h. t.* fructuarius ſubrepto ſervo, agit in duplum pro fructibus, quanti ejus interfuit furtum factum non eſſe: Et *in l. furtivam 74. in fin. h. t.* bonæ fidei poſſeſſor in duplum nomine poſſeſſionis agit, non proprietatis: & ſimilis textus de colono *in l. fullo 81. §. 1. h. t.* Iſtis expediendis hæc primum limitatio videtur adhibenda, ut verum precium rei dupletur ubi ipſius quoque rei tot us furtum eſt factum. Secus ubi tantum uſus, vel poſſeſſionis. Ita debitor ſubripiens rem pignoratam, non poteſt dici totius rei feciſſe furtum; ſed & commodatarius qui aliquanto laxius utitur, alias rem reſtituere paratus, tantum uſus furtum facere intelligitur. Itaque probo ſententiam *Ioh. Fab. Ang. & Plat. in §. furtum 6. ſupra h. t.* hic commodatarium tantum teneri in duplum uſus ſeu potius abuſus.

Deinde quam rationem dedimus, cur pretium verum rei dupletur, quod cui res ſubrepta eſt, domino in ſolidam æſtimationem teneatur, ea in textibus propoſitis ceſſat. Nam v. c. creditori conductori, quibus res ſubrepta eſt, ita datur actio furti, ut ea domino non detur, quippe cujus intelligatur nō intereſſe, cum rem vel æſtimationem actione ex contractu conſequatur, de quo *§ ſeq.* Atqui in *dd. textibus* ipſi domino ſimul cum alio datur actio furti: nec conditio furis levior, ſed gravior ſit, & duplici actione furti convenitur, & tum rei ipſius tum ejus, quod alterius intereſt, duplū præſtare cogitur, quod utriuſq; æqualiter licet non ejuſdem prorſus objecti reſpectu intereſt. Neq; hic habetur ratio furis, quaſi nimis gravē pœnam ſuſtineat, quippe qui quodāmodo duplex furtum feciſſe intelligitur, & duob. rem interverſiſſe, quib. & ſingulis tenetur. Et ſit hic ob concurſum domini, ut alter non duplū veri pretii (quod dominus perſequitur) ſed tantū ejus ꝙ ſua intereſt, cōſequi poſſit, neq; poteſt hic cui res ſubrepta eſt à domino ad æſtimationem conveniri. Quæ omnino ſunt notanda. Iam ad text. noſtrum redeamus & plenius tractemus ꝙ eſt in *§. ſive verſ.*

Vnde:

Digitized by Google

Vnde conſtat, creditorem.] Rem pignoratam ſubripit aut ipſe debitor, aut alius: qui uterque caſus hic tractatur, & prior quoque *in §. aliquando 10. ſup. h. t.* ubi cur & cuius rei furtum faciat ipſe debitor quamvis dominus, explicatum eſt. Creditori duplicis intereſſe intuitu furti datur actio, 1. Quod actione pignoratitia directa, ad rem reſtituendam tenetur: nimirum ubi culpa eius res furto ablata eſt *l. eum 14. §. Idem 6. h. t.* Deinde etiam ſi abſit eius culpa ut conveniri non poſſit, quia intereſt eius pignori incumbere in ſecuritatem debiti, qui principalis eſt finis pignoris: quod intereſſe in *d. §. unde* proponit Iuſtin. Huc enim pertinent verba, *quia expedit ei pignori incumbere*, ut reddatur ratio quare creditori competat actio furti, non autem eo, quaſi per actionem furti, quę mere pœnalis eſt, ipſam rem ablatam conſequi poſſit, quod non animadvertit Hottom. qui hunc difficilem ait eſſe nodum & cõfingit innui, quod pœna imputetur in debitum: quod nihil ad rem facit, & præterea in ſecundo caſu debitoris ſubripientis falſum eſt. Et facit hæc ratio, ut omnimodo creditori actio furti detur, nimirum licet ſine ejus culpa res ſubrepta ſit, licet ſolvendo ſit debitor *l. itaque 12. §. ult. h. t.* & amplius licet ipſe debitor eam ſubripuerit: itaque recte ſubiicit *in fi. d. §.* Iuſtin. *adeo ut quamvis ipſe debitor &c.* utroq; igitur caſu habet actionem furti, ſed hactenus intereſt, 1. Quod ut paulo diximus, ubi contra extraneum agit duplatur pretium verum rei, ſed ubi contra debitorem, quantitas debiti cum uſuris *l. creditori 87 de furt.* Deinde quod poſteriori caſu quidquid conſecutus eſt creditor ex delicto ipſius debitoris, eius lucro cedit, ſed priori caſu quidquid exegit, cedit lucro debitoris, ut creditor id in debitum imputare & quod ſupereſt reſtituere cogatur. *l. ſi pignore 22 in pr. de pign. act. l. creditoris 15. in pr. h. t.* & eſt in eam rem generalis textus *in l. reſcriptum 12. §. 1. de diſtract. pign.*

TEXTUS.

12. Item ſi fullo polienda curandave, aut ſarcinator ſarcienda veſtimenta, mercede certa conſtituta acceperit, eaque furto amiſerit, ipſe furti habet actionẽ, nõ dominus: quia domini nihil intereſt eam rẽ non perire, cum judicio locati à fullone aut ſarcinatore rem ſuam perſequi poſſit. Sed & bonæ fidei emptori, ſubrepta re, quam emerit, quamvis dominus non ſit, omnino actio furti competit, quemadmodum & creditori. Fulloni vero & ſarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam ſi ſolvendo fuerint: hoc eſt, ſi domino rei æſtimationem ſolvere poſſint. Nam ſi ſolvendo non ſint, tunc quia ab eis ſuum dominus conſequi non poſſit, ipſi domino furti competit actio, quia hoc caſu ipſius intereſt rem ſalvam eſſe. Idem eſt, & ſi in parte ſolvendo fullo fuerit aut ſarcinator.

COMMENTARIUS.

1 *An ſit lucro conductoris, quod ille per furti actionem conſequitur.*

2 *Quid ſi dominus ipſe rem conductori aut commodatario ſubripiat.*

IN creditore apertior ratio eſt, cur ipſi actio data furti fuerit juxta dicta *§. prae.* In cæteris & v. c. in conductore, quærit Hottoman. cur non potius ipſi domino locatori, qui & condictionem & vindicationem habet, actio furti conceſſa fuerit, ſed rationem ipſe hic reddit Iuſtinianus, nam condictio & vindicatio dantur jure dominii, ſed actio furti ratione ejus quod intereſt: dominus autem hic ſecurus eſt, qui æſtimationem rei, judicio Locati cõſequitur. Quo judicio cum omnimodo teneatur conductor, periniquum eſſet nullam actionem ipſi competere contra furem: & cum ipſi res ſubrepta ſit, actionem quoq; hanc habere debet: & perinde eſt ac ſi alias vel ab ipſo conductore res corrupta aut alias amiſſa eſſet. Et hinc eſt, quod non, ut creditori, ita & conductori omnimodo actio furti datur. Sed non datur, ſi citra eius culpam res fuerit ſubrepta *arg. l. 14 §. is autem 3. & §. Idem 6. h. t.* quia hic cum actione ex contractu non teneatur, periculum eſt domini, cuius ſolius jam intereſt. Id ita in conductore ſimplici uſus rei: nam in fullone qui operam offert, ſecus videtur, & hic ad ſummam diligentiam tenetur per notata ad *§. pen. ſub. Locati*, idque eſt quod dicitur in *l. 12. in prin. h. t.* fullonẽ ſemper agere, quia cuſtodiam præſtat 2. non datur ſi non ſit ſolvendo ut ab eo non poſſit dominus æſtimationem conſequi *h. §. verſ. fulloni l. itaq; 12. in pr. h. t.* Sed quid, an † quod per actionem furti conſecutus 1
eſt conductor id ipſius lucro cedit, an actione Lo-

Digitized by Google

cati reſtituere domino tenetur, ſicut creditor: ut diximus §. *praeced.* Et reſponſum eſt in *l. 6. Locati*, eum qui rem conduxit, quod actione furti conſecutus eſt, non reſtituere. Quod tamen *Ioh. Fab. & Angel.* hic reſtringunt ad eum qui uſum rei conduxit, ad quem pertineat hoc lucrum, quia per furtum uſus rei, quem ex conducto habebat ipſi interverſus eſt, ſecus autem putant in conductore faciendi, qui idem eſt locator operarum, qui cum nullum uſum rei habeat, quod per actionem furti adeptus eſt in mercedem imputare, aut ex ipſorum ſententia reſtituere debet. Neq; attendendum videtur quod periculo fullonis res ſubrepta eſt, nam & creditor, licet eius culpa res amiſſa & ſubrepta ſit, nihilominus quod exegit, imputare debito aut reſtituere debet *l. ſi ignore 22. in prin. de pign. act.* Itaque claudicabit ratio & intra terminos ſuos conſtringenda erit, qua utitur *Iuſt. in l. ult. § ſed cum 3. h. t.* quod lucrum pertineat ad commodatarium, quoniam huius ſit periculum: Et erit illa non vera & adæquata ratio, ſed hæc, quod commodarius habeat rei uſum. Verendum tamen ne forte non recte hac in re fullo & creditor comparentur: quia cur huic actio furti detur, ea eſt princeps ratio, quæ in §. *prac.* proponitur, quod eius interſit pignori incumbere: ut parum attendatur an ipſius culpa necne res fuerit ſublata: at fulloni hæc ſola ratio tribuit actionem furti, quod ipſius eſt periculum, & quod judicio Locati domino tenetur & eam tum demum habet, ubi eſt ſolvendo. Et creditori tantum in ſecuritatem debiti & eius ſolius proprie loquendo gratia traditur pignus, ex quo adeo nullam commoditatem ſentire debet, & vitandam quoq; uſuræ ſuſpicionem quidam annotant Locator autem rem defert ad fullonem ſui commodi cauſa. Locator ſcilicet operis faciendi, quo reſpectu *h.* §. dicitur habere actionem Locati: alio autem reſpectu, qua conducit operas, recte dicitur conductio, ut monuimus ad *prin. de Locato.* Et ego pene cenſeo contra Fabrum & Angelum, lucrum omnino cuiuſcunq; cõductoris eſſe debere, de quo amplius cogitandũ.

2 Quid porro ſi ipſe locator † rem locatam ſubripiat, an conductori dabitur in dominum furti actio, ſicut datur creditori contra debitorem juxta § *praced.* Equidem fulloni omnino negandam actionem non dubitatim, cum nec interſit ejus rei incumbere, nec uſum aut aliud ullum jus in re habeat, neque ubi ipſe dominus ſubripuit, conveniri judicio Locati poſſit. Sed in alio conductore & cõmodatario, qui uſum rei habent, dubitationem res habet. Video negari a quibuſdem, ex hac ratione, quod hi nec dominum nec poſſeſſionem habent. Sed male ita infertur: quoniam ita contra alium quoque neganda eſſet conductori & commodatario actio furti. Accedit quod etiam ſit furtum ſolius uſus, quem hic intervertit dominus: ſicut intervertit creditori poſſeſſionem. Neque quod de furto uſus dicitur, reſtringi debere ad caſus ſuperius relatos, in §. 1. *h. t.* ratio ulla neceſſaria efficit. Quin ſicut furtum poſſeſſionis dicitur, & cum alter eam domino intervertit, & cum dominus eam alii videlicet creditori: ita etjam dupliciter recte dimus fieri furtum uſus. Et licet hactenus non interſit conductoris, quod non poſſit teneri Locatori qui ipſe fur eſt: tamen intereſt eius, uſum retinere quem ex contractu habet, & qui ſi ipſi alia ratione negetur, certiſſimo jure ex conducto ad intereſſe agit. Neque propterea quod agere ex contractu poteſt, ob id actio furti negatur neceſſario: nam & creditor ſubrepta ubi re per creditorem, haud dubie contrar. actionem pignoratitatem habet. Et cum furti actio detur creditori, ubi nec poſſeſſio quidem ipſi interverſa eſt, nimirum ubi debitor alienavit hypothecam, *l is qui 66. in prin h. t.* quid ni pro fure haberi poſſit, qui utique poſſeſſionem naturalem a it detentionem ſemel cum uſu, detinenti intervertit. De commodatario tamen illud poſſit movere, non eſſe dandam actionem ei contra commodantem qui beneficium dedit. Sed tamen naſcuntur ex commodato mutuæ obligationes & actiones *l 17 §. 3 commod.* nec debebat ille turpiter beneficium corrumpere. Et facit quod etiam emptor qui non ſoluto pretio ſubripit rem venditori, tenetur furti *l eum qui 14. §. 1. h. t* ubi tamen additur ratio, quod perinde teneatur, ac ſi pignus ſubtraxiſſet: quoniam venditor necdum ſoluto pretio rem pignoris loco retinere poteſt: Et nihil interim affirmo.

Supereſt in h § de bon. fid. poſſeſſore in *verſ. ſed & bona*, licet in ſpecie de bonæ fidei emptor proponitur. Etenim illud conſtat, intelligi bonæ fidei emptorem cui res tradita fuit: ceteroquin ante, actionem non habet ut ad §. *prac.* diximus. Et hic ſimpliciter actionem habet, & *omnino*, ſive ut alii, *omnimodo*, nimirum ſive ſolvendo ſit ſive non, & ſive in ſolidum ſive pro parte: quod ſecus in conductore eſſe in *f.* §. docetur: quod hic ſcilicet tum demum habeat actionem, ſi ſolvendo ſit in ſolidum, ſolvendo enim non intelligitur, niſi qui ſolidum poteſt ſolvere *l ſolvendo 114 de V. S.* itaque forte non

ex ſi-

ex fide retulit Tribon. in *l. ult. in f pr. C h. t.* opiniones antiquorum, quaſi dubitaverint an commodatarius poſſet agere furti, ſi pro parte tantum ſolvendo eſſet. Et hoc autem non ſine cauſa proponit Iuſtin. de bonæ fidei emptore, qui habet titulum onerosum: nam ei qui titulum habet lucrativum, negatur actio furti in terminis tituli pro herede in *l. ſi is cui 71. §. 1 h tit.* qui an ſit verus titulus alibi tractatur. Illud quoque addendum eſt quod ante diximus ex *l. furtivam 74 h t.* ſi concurrat dominus, tantum poſſeſſionis æſtimatæ duplum bonæ fidei poſſeſſorem conſecuturum: ceteroquin haud dubie ſi ſolus ſit, verum precium duplabitur.

TEXTUS

23. Quæ de fullone & ſarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res eſt, transferenda veteres exiſtimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo cuſtodiam præſtat, ita is quoq; qui commodatum utendi cauſa accepit, habet ſimiliter neceſſe cuſtodiam præſtare. Sed noſtra providentia etiam hoc in noſtris deciſionibus emendavit, ut in voluntate domini ſit, ſive commodati actionem adverſus eum, qui rem commodatam accepit, movere deſiderat: ſive furti adverſus eũ qui rẽ ſubripuit, & alterutra earũ electa, dominum non poſſe ex pœnitentia ad alteram actionem venire. Sed ſiquidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, liberari penitus. Sin autem commodator veniat adverſus eum, qui rem accepit utendam, ipſi quidẽ nullo modo competere poſſe adverſus furẽ, actionem furti: eum autem qui pro re commodatã convenitur, poſſe adverſus furem habere furti actionem: ita tamen ſi dominus ſciens rem eſſe ſubreptam adverſus eum pervenit, cui res commodata fuerat: ſin autẽ neſcius & dubitans, rem ſubreptam non eſſe, apud eum commodati actionẽ inſtituerit, poſtea autem re comperta, voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire actionem: tunc licentia ei cõceditur, & adverſus furẽ venire, obſtaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus cõſtitutus movit adverſus eum qui rem utendã accepit, commodati actionem: niſi domino ab eo ſatisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem à domino quidem furti actione liberari: ſuppoſitum autem eſſe ei, qui pro re commodata ſibi, domino ſatisfecit: cum manifeſtiſſimum ſit, etiamſi ab initio dominus inſtituerit actionem cõmodati, gnarus rem eſſe ſubreptam, poſtea autem hoc ei cognito, adverſus furem tranſierit, omnino liberari, eum qui rem commodatam acceperit, quæcunq; cauſæ exitum dominus habuerit adverſus furem: eadem definitione obtinente, ſive in parte ſive in ſolidum ſolvendo ſit is, qui rem commodatam acceperit.

COMMENTARIUS.

Nimis multa verba fundit Tribonianus, in re, quæ paucis poterat explicari. Conſtans haud dubie veterũ definitio fuit, commodatario re ſubrepta competere furti actionem: quod & in *pr. h. §.* teſtatur Iuſtin. & certa ſuadet ratio: quoniam ad commodatarium periculum rei ſubreptæ vel maxime ſpectat, ut qui leviſſimam culpam præſtat, eoque actione commodati domino tenetur. Et cum ob hanc ſolam cauſam conductori & creditori actio furti detur, cur non detur commodatario? idque ita diſerte reſponſum eſt in *leg. ſi ut certo 5. § ult. in f. cum ll. ſeqq. commod l. cum qui 14. §. qualis 16. h. t.* ubi generalis regula traditur, omnibus his quorum periculo eſt res aliena furti actionem dari: ita ſcilicet eorum periculo, ut ob rem ſubreptam, tamquam culpa ſua amiſſam domino teneantur. Nec ulla ratio videtur alia moviſſe Iuſtinianum, ut jus hoc mutaret, & domino electionem daret, quam quod hic citra commodum ſuum alteri dat beneficium. Summa autem deciſionis Iuſtiniani h §. & in *leg. ultim. Cod. eod.* hæc eſt quod dominus habeat electionem, an malit eligere furem an commodatarium, ita ut uno electo alter à domino liberetur

& ut.

Digitized by Google

& ut poſt electionem ſemel factam variare dominus non poſſit: niſi ignorans aut dubitans rem eſſe ſubteptã, elegerit cōmodatarium: tũc enim poteſt mutata voluntate, & remiſſa actione commodati agere contra furem: ubi ſcilicet cœpit ſaltem agere contra commodatarium: nam ſi cum damnatum fecerit, aut etiam extra judicium ſatisfieri ſibi à commodatario paſſus fuerit, amplius agere in furem non poteſt. Tractar autem de eo qui dubitans aut ignorans egit commodati: qui enim elegit furem, non potuit ignoraſſe furtum eſſe commiſſum. Quid autem ſi ſciens commiſſum furtum egerit cōtra cōmodatarium qui non eſt ſolvendo. Et probo opinionem eorum quos ſequitur Faber hic, poſſe eum ſi errore facti ſit lapſus, agere contra furem; cum & alias commodatarius qui ſolvendo non eſt: ex ratione iuris veteris non habuerit actionem.

Illud obiter notandum, quod in *pr.* §. Iuſtinianus confert commodatarium & fullonem: quod uterque cuſtodiam præſtet, non vulgarem & ſimplicem, ſed exactam diligentiam & leviſſimam culpam: quia fullo ut artifex operam ſuam & ſimul cuſtodiam quaſi offerre videtur, ut notavimus ad *§. pen. ſup de Locat. condu.*

TEXTUS

14. Sed is apud quem res depoſita eſt, cuſtodiam non præſtat, ſed tantum in eo obnoxius eſt, ſi quid ipſe dolo malo fecerit: qua de cauſa ſi res ei ſubrepta fuerit, quia reſtituendæ eius rei nomine depoſiti non tenetur, nec ob id eius intereſt rem ſalvã eſſe, furti agere non poteſt, ſed domino actio furti competit.

COMMENTARIUS.

1 *An depoſitarius qui præſtat culpam, habeat furti actionem ad* l. 2. §. 24. vi bon. rapt.

2 *Quid ſi res amiſſa ſit per latam culpam.*

DEpoſitarius actionem furti non habet: quia aut ſine dolo eius furtum fit, aut dolo eius. Illo caſu ideo nõ habet, quoniam ſolum dolum præſtat, nec tenetur domino, adeoque nihil intereſt eius rem eſſe ſubreptam h. §. & diximus ad *§. pen. ſup. Quib mod. re contr. obl.* Hoc caſu, (quem h. §. omiſit Iuſtin.) tenetur quidẽ domino, ſed alia ex cauſa non habet actionem furti, quoniam ex delicto & improbitate ſua actionem quis furti non debet habere, *textus generalis in l. itaq. 12. §. 1 h t.* & ſpecialis de depoſito in *leg. eum qui 14 §. 3. eod.* Sed quid ſi depoſitarius, vel ex pacto *§. ult. tit. ſeq.* vel quia honorarium accepit, aut ſe obtulit *l. 1. §. ſæpe 35. depoſiti*, culpam quoque præſtare teneatur, an tum habebit actionem furti? Quod videtur ſuadere ratio *d. l. 14 §. 16. h. tit.* quia tum eius intereſt. Sed contra reſponſum eſt in *l 2. §. ſi in re 24 vi bon. rapt.* ubi dicitur ceſſare furti actionem. Sed Cujacius in notis ad *§. ultim. tit. ſeq.* emendat illum locum, & quæ tamquam verba novi §. proponuntur, ad *fin. §. præced.* retrahenda, & cum eo conjungenda cenſet, & ita legendum: *Nam & furti actionem habeo, ſi in re depoſita culpam quoque repromiſi &c.* & à verbis *utilius dicendum* novum §. incipiendum. Sed nec ille ulla librorum autoritate ſe tuetur; & apparet omnino ICtum proponere voluiſſe exemplum, quo ceſſante furti actione competat actio vi bon. raptorũ, eo quod raptor gravius peccet, atquin ſecundum lectionem Cuiacij, nullum erit exemplum: & ita ſubinepte proponeret Ulpianus, ceſſante furti actione dari actionem vi bon. rapt. nullo tamen caſu propoſito, quo illud locum habeat. Et itaque omnino dicendum eſt hunc eſſe caſum, ubi depoſitarius culpam etiam præſtat, quo tamen furti agere non poſſit, ſed poſſit agere bon. raptorum: qua ſententia poſita ferri non poteſt mutatio Cuiacii. Et ad rationem ſuperiorem ex *l.* 14. §. 16. *h. t.* reſponderi non incommode poteſt: ob naturam depoſiti pacto aut alia ex cauſa alteratam, non protinus variari jus, quod conſtitutum eſt de actione furti: & quod hæc iis detur, quorum ex ratione juris communis, & ordinaria contractus natura intereſt, rem non eſſe ſubreptam, non vero quorum ex ſpeciali ratione, altera natura contractus intereſt. Et pacta hunc habent effectum, quæ contractibus adiiciuntur, ut quo ad connexa informent contractus actionem: ſed non poſſunt efficere: ut præter rationem communis juris dentur aliæ actiones, quod pactorum vim & naturam excedit. Itaque nec quidquam eſt mutandum de vulgata lectione. Sed fatendum, hoc eſſe ſpeciale in actione bon. rapt. ſpeciali odio raptoris, (quod ex ipſo textu apparet) ut ſi depoſitarius culpam præſtet, competat & bon. rapt. non etiam furti actio.

Atque hæc ita, ut ad *pr.* & §. noſtrum † redea- 2
mus, ſi dolo depoſitarii res ablata fuerit. Quid autem ſi lata culpa? Et Bart. in *l. 14. §. 3. h t. Ioh. Fab. & Angel.*

Angel hic. affirmant eum furti actionem habere: hac ratione, quod licet alias in contractibus lata culpa æquiparetur dolo, ut diximus ad § *Item is 2 ſup. Quib. mod. re contr.* tamē minus eſt odioſa quam verus dolus: in quo cum ſit fur, potius quam ut ſit impunitus, furti actionem depoſitario concedendam eſſe. Quæ ratio claudicat, imo nulla eſt, ſi ponamus ut in § *præced.* concurſum depoſitarii & domini: hoc enim caſu, dicam latam culpam comparari dolo, ut domino potius actio furti detur, quam depoſitario. Sed extra hunc caſum, ſi dominus elegerit actionem depoſiti, & ita æſtimationem conſecutus ſit, eſt omnino illa ratio probabilis: quia cum hoc caſu dominus contra furem non poſſit agere, abſurdum ſit, furem nulla actione furti teneri: ſed ea potius depoſitario, quamvis in lata culpa fuerit, concedenda eſt. Et ad hunc quoque caſum retenta vulgata lectione referri poteſt, quod ſcriptum videtur in *d. l. 2. §. & generaliter 23. vi con. rapt.* ſi interſit depoſitarii, dandam ei furti actionem. Quin & alium huc caſum Fab. & alii quidam Interpp. referunt, ſi depoſitarius in rem neceſſarias impenſas fecerit, propter quas donec ſibi ſatis fiat, retinere rem depoſitam poteſt, de quo tractatur in §. *in bonæ 30. infra de act.* Et ſententia iſta hunc probabilem colorem habet, quod ius hoc retētionis quodam ius pignoris tribuit *l. Iulianus 13. §. offerri 8 de action. empt. l. creditor. 15. h. t.* jus autem pignoris tribuit hoc jus, ut liceat agere furti, ut dictum ad §. *unde 14. ſup. h. t.* quomodo ex hoc fundamento venditor contra ipſum emptorem actionem furti movere poteſt *leg. eum qui 14. § 1 h. t.* quod tamen non temere extendendum videatur: cum non ſit verum pignus, & tantum pignoris loco ſit, quo ad eum qui rem non ſolutis expenſis repetit.

TEXTUS.

15. In ſumma ſciendum eſt, quæſitum eſſe an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi conſiſtit, ita demum eo crimine obligari impuberem, ſi proximus pubertati ſit, & ob id intelligat ſe delinquere.

COMMENTARIUS.

HOc quidem plane extra propoſitam materiam eſt: & ipſa ratib. *h.* §. tradita facit, ut id connectendum fuerit cum § *placuit 7 ſup. h. t.* & ei quod ibi dicitur, furtum ſine affectu furandi non committi, tamquam conſectarium addendum: quod nimirum pupillus tum demum teneatur furti ſi ſit capax doli, & adeo proximus pubertati: quod & in aliis delictis obtinet *leg. pupillus 111. de Reg. iur. leg. 2. § vi bon. 19 de vi bon. rapt. leg. impuberem 22. de falſis leg impuberem 23. h. tit.* de quo diximus ſup. ad *princip. de tutelis*, & ad huiuſmodi impuberes pertinet, quod Gell. ſcribit 11. *noct.* 18. eos virgis cæſos damnum ſarciſſe.

TEXTVS.

16. Furti actio ſive dupli ſive quadrupli tantum ad pœnæ perſecutionem pertinet: nam ipſius rei perſecutionem extrinſecus dominus habet, quam aut vindicando, aut condicendo poteſt auferre. Sed rei vindicatio quidem adverſus poſſeſſorem eſt, ſive fur ipſe poſſidet, ſive alius quilibet: cōdictio autem adverſus furem ipſum heredemve eius, licet non poſſideat, competit.

COMMENTARIUS.

1 *Ex cauſa contractus eſt actio in ſolidum in heredes, licet dolus commiſſus ſit.*
2 *Actiones ex delicto cur non tranſeant in heredes.*
3 *Ad* §. his autem 9. ad L. Aquil.

DE vindicatione conſtat eam dari domino contra quemcunque poſſeſſorem ſive fur ſit, ſive non ſit. de quo in § 1. *infra de act.* Neque enim ſicut furti actio aliis datur etiam non dominis, & quorum ſaltem intereſt, ita etiam vindicatio dari poteſt quæ etiam condictionis furtivæ ratio eſt, ut detur domino, de quo in §. *ſic itaq; 14. infr de action.* Itaq; recte hic Iuſtinian. quod dominus rem vindicando aut condicendo auferre poſſit. De actionibus quoque ex delictis agemus plenius *infra in* §. *ex maleficiis 18. de actionib.* Interim pro intelligentia huius §. notandum eſt, quod actiones perſonales vel ſunt ex conventione vel ex delicto. Illæ cum ſuper patrimonio fiant & ut quis aliquid licito more adquirat & ſibi & heredibus, & viciſſim ab alio aut eius heredibus, & heredibus dentur & in

Digitized by Google

heredes in ſolidum, in quos & patrimonium defun-
cti deſcendit, & quem heredes repræſentant. Et quo
fit ut licet defunctus in re v. c. quæ ex contractu
apud eum fuit, dolum commiſerit, tamen heredes
actione ex contractu in ſolidum teneantur, quo-
niam non hic dolum conſideramus, neque de a-
ctione ſpeciali quærimus, ſed de actione ex contra-
ctu, quæ natura ſua in ſolidum in defunctum & in
heredes datur: quæ regula certo iure tradita eſt in *l.
ex depoſiti* 12. *l. ex contractib* 49. *de O. & A. l. hoc iure*
152 *& l. ad eas* 157. *de R. I. l.* 1. §. 1. *l.* 7. §. 1. *depoſiti l. ex eo*
121 §. *ult. de V. O.* Actiones ex delicto aliæ ſunt pœ-
nales aliæ rei perſecutoriæ. Utræq; vel puræ vel mi-
2 xtæ. Et eſt † delicti ea natura, ut tantum hæreat in
perſona delinquentis, nec tranſeat in heredem, ut
proinde nec heredes defunctum hactenus repræ-
ſentet: alias, quod abſurdum eſt, ipſe deliquiſſe in-
telligeretur. Ex quo fit, cum nulla actio in heredem
dari poſſit niſi qua repræſentat defunctum, ut actio-
nes ex delicto, non poſſint competere in heredem.
Id ut in ſingulis ſpeciebus oſtendamus, de pœnali-
bus puris apud omnes in confeſſo eſt: & ſunt pœ-
nales puræ, quæ ſolam pœnam perſequuntur, extra
omnem rei ipſius quæ abeſt, vel eius æſtimationis
perſecutionem. Talis eſt actio furti ſive dupli ſive
quadrupli *h.* §. *princ. l. ſi pro fure* 7. §. 1. *de condict. furt.
leg. ſi pignore* 54 § *cum furti* 3. *h. tit. l. qui vas* 48. *in f.
princ. eod. in f. princ. tit. ſeq.* § *ex maleficiis* 18. *in f. infra
de actionib. &* § *ſic itaque* 14. *in f. eod. tit. l. ancilla* 12.
Cod. de furtis. l. ult. Cod. de noxa lib. action Ex quo fit
ut in heredem nulla ratione hæc actio dari poſſit,
ſcilicet initio dari: nam cœpta contra lutem conti-
nuatur in heredes de quo in § 1. *infra de perpet. actiõ.*
Mixta pœnalis eſt, quæ datur verbi cauſa in duplũ
triplum & quadruplum, ut in hoc ſimul ſit perſecu-
tio ipſius rei quomodo verbi cauſa actio bon rapt
in *princip tit. ſeq* qua & ita eſt in quadruplum, ut
tantum triplum ſit pœna, & adeo quadruplo ſol-
to, nulla amplius ſit pro re ipſa perſecutio; quod in
actione furti ſecus eſt, per quam etiam ſi duplum
aut quadruplum exactum ſit, adhuc vindicatio aut
condictio ſupereſt, *d. leg.* 48 *&* 53. *h. tit.* idque eſt
quod in *princip huius* § ait Iuſtinianus præter pœ-
næ perſecutionem. Denique perſecutoriæ puræ
ſunt, quæ ſimplum eius quod nobis ex delicto ab-
eſt perſequuntur. Pœnales mixtas itidem non dari
in heredes conſtat, niſi quatenus ad heredes ex de-
licto pervenit: quod non tam ratione ordinarii iu-
ris quam ex æquitate receptum eſt, & ut turpe lu-
crum heredibus auferatur, quod penes eos mane-
re non debet: & nimirum ſicut ob delictum defun-
cti non teneatur, ita nec lucrum ex eo facere & ſen-
tire debent; quæ regula traditur in *leg. un. Cod. Ex
delict. defunct. leg. in heredem* 5. *de calumniat. leg.
videam* 17. *& leg. quod autem* 19. *Quod met. cauſa. leg.
ſicut* 38. *de Reg. iur.* Sed & deniq; perſecutorias ex
delicto actiones non dari in heredes (ſcilicet extra
id quod pervenit) plurimis textibus probatur, & per
multa exempla & inductionem regula conſtitui-
tur, ex textibus in *leg. ſi plures* 17. §. 1. *leg. in heredem*
26 *cũ leg ſeq. de dolo leg* 4. §. *ult. cum* 3. *ll ſeqq. de alien.
iud. mut. leg ult. Cod rerum am leg.* 7. §. *ult. in. cum leg.
ſeq de tribut or. act. leg* § § *ult. de eo per quem fact. leg.* 3.
§. *pen. ſi menſ falſ. mod leg* 2. §. *ult ne vis fiat leg.* 8. §. *ult.
de precar. leg* 1. § *ult. & leg ſeq. de vi arm.* & præcipue
inſigne exemplum eſt in actione in factum, quæ da-
tur contra falſum tutorem & quidem tantum in id
quod revera abeſt *leg.* 7. §. 2. *Quod falſ. tut.* & tamen
quia ex delicto & dolo datur, in heredes competere
negatur *leg huius* 9. §. 1. *eod. tit.* Et audet tamen hoc
loco Hottomannus ſcribere, actiones ex delictis,
quæ non ſunt perſonales, ſed rei perſecutoriæ, in
heredes dari: contra rationem iuris, quam paulo
ante dedimus; & contra tot textus, qui omnes agũt
de actionibus perſecutoriis, & ex hac unica ratio-
ne quoniam ex delicto ſunt, in heredes dari negãtur
adeo ſæpe magni quoque nominis Iuriſconſulti
turpiter & fœde errant. Sunt tamen duo quæ in er-
rorem Hottomannum induxerunt, tum exem-
plum condictionis furtivæ, quæ licet videatur eſſe
ex delicto, tamen in heredes in ſolidum datur, ut
communiſſima habet ſententia, & probatur ex *leg.*
9 *de condict furt* tum ratio qua utitur Iuriſconſul-
tus in *leg ſi pro furt.* 8. § 2. *de condict furt.* ideo etiam
teneri heredem, quia actio habeat rei perſecutionẽ:
cuius modi etiam circa L. Aquil. actionem, ratione
utitur Iuſtin. in § *his autem* 9. *infra ad L. Aquil.* Sed
enim tot textus everti non † poſſunt, per huiuſmo- 3
di argumentationem, & potius fatendum eſt, ra-
tionem illam non eſſe adæquatam, aut reſtringen-
dam ad materiam ſubjectam de condictione furti-
va, quæ revera ex delicto non eſt, ut dicemus ad §.
ſic itaque 14 *infra d. act* & eodem modo ad actionẽ
Legis Aquiliæ, cuius itidem propria eſt ratio, re-
ſtringenda argumentatio in *d.* § 9. *infra ad L. Aquil.*
Et vidit hoc etiam olim Petr. de Bellapert. & poſt e-
um *Ioh. Faber in d.* § 9 *infra ad L. Aquil* ubi ait ne-
gari non poſſe, quin ibi litera male ſedeat: (ſunt e-
ius

jus verba) & ad verba, *quæ alias tranſitura eſſet*, ſubintelligendum, *niſi deſcenderit ex delicto.* Quomodo & fatendum eſt, non eſſe adæquatam rationem in *leg. 4. § ultim. de damn inf.* Eſt alioquin illius actionis, quæ in magiſtratum ob negligentiam datur, ſpecialis ratio: vel quod non committendo ſed negligendo peccatur, ut notat *Ioh. Faber ad §. non autē infra de perp & temp. action.* vel potius, quia fingitur quaſi hæc actio vicem eius, quæ ex ſtipulatione dāni infecti contra heredem etiam promiſſoris data fuiſſet: quam cum culpa magiſtratus non habeat qui damnum paſſus eſt, merito hactenus & magiſtratus quaſi rei vices ſubire debet. Notetur etiam ſingularis caſus, quo actio pœnalis ex cauſa graviſſima, in heredem datur *leg. 2. ad L. Iul. repet.* De differentia autem in *h § ult* inter condictionem & revindicationem, agetur in §. 1. *infr. de act.* Eſt enim condictio perſonalis, quæ ut locum habeat, non neceſſe eſt ut reus rem poſſideat: quod neceſſe eſt, in actione in rem: & ſive vere ſive ficte: v. c. quod dolo poſſidere deſiit: dolus enim hactenus pro poſſeſſione eſt, ut quis inutili in rem actione conveniri poſſit: de quo ſuo loco.

AD TITULUM II.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE VI BONORVM RAptorum.

TEXTVS.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis rem alienam invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum eſt, eum improbum furem eſſe) ſed tamen propriam actionem eius delicti nomine introduxit prætor, quæ appellatur, *vi bonorum raptorum*, & eſt intra annum, quadrupli; poſt annum, ſimpli. Quæ actio utilis eſt, etiam ſi quis unam rem, licet minimam capuerit. Quadruplum autem non totum eſt pœna, ſicut in actione furti diximus: ſed in quadruplo ineſt & rei perſecutio: ut pœna tripli ſit, ſive raptor in ipſo delicto comprehendatur, ſive non. Ridiculum enim eſſet, levioris conditionis eſſe eum, qui vi rapit, quam qui clam amovet.

COMMENTARIVS.

1 *Species vis ſeu violentiæ.*
2 *Raptor tenetur etiam furti.*
3 *Ad l. 1. in pr. D. h. t & n. 5.*
4 *Cur prætor graviorem actionem propoſuerit contra furem quam in raptorem.*
6 *Ad l. 52. §. ult. de furtis.*
7 *An gravius peccet, qui palā delinquit, an qui clam.*

Alterum hoc privatum delictum eſt, Rapina, quæ fit violenter. In † genere nimirum vis 1 committitur vel imperfecte per turbationem, dum impedio, ne quis v. c. poſſeſſione & jure ſuo quiete uti poſſit, quam vim Dd. appellant turbativam, & in rebus mobilibus & immobilibus locum habet: contra quam introducta ſunt Interdicta, uti poſſidetis & utrubi: aut vis committitur perfecte: & hæc vel fit in re quavis mobili & immobili, quam metu illato, quis alium ſibi cogit tradere, quæ vocatur vis compulſiva, & vindicatur actione, quod met. cauſa, de qua proprius eſt *tit. lib 4 Digeſt.* vel in re immobili tantum, cum quis de poſſeſſione dejicitur, & res invaditur §. 1. *in f. h t.* quæ vis expulſiva dicitur, & coercetur per Interdictum *unde vi t. t. de vi & vi arm.* & per conſtitutiones, quarum mentio fit in *d. §. 1. h. t.* (de criminalibus judiciis & pœnis hic non agitur) vel denique in re mobili tantum, quæ dicitur rapi vel eripi *d.* §. 1. *inf.* & dicitur vis ablativa: ad quam coercendam ſpecialem & propriam actionem introduxit prætor *h. textu verſ. ſed tamen.* de qua *h. tit.* agitur. Ait in pr. Iuſtin.

Quod is qui rapiat res † alienas teneatur etiam 2 furti, & ita hæ actiones, furti & vi bon. rapt inter ſe concurrant. Quod aliqui hinc confirmant, quoniam definitio furti competat etiam huic delicto. Sed mihi non placet hæc ratio: ita enim furtum fuerit genus rapinæ: illæ vero imo ſpecies diſparatæ ſunt unius generis. nec proinde fieri poteſt, ut definitio vera & perfecta unius competat alteri: & omnino in definitione *tit. præced.* §. ſubintelligenda eſt differentia hæc, quod furtum clanculum fiat, ut lateat dominum: quod omnino omnes agere fures conſtat: & de furto, tamquam ſpecie diſtincta à rapina, tractatur *tit. præced.* alias dubium non eſt,

Digitized by Google

quin furtum ut genus rapinæ conſiderari poſſit: quomodo ſane *Iuſtin. in princ. huius tit* conſideraſſe videtur: dum raptorem ait teneri furti, quia utique fur ſit: cæteroquin fallacia in iſto argumento notari poſſit: quod actio furti, de qua *titul. præced.* ſignificat actionem, quæ naſcitur ex furto, qua id in ſpecie opponitur rapinæ. Itaque magis per productionem quandam actio furti contra raptorem conceſſa videtur; & id odio raptoris, ut tanto pluribus actionibus teneretur. Et cum igitur hactenus raptor pro fure habeatur, & fur manifeſtus ſit, & actione quadrupli teneatur, qui in furto deprehenſus eſt, conſequenter & raptor qui deprehenditur, ut fere ſolet ſemper, cum palam & per vim rapiat, actione furti manifeſti ut fur manifeſtus in quadruplum convenitur: quod & perſpicue probat *l. ſi vendidero* 80. *§. cum raptor* 3. *D. h. t.* ubi tamen obiicitur & ratio & textus. Ratio hæc eſt. Si contra raptorem eſt actio furti manifeſti, ergo ſupervacua & pene inepta eſt actio vi bon. rapt. ſed conſ. eſt abſurdum: neque enim prætor ſine cauſa & fruſtra actionem hanc propoſuiſſe videtur. Connexi ratio eſt, quoniam cum quiſque cenſeatur eligere actionem commodiorem & utiliorem, actio manifeſti furti utilior dupliciter eſt actione vi bon. rapt. tum quod illa eſt in quadruplum perpetua in *fin. pr. infr. de perpet. & temp. act.* hæc autem intra annum tantum quadrupli, poſtea in ſimplum eſt *h. t. verſ. & eſt intra*: tum quod illa eſt in quadruplum mere pœnalis, ita ut præter eam ſuperſit rei perſecutoria *§. ultim. tit. præc.* hæc autem eſt in quadruplum mixta, ita ut rei perſecutio & ſimplum in quadruplo inſit, & quadruplo exacto, ad rem amplius vel eius æſtimationem agi non poſſit *h. text. verſ quadruplum*. Textus qui obiicitur eſt in *l. 1. in*
3 *pr. h. t* ubi † ICtus ait, raptorem teneri furti non manifeſti: & igitur videtur actionem furti manifeſti negare: quam alias propoſuiſſet: quippe cum regulare ſit, ut raptor, quippe palam rapiens, deprehendatur. Reſponſio ad argumentum pendet ex inqui-
4 ſitione † rationis, ob quam prætor graviorem actionem propoſuerit contra furem manifeſtum, quam contra raptorem: quem tamen in *prin.* hic Iuſt appellat furem improbum: poſt ICtum in *l. 2. §. cæterum* 10. *h t. & inf. pr.* ridiculum eſſe ait, ut levioris ſit conditionis, qui palam rapit, quam qui clam amovet. Quæ Angel. Fab. & alii hic afferunt, quod raptor majori periculo ſe exponat, quod à fure cavere quis ſibi difficilius poſſit, & quod fur manifeſtus magis contemnat dominum, & quod magis certum ſit furem delinquere, & quod magis frequentia ſint furta, de quibus etiam *Iaſon. in §. ex maleficiis inf. de action. n.* 17. *&* 18. inepta ſunt. Quod Cuiac. in *tit. l. C. vi bon. rapt.* putat edictum hoc tantum in raptorem non manifeſtum conceptum fuiſſe, penitus eſt improbabile, ut edictum conceptum fuerit in caſum plane rarum: quippe regulare cum ſit, ut qui palam rapit, deprehendatur. Alii dicunt, raptorem non puniri levius, quippe qui criminali inſuper & publico judicio ex Legib. Iuliis teneatur. Sed ignorantia elenchi hæc eſt: hoc enim, ut dixi, quærimus, cur prætor, ex cuius edicto, & actio furti manifeſti, & actio vi bonor. rapt. deſcendunt, hāc fecerit mitiorem. Nec ſufficit, quod Theoph. ait, indiſtincte raptorem, etiam non deprehenſum tripli pœna affici Etenim de raptore deprehenſo quærimus. Non inepta forte conjectura erit, ſi dicamus, à prætore prius in raptores actionem conſtitutam fuiſſe, eamque ad inſtar pœnalium aliarum actionum prætoriarum & mixtam & annalem: poſtea autem introductam fuiſſe actionem in quadruplum furti manifeſti, & hanc puram pœnalem & perpetuam: non comparatione aliqua & reſpectu ad pœnam raptoris & actionem vi bon. raptorum, ſed ad pœnam graviſſimam corporalem, quæ ex L. XII. tabb. in fures manifeſtos conſtituta erat (de qua *tit. præc.*) & exiſtimaſſe prætorem, cum his furibus ſatis clementer actum, ſi pro corporali pœna, pecuniarum, quamvis graviſſimam ſuſtinerent. Quod ſi cui minus placeat hæc conjectura, dicam, prætorem, ut alibi ita hic quoq; voluiſſe, plures extare actiones, & in raptores ſpecialem & propriam; præſertim quod furti manifeſti actio, non in raptore quovis habeat locum, cum & quidam non deprehendatur, ut mox dicemus, conſtituiſſe autē mixtā hic actionem his de cauſis. 1. quia hæc ſufficiebat in raptorem non deprehenſum. 2 quia extra actionem furti omnes actiones pœnales ſunt mixtæ. 3. quoniam cum raptores etiam criminaliter judicio publico & ex conſtitutionibus teneantur, & furti manifeſti præterea actione, ſiquidem hanc priorem eſſe ſtatuamus, actionem in quadruplum mixtam ſufficere prætor putavit, nec à natura aliarum actionū pœnarum recedere voluit Deniq; & præcipue, quoniam hanc actionem, contra vim ablativam prætor videtur introduxiſſe ad inſtar & ad exemplū, actionis quod metus cauſa, qua coercetur vis compulſiva, quæ itidem & annalis & pœnalis mixta eſt *l. item ſi* 14. *§.* 1. *§. ſed & 9. & §. ſeq. Quod met. cauſa.* Simile huic eſt, quod in *l. 1. §. 2. de public.* Vlpian. licet alias provi-

proviſum fuerit contra publicanos, tamen è re putaviſſe prætorem, ſpecialiter adverſus publicanos Edictum proponere. Et in *l. 3. §. 1. naut. caup. ſtabul.* mirari Pomponium refert Ulp. cur introducta ſit prætoria actio, cùm ſint actiones civiles: & eundē reſpondiſſe, ideo id factum, ut innoteſceret, prætorem curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum. Atque hæc de argumento. Quod ad textum attinet; in *l. 1. h. t.* reſponderi aliud non
5 valeat argumentum à contrario ſenſu contra alios textus, præſertim ex centonibus, & fragmentis mutilis: vel quod mens fuerit JCti, proponere actionem furti, quæ daretur contra quemcunque raptorem; cujuſmodi eſt actio furti non manifeſti: (nec enim quiſquam prohibetur, etiam contra furem manifeſtum, actione dupli & furti nec manifeſti experiri) actio autem furti manifeſti non poteſt habere locum contra omnes raptores, poteſt enim quidam raptor non deprehendi: veluti ſi dominus metu perculſus occultet ſe, nec quemquam habeat, quem atteſtetur: in cujuſmodi terminis etiam eſt furtum non manifeſtum *l. ſi quis 7. §. 1. de furtu.* E-
6 juſque rei & raptoris non deprehenſi exemplum † proponitur à JCto in *l. ſi quis 52. §. ult. de furt.* ſi quis rapuerit ex ædibus in quibus nemo fuit: idque apertius erit, ſi quod concinnius eſt, verbis trajectis ibi legamus, *non furti manifeſti* (& eſt notandus ille textus ad hoc quoque, quod raptor deprehenſus teneatur furti manifeſti) & ipſe Iuſtin. in *f. huius textus*, proponit duplicem caſum, raptoris comprehenſi & non comprehenſi. ubi non intelligenda eſt comprehenſio realis & injecta manu detentio, ſed eo ſenſu, quo *titul. præcedenti* diximus furem manifeſtum eſſe qui in ipſo furto deprehenditur, dum ipſi acclamatur, aut coram vicinis conteſtatur dominus, rem ſibi ablatam aut ereptam eſſe: itaque rectius ſcripſiſſet Tribon. *deprehendatur.* Illud addendum, quod notant Dd. odio paganorum & Iudæorum receptum, ut ſi res eorum rapuerint Chriſtiani, duplum tantum teneantur *l. Chriſtian. 6. C. de pagan.*

Etſi quis unam rem licet minimam.] Obiicere ſolent, quod ob minimam rem non detur actio doli *l. ſi quis 9. §. ult. cum l. ſeqq. de dolo.* non minus autem hæc actio infamis eſt. Reſponderi poteſt, vel quod hoc fiat in odium raptoris, & præſertim quod ſit ſpectandus animus, non eventus: procul autem dubio animus fuit, plura rapere: vel quod (quæ vulgaris reſponſio eſt) in ordinariis cuietur etiam minimum, & quod nō debeat propterea habere impune qui deliquit. Et v. c. ſi quis feneſtras meas perfregit, & forte damnum ſaltem aliquot bonorum dedit, utique ex L. Aquilia teneri debet. Alia ratio in extraordinariis eſt, & ubi agitur de reſcindendo contractu jure civili perfecto, quod fit per actionē doli: & minus odioſus eſt, qui in contractu delinquit, quam fur aut raptor.

Ait Iuſtin. *in fin. textus*, † graviori pœna dignum 7
eſſe, qui rapit, quam qui clam amovet, & JCtus in *l. 2. § ſi in re 24 eod.* exaggerat delictū raptoris, quod fur celet ſuum delictum raptor autem publicet. Adeo apparet gravius peccare, eum qui palam delinquit, quam qui clam: auget enim delictum impudentia, & arguit hominem deſperatum quodammodo & morum plane improborum: quem delicti non pudet. Quæ certiſſima ratio eſt. Et fruſtra obiicitur, *l. nuptiam. de ritu nupt.* quoniam matrimonium contrahere eſt factum per ſe licitum, ſed fit illicitum propter perſonam cum qua contrahitur, cum qua committitur inceſtum: nec alia ratione palam contrahens & talem uxorem ducens mitius punitur, quam quia præſumitur peccaſſe ignorantia Iuris: Itaque ubi ejuſmodi præſumtioni non eſt locus, & factum per ſe turpe eſt, ſemper gravius peccatum cenſetur quod palam perpetratur, quod etiam nocet exemplo. Et, ſi ponas ſciviſſe contrahentem nuptias, & fœminam cognatam & nuptias illicitas eſſe, ſi palam id faciat, non punietur levius: quamquam hoc quoque ad pœnam mitigandam facere poſſit quod, modus utique, nimirum ducendi publica aut alias conſueta ſolemnitate, honeſtus eſt, & vide de hoc etiam Iaſonem in *§. ex maleficiis 18. inf. de action n. 20. & quos ibi allegat.*

TEXTVS.

1. Quia tamen ita competit hæc actio, ſi dolo malo quis rapuerit: qui aliquo errore ductus, rem ſuam eſſe exiſtimans, & imprudens iuris, eo animo rapuerit, quaſi domino liceat, etiam per vim rem ſuam auferre à poſſeſſoribus, abſolui debet. Cui ſcilicet conveniens eſt, nec furti teneri eum qui hoc eodem animo rapuerit. Sed ne dum excogitentur talia, inveniatur via, per quam impune raptores ſuam exerceant avaritiam, melius pro hac parte conſtitutionibus Divalibus proſpectum

eſt, ut nemini liceat rapere vel rem mobilem, vel ſe moventem, licet ſuam eandẽ rem exiſtimet: ſed ſi quis contra ſtatuta principum fecerit, rei quidem ſuæ dominio cadere: ſin autem aliena res ſit, poſt reſtitutionem ejus, etiam ejuſdem rei æſtimationem præſtare. Quod non ſolum in mobilibus rebus quæ rapi poſſunt, conſtitutiones obtinere cenſuerunt, ſed etiam invaſionibus, quæ circa res ſoli fiunt: ut hac cauſa ab omni rapina homines abſtineant.

Commentarius.

DOcet Iuſtin. hanc actionem contra quoſcunque raptores non ſuffeciſſe: non contra eum qui rapuit rem propriam, quia hic careat dolo. An vero non ſatis doli eſt, improbo more per vim rem quamvis ſuam abſtuliſſe? ſed nimirum videtur eadem hactenus natura eſſe rapinæ & furti: ut utrumque requirat, animum lucri faciendi, quo caret, qui rem ſuam rapit: ita tamen, quod omnino addendum eſt, ſi labitur imprudentia juris, & putet licitum eſſe, quocunque modo rem ſuam ab aliis poſſeſſorib. auferre: ut hic recte additum eſt à Triboniano: & ſecundum hoc explicandum & ſupplẽdum, quod eſt in *l. 2. § hac actione* 18. *h. t.* eum demũ teneri qui dolum malum adhibuit, & ideo non teneri, qui rapuit rem ſuam Et vulgo traditur, quod quævis, & pene etiam fatua cauſa excuſet à dolo Et juris error non prodeſt quidem ut lucrum adferat, *l. 7. & 8. de iuris & fact. ign.* non tamen etiam nocet, ut quis rem ſuam amittat, tantũ ab eſt, ut in gravem pœnam incurrat, & famoſo judicio cõveniatur Sed quoniam grave exemplo eſt, per vim res rapi, & in hoc ipſo quidam dolus, & improbum factum verſatur, maxime ut malitiis hominum, & prætextibus hujuſmodi improbis occurreretur, cum pene etiam ipſa ratio juris naturalis dictet, non violentis ſed legitimis remediis & actionibus publice propoſitis utendum eſſe: (ut hic minime ſit ſola ignorantia juris, aut tantum juris poſitivi) ideo ceſſante actione hac Impp. aliam pœnam contra raptores, vel invaſores rerum propriarum introduxerunt, *h. §* & *l. ſi quis 7. C. unde vi.* Putant autem quidam & inter hos Platea hic, huic conſtitutionum pœnæ tantum eſſe locum, ſi quis rem ſuam eripiat vero poſſeſſori, non ſi v. c. commodans aut deponens eam eripiat commodatario aut depoſitario. A quib diſſentio: ne alias, ceſſante etiam actione vi bon. rapt. omnis civilis actio negetur: & ſimpliciter loquũtur textus de eo qui rem ſuam rapit: nec captandum eſt verbũ *poſſeſſoribus*, quo generalius uti exiſtimo textum, ut quicunq; rem tenent, ſignificentur; poſſeſſio enim ſola non multum facit, ut tanto magis quis debeat teneri; quamvis ſane cum depoſitarius nullum jus nec uſum quidem habeat, difficilius videatur huic pœnæ locus eſſe: ſed de conductore & commodatario, qui uſum rei habent, non dubitem adfirmare: quibus etiam actionem furti contra ipſum dominum competere, ad *tit prac.* defendeudo.

Textus.

2. Sane in hac actione non utique exſpectatur, rem in bonis actoris eſſe: nam ſive in bonis ſive non, ſi tamen ſit ex bonis, locũ hæc actio habebit. Quare ſive locata, ſive commodata, ſive etiam pignorata, ſive depoſita ſit res apud Titium, ut interſit ejus eam rem per vim non auferri, (veluti ſi in depoſita re culpam quoq; promiſit) ſive bona fide poſſideat, ſive uſumfructũ quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut ejus interſit non rapi, dicendum eſt, competere ei hanc actionem; non ut dominiũ accipiat, ſed illud ſolum, quod ex bonis ejus, qui rapinam paſſus eſt, id eſt, quod ex ſubſtantia ejus proponatur eſſe ablatũ. Et generaliter dicendum eſt, ex quib. cauſis furti actio competit in re clam facta, ex iiſdem cauſis habere omnes hanc actionem.

Commentarius.

1 *Quid ſit rem eſſe in bonis aut ex bonis.*
2 *An commodatario competat hæc actio.*
3 *Ad* l. 2. §. 22 h. t.

TRactatur, quib. competat hæc actio: Nimirum iis in quorum & ex quorum bonis eſt res, quã aliquis rapuit. Et videndum hic adeo, quid ſit rem eſſe in bonis, aut ex bonis. Et vulgo conſtat, olim fuiſſe duplicis generis dominium Quiritarium & Bonitarium. Illud erat, quod propriis & ſpecialiter jure civili introductis modis erat quæſitum, veluti mancipatione, in jure ceſſione &c. qui referuntur ab *Ulp.*

Digitized by Google

ab *Vlp. tit. de domin.* 19. Bonitarium, quod ſimplicibus juris gentium modis licet juſto titulo, & v. c. per ſimplicem traditionem translatum erat, ut idē docet *Vlp. tit.* 1. §. *qui tantum* 11. Et ita res adquiſita non tam in dominio quam in bonis eſſe dicebatur *d.* §. 12. eoque ſenſu in *l. electio* 26. *inf. de noxalib. act.* ſervus juſſu prætoris ductus dicitur eſſe in bonis ejus qui duxit: itidem hoc ſenſu bonorum poſſeſſores, quos prætor tuebatur, non erant Quiritium jure domini, ſed tantum in bonis rem habebant. Generalius autem in bonis eſſe dicitur, quod etiam jure Quiritium noſtrum eſt, id enim vel maxime eſt in bonis, modo non ſit nudum jus & dominium Quiritarium. Utique enim vel maxime, ſi res per mancipationem aut ceſſionem in jure mihi tradita, aut adquiſita per uſucapionem mihi erepta ſit, hæc actio locum habebit. Itaque adſentiri non poſſum Hottomanno, qui hic & in *l.* 2. §. *in hac* 22. *eod.* verba *in bonis*, in ſpecie accepit, quaſi ſignificent rem non eſſe noſtram jure Quiritium: neque enim credi poteſt omiſſas res, quæ maxime noſtræ ſunt & pro quibus raptis vel maxime competit hæc actio. Ita quoque contra quam idem Hottoman. putat, latius exiſtimo ſumi verba *in bonis* in *leg. rem in* 52 *de adq. rer. dom. l. bonorum* 49. *de verb. ſign.* ſiquidem ibi in bonis eſſe ea dicit JCtus, quæ ſunt in dominio noſtro: & civiliter intelligit eſſe in bonis, quæ ita noſtra ſunt, ut eorum nomine ad reſtituendum teneamur, veluti qui rem ſtipulanti promiſit, hoc ſenſu civiliter in bonis rem habere dicitur: & quiſquis mutuum accepit: quod alio reſpectu æs alienum dicitur, naturaliter autem in bonis eo ſenſu ſunt, quæ deducto ære alieno ſuperſunt. Difficilius explicatu eſt, quid ſit *Eſſe ex bonis*. Et aliquando hoc ſignificare idem, quod in bonis ex *l.* 1. *de uſu & uſufr. leg* probatur: ubi cum JCtus negaſſet uſumfructum ſervitutis poſſe legari: objicit, quod SCto ſit permiſſum legare eorum uſumfructum omnium quæ in bonis ſunt: & reſpondet ſervitutem nec ex bonis, nec extra bona eſſe: quæ reſponſio aperte implicat, idem ſignificare ibi, *in bonis*, & *ex bonis*. de quo & vera explicatione *d. l.* 1 *diximus ad princ. ſup de uſufr.* Quoniam autem hic & in *l.* 2. §. 22. *eod. in bonis* & *ex bonis* inter ſe opponuntur, ita ut hæc negentur eſſe in bonis, poterit ſpecialiter hic *ex bonis eſſe* ſignificare ea, quæ ita penes nos habemus, ut eorum periculum & cuſtodia ad nos pertineat, ita ut nomine eorum ſi rapta fuerint, domino teneamur: & ut ita quæ actionis furti, eadem ſit ratio hujus actionis, juxta tradita ad §. *furti* 13. *cum ſeqq. titul. præced.* & ita in ſumma ex bonis eſſe dicantur, quæ (ex hac cauſa quam diximus) intereſt noſtra non eripi nobis: quæ eadem ratio facit, ut quoque non dominis detur actio furti: quo pertinet, quod in *fin.* §. generaliter definitur & in *l.* 2. §. *& generaliter* 22 *eod.* ex iiſdem cauſis actionem furti & bonorum raptorum competere: excepto eo quod ut monuimus ad § *ſed is* 17. *titul. præcedenti*, depoſitario qui ex pacto cuſtodiam debet, actio bon. rapt. non etiam furti, datur: idque de depoſitario attingitur hoc §. *in verſ ſive depoſita*. Sed an igitur ea quoque ex bonis ſunt, quæ bona fide poſſidentur: hæc enim *h.* §. cum rebus aliis quæ ex bonis ſunt, & vid. locatis commodatis, pignoratis, depoſitis, coniunguntur. Fatendum erit aut Iuſtinianum confuſim exempla proponere eorum, quæ in bonis & ex bonis ſunt aut parum ſubtiliter, & craſſa Minerva eſſe locutum: nimis enim alias inepta eſſet comparatio rerum depoſitarum & commodatarum, cum iis quas bona fide poſſidemus, quas uſucapiendo noſtras pleno jure facimus, & pro quibus, (extra caſum ſi cum domino res ſit) & exceptionem & amiſſa poſſeſſione actionem habemus: & quæ adeo recte ſub eorum claſſem referuntur, quæ ſunt in bonis, juxta *leg. rem in bonis* 25. *de adq rer. dom.* Inſuper illud de re commodata dubium habet ex nova conſtitutione in *l. ult. Cod. de furt. & §. qua de fullone* 16. *tit prac.* nam cum eadem dicatur eſſe ratio actionis furti & vi bon. rapt. re commodata † furto ſublata domino 2 electio datur, an furti an commodati agere velit. An igitur & hic eandem limitationem adhibemus, & tum demum commodatario actionem vi bon. rapt. damus, ſi dominus contra ipſum egerit commodati? an quia injuria major infertur per rapinam in commodatario hic nihil mutatum dicimus, & conſtitutionem Iuſtinian. in *d. l. ult. Cod. de furt.* ad furtum reſtringimus? Id equidem in medium relinquo: & poſſit hæc videri deſcripſiſſe Tribonianus ex veteri JCto, & ut apparet, omnino ex *l.* 2. § *in hac* 22. *vi bonis raptor.* parum memor novæ conſtitutionis, quam ſuper hac re emiſit: quod ego, ut dixi relinquo in medio. Sed quod ſequitur apud Iuſtinianum, explicationis difficilioris mihi eſſe videtur: de quo quia à nemine explicatur, ſententiam meam proponam & judicium Lectori relinquam. Ait in *verſ. non ut dominium*, hanc actionem iis quorum intereſt dari, non ut dominium accipiant; ſed illud ſolum, quod ex bonis

bonis eorum qui rapinam paſſi ſunt, id eſt, quod ex eorum ſubſtantia ablatum eſſe proponatur. At quin primo abſurde & inepte moneri videtur, hanc actionem competere ei cujus intereſt, & verbi cauſa conductori, commodatario &c. non ut accipiant dominium. Quis enim de hoc dubitet, dominium eos per hanc actionem conſequi non poſſe: ſiquidē iſtud ad domini manifeſtam injuriam pertineret: & utique hac actione non de rei dominio, ſed de pœna quadrupli agitur, ſecundo illud perſpicue falſum eſt, hac actione conſequi actorem tantum illud quod ex ſubſtantia & bonis ejus eſſe ablatum proponatur: cum utique hanc actionem conſtet eſſe pœnalem & in quadruplum. Hæc abſurda ut evitent Interpp. hunc ſenſum tribuunt verbis Iuſtiniani, quod his caſibus, quibus agit, qui dominus non eſt, & cujus ſaltem intereſt, habeatur ratio non tam ipſius rei, quam potius juris, quod quis in re habuit, & ſcilicet non illius aut æſtimationis integræ, ſed hujus tantum æſtimati quadruplum conſequatur. Sed hæc ſententia & explicatio. tum nimium abit à verbis textus, tum etiam falſum eſt, quod hi quorum intereſt, ſi hac actione experiantur, tantum juris ſui quod habuerunt, non ipſius rei raptæ quadruplum conſequantur. Cum enim dominus ipſe cujus non intereſt, agere non poſſit, abſurdum ſit, in eadem violentia raptoris meliorem eſſe, conditionem, ut levi omnino pœna defungatur. Et probavimus ſupra ad §. *furti* 13. *tit. præced.* eos quorum intereſt, ſi furti agant, conſequi quadruplum ipſius rei & veri precij: quæ argumenta ibi late propoſita idem in actione bon. rapt. obtinere evincunt. Et alia igitur interpretatio eſt ad hunc locum quærenda, & nimirum ex *l.* 1. §. *in hac* 22. *h. t.* ex quo hunc
3 † apparet textum, ſed forte non ſatis caute eſſe deſcriptū. Ulpian. verba ibi ita ſe habent: *dicēdum eſt, competere mihi hanc actionem, ut non dominium accipiamus, ſed illud ſolum, ex bonis meis. hoc eſt ex ſubſtantia mea res ablata eſſe proponatur.* Quę verba recipere poſſunt duplicem ſignificationem, primo quod non tantum domino & ei cujus in bonis res eſt, de quo agit Ulp. in *pr.* §. ſed etiam aliis, ex quorum bonis res eſſe dicitur, actio hæc competat, ſecundo & rectius referri iſta verba poſſunt ad agendi formulā, quod ſcilicet hi ad quos cuſtodia rei pertinet, & qui ob hoc ſolum hanc actionem habent, quod eorum interſit, hoc ipſum ita intendere, & jus quod habuerunt, & rem ex bonis ipſorum ablatam eſſe, proponere debeant: ex quo minime infertur, quod tantum intereſſe eorum quadruplentur. Et facit quod Ulpianus cum utatur numero ſingulari, *competere hanc actionem,* ſubiicit numero plurali, *ut non accipiamus,* id eſt, ut non intelligamus, ita agendum, quaſi iure dominii agam, ſed tantum ut proponam, ex ſubſtantia mea rem mihi ablatam: verbis *ex ſubſtantia,* paulo largius acceptis: quod cum ego conveniri poſſim à domino ad præſtandam æſtimationem rei ex bonis & ſubſtantia mea ipſa quoque res videatur mihi quodammodo eſſe ſubrepta. Hanc explicationem commode patiuntur verba Ulpiani: ſed vix verba Triboniani *h.* §. quem quam plurimis locis lapſum eſſe incuria, plurimi jam annotaverunt. Sed judicium Lectori permitto

---

Ad Titulum III.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE LEGE AQVILIA.

TEXTUS.

Damni iniuriæ actio conſtituitur per Legem Aquiliam. Cuius primo capite cautum eſt, ut ſi quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero ſit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur. Quod autem non præciſe de quadrupede, ſed ea tantum quæ eſt pecudum numero, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris beſtiis, neque de canibus cautum intelligamus, ſed de iis tantum, quæ dicuntur proprie paſci gregatim: quales ſunt, equi, muli, aſini, oves, boves, capræ. De ſuibus quoque idem placuit: nam & ſues pecudum appellatione continentur, quia hi gregatim paſcuntur. Sic denique & Homer. in Odyſſea ait, ſicut Ælius Martianus in ſuis Inſtitutionibus refert.

Δήεις τόν γε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Com-

Commentarius.

Tertia hæc ſpecies privati delicti eſt, Damnum injuria datum. Damnum alias in genere ſignificat diminutionem quandam patrimonii: hic in ſpecie damnum quod poſitum eſt in corruptione rei: qua re diſtinguitur à furto & rapina, per delicta utique alias etiam damnum infertur. Sed & hoc amplius; quod hæc delicta non ſunt ſine dolo, at damnum injuria datum, ut hoc tit. ſumitur, etiam leviſſima culpa ſatis eſt, de quo poſt dicemus. Atq; hoc damnum vindicatur L. Aquil. quam Plebiſcitum eſſe ait JCtus in *l. 1. h. t.* ſed quando latum & à quo Aquilio Tribuno plebis, Ant. Auguſtinus, Hottom. & alij ignorare ſe fatentur. Huius Legis primum caput hic proponitur: & *1.* objectum, tum pœna, & quid in actionem veniat. Objectum ſunt ſervi & quadrupedes, & hi quidem occiſi: nam & primo loquendum fuit de damno graviori, & de objecto digniori, cujuſmodi ſunt ſervi, & his exæquatæ pecudes: *l. 2. h. t.* quoniam hic tantum agitur de diminutione patrimonij & actione civili; ceteroquin plurimum intereſt: quod qui ſervum occidit etiam publico L. Corneliæ judicio accuſari poteſt *§. liberum 11. h. t.* Quadrupes autem intelligitur non quævis, ſed quæ pecudum numero eſt *h text.* itaq; probo ut cum Hottom. in *l. 2 in pr. h. t.* legamus *quadrupedem ve* (alias vel) *pecudem.* Pecudum appellatio alias generalior eſt, Lucret. lib 1.

Inde feræ pecudes perſultant pabula læta.

Virgil. lib. 1. Æneid.

Ignavum, fucos, pecus à præſepibus arcent.

Et idem Lucretius de piſcibus lib. 2.

——mutæq; natantes

Squammigeræ pecudes.

Hic autem pecudes ſignificant quadrupedes, quæ gregatim paſcuntur, & hominibus ſui natura utilitatem præbent. At cur de ſuibus dubitatum fecit? *l. 2. §. 1 h. t.* An quia ceteræ onera geſtãdo, lacte, lana &c. inſerviunt hominibus: an quia, ut Hottom. ſues nõ perinde ut aliæ, graminibus & viridibus pabulis paſcuntur: quamquã neutra harũ rationũ ſatis cõcludere videtur. Quid ſi quis bipedẽ occiderit? an dam⁹ utilem actionẽ L. Aquil. ex primo capite, ſicut cum bipes damnum dedit *l. 4. ſi quadrup. paup.* an, ꝙ magis eſt, hic caſus ad tertium caput pertinet: ut docet *§. capite 13. inf. h. t.* ſicut & ille quo quis quadrupedẽ non pecudẽ occidit. Hæc de objecto primi capitis, pœna eſt, ut tãti teneatur, quãti res toto eo anno retro plurimi fuit, de quo pleni⁹ in *§. his a. 9. infr. h. t.*

Textus.

1. Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaq; qui latronem inſidiantẽ occiderit, non tenetur: utiq; ſi aliter periculum effugere non poteſt. Ac ne is quidẽ hac lege tenetur, qui caſu occidit, ſi modo culpa ejus nulla inveniatur: nam alioquin non minus ex dolo, quam ex culpa quiſque hac lege tenetur.

Commentarius.

Per Legem Aquiliam vindicatur damnum injuria datum. Ubi non ſignificatur aliquid factũ per contumeliã, ut injuriæ verbum uſurpatur *titu: ſeq.* ſed aliquid non jure factum: ſed nec neceſſum eſt ex propoſito maligno & dolo factum, ſed competit hæc actio, ſi modo quacunq; ẽt leviſſima culpa damnũ datũ ſit *l. in lege 44. h. t h. text. in fin.* & exẽpla *text. ſeqq* perſpicue oſtendunt. Eſtq; hoc ſpeciale in hoc unico delicto, ut non opus ſit adeſſe dolũ: qua de cauſa etiam hæc actio non revera ad pœnam aliquam, duplum vel triplum ſed tantum ad æſtimationem & intereſſe perſequendum comparata eſt. Et hinc quia culpa per injuriam damnum datum eſſe oportet, duplicis generis facta impunita omnino ſunt. 1. quæ licet ex propoſito, jure tamen fiunt, veluti ſi quis defendendi ſui cauſa, ſervum alienum ſibi inſidiantem occidat *h. text.* Jure enim hoc permiſſum eſt pro defenſione vitæ ſuæ, aggreſſorem occidere *l. 3. de juſt. & iur. l. ſed & ſi 5 l. ſcientiam 45. § pen h. tit.* Dixi, *ſervum alienum*, nã ad ſervum occiſum pertinet L. Aquilia, *in pr. h. t.* nec enim æſtimatio ex hac L. in corpus liberum cadit: utili tamen actione ex L. Aquilia locus eſſe poteſt pro impenſis & operis ceſſantibus, quo pertinet *l. liber. 13 in pr. h. t.* Deinde impunita per L. Aquil. quoque ſunt facta, q̃ ſine culpa caſu fortuito accidunt *h. tex. in f.* ſive ſit caſus fortuitus ex ſe, ſive ex loci, perſonæ & aliis circumſtantiis pro tali habeatur ut *ſeqq. §§.* oſtenditur. Culpam omnino abeſſe neceſſe eſt: ceteroquin non minus ex culpa quam ex dolo quis hac lege tenetur: quomodo ſcribendum erat *h. t. extremo*: pro quo per trajectionem ſcriptum, *non minus ex dolo quam ex culpa*, minus enim dubitari poterat, quin ob dolum huic actioni eſſet locus: quod etiam dicere malim, quam Hottom. *minus* hic eſſe poſitum pro *magis*: quamvis & Accur. *non minus*

explicat, ***non plus***, qui tamen magis probat, ut dicamus converſum eſſe ordinem ſcripturæ: ſicut & in *l.7.§.pactorum 8.verſ.utrum de pactis.* Tractare autem *h.t.* materiam defenſionis, quatenus quis alium invaſorem aut etiam furem repellere & occidere poſſit, quod plerique hic faciunt, extra propoſitum eſt.

TEXTUS.

2. Itaque ſi quis dum jaculis ludit, vel exercitatur, tranſeuntem ſervum tuum trajecerit, diſtinguitur. Nam ſi à milite id in eo campo, ubi ſolitum eſt, exercitare admiſſum eſt, nulla culpa ejus intelligitur: ſi alius tale quid admiſerit, culpæ reus eſt. Idem juris eſt de milite, ſi in alio loco, quã qui militibus ad exercitandum deſtinatus eſt, id admiſerit. Item ſi putator ex arbore ramo dejecto, ſervum tuum tranſeuntem occiderit, ſi prope viam publicã, aut vicinalem id factum eſt, neque proclamavit, ut caſus evitari poſſet, eſt reus culpæ: ſed ſi proclamavit, nec ille curavit præcavere, putator eſt extra culpam. Atque extra culpam eſſe intelligitur, ſi ſeorſum à via forte vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat verſandi. Præterea ſi medicus qui ſervum tuum ſecuit, dereliquerit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit ſervus, culpæ reus erit. Imperitia culpæ quoq; annumeratur: veluti ſi medicus ideo ſervũ tuũ occiderit, quia male eum ſecuerit, aut perperam ei medicamentum dederit. Impetu quoq; mularum, quas retinere non potuit propter imperitiam, ſi ſervus ſuus oppreſſus fuerit, culpæ reus eſt mulio. Sed & ſi propter infirmitatem eas retinere non potuerit, cum alius firmior eas retinere potuiſſet, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum vehere-tur equo, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam ſuam retinere non potuerit.

COMMENTARIUS.

Varia ſunt exempla factorum citra dolum, per ſolam & eam fere leviſſimam culpam, quæ tamen per L. Aquil vindicantur: quoniam potior eſt cauſa ejus qui damnum paſſus eſt, cui id ut reſarciatur æquum eſt, ubi aliqua ſaltem culpæ facientis adeſt: neque enim de pœna, ſed damni tantum æſtimatione in hac actione quæritur. Sunt omnia fere perſpicua, ideoque paucis percurremus. Ait

Si quis dum jaculis ludit.] Circumſtantiæ duæ faciunt ut omnis culpa abeſſe intelligatur, loci, huic fini deſtinati, & perſonæ, cujus eſt in eo loco exerceri, ibi *à milite in eo campo*. Si alterutrum abſit, qui damnum dedit, erit culpæ reus, quæ pene videtur eſſe leviſſima, cum ad damnum dandum directa non fuerit ad *d l.9. §. ult. h.t.*

Si putator ex arbore.] Putare arborem factum plane licitum eſt: ſed in dejiciendo ramo amputato poteſt eſſe culpa: Id æſtimatur ex loco in quo putatur arbor & ramus dejicitur: ut ſi ſit ita privatus, ut alteri in eo jus verſandi non ſit, non teneatur qui dejecit, cum exiſtimare aut divinare non poſſet, illac aliquem tranſiturum: ſi autem talis ſit locus, per quem alij tranſire ſolebant, & jure poterant, teneatur actione L. Aquil qui dejiciendo ramum, damnum dedit, niſi mature, ut tranſiturus caveret ſibi proclamavarit. *h. text. & leg ſi putator 31. ad L. Aquil.*

Præterea ſi medicus.] Hæc ſane plus quam leviſſima culpa eſt, & vere culpa negligere curationem ſervi quam quis ſemel ſuſcepit: ideoque vel maxime tenebitur *h. text & l. 8 eod.*

Imperitia quoq;.] Imperitia alicuius rei per ſe culpa nõ eſt, neq; enim omnes omnia ſcire poſſunt: ſed eſt culpa in eo qui profitetur peritiam, & pro artifice ſe gerit; hic enim imperitia facit culpam *h. text. & l imperitia 174. de R. I.* quod docet JCtus in *l. ſi quis 9. §. pen. in f. Locati.* ubi rationem hãc reddit, cur imperitia in culpa ſit, quoniam, inquit, ut artifex conduxit; adde *l ſi ſervus 27. § ſi calicem 29. h.t.* Et in terminis hujus §. de medico *l qua act. 7. §. ult. cum l. ſeq in pr. eod.* Quod Hott. hic addit de JCto male cõſulente *inf. tit. 5. de oblig. quaſi ex del.* videbimus.

Impetu quoq; mularum.] Cohæret cũ præcedd. quod de imperitia ait. Quod a. addit de infirmitate, apertiſſime arguit, leviſſimam quoq; culpam in hoc judicium venire: & eſt nimirũ iſta culpa, ubi alius firmior

mior eas retinete potuiſſet: protſus ut ſup. diximus ad § *item is. de oblig. qua re contr. & ad* §. 1. *ſup. de obl. quaſi ex cont* leviſſimam culpam, ubi quis non præſtat ea, quæ diligentiſſimus alius præſtare potuiſſet. Adeo & hic nō tenebitur mulio, ſi ipſe firmo robore fuit, nec quiſquā firmius mulas cōtinere potuerit, & illæ damnū tamen dederunt, *idem in l.* 8. §. 1. *h. t.*

TEXTVS.

3. His autem verbis Legis, quanti id eo in anno plurimi fuerit, illa ſententia exprimitur: ut ſi quis hominem tuum, qui hodie claudus aut mancus, aut luſcus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut precioſus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erat, ſed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditū eſt, hui⁹ Legis actionem eſſe pœnalē: quia non ſolū tāti quiſq; obligatur, quantū damni dederit, ſed aliquando longe pluris. Ideoque conſtat in heredem eam actionem non tranſire, quę tranſitura fuiſſet, ſi ultra damnum numquam lis æſtimaretur.

COMMENTARIUS.

1 *Quod ipſius corporis læſi æſtimatio veniat contra Hottoman*

2 *Actio hæc cur non detur in heredes.*

3 *Actiones ex delicto perſecutoriæ an tranſeant contra heredes.*

IN hanc actionem venit æſtimatio damni dati, & quanti res toto anno retro à tempore dati dāni plurimi fuit in *pr. h. t.* id quale ſit & cujuſmodi hoc § plenius explicatur ſubjecto exemplo hominis occiſi, cum claudus aut mancus, adeoque nullius pene pretii eſſet, cuius integri eo anno retro æſtimationē ſolvere reus cogitur. Et ſpectatur nimirum quanti 1 plurimi fuit ipſum corpus, quod occiſum eſt; & procul dubio errat Hottomannus, † putans nō inſri æſtimationem hujus animalis quod alius occidit, ſed quanti animalia ejuſdem generis eo anno communiter æſtimabantur, reum condemnari. Et enim L. Aquilia de ipſo corpore occiſo locuta fuit, ut patet ex verbis relatis in *pr. h. t. & in l.* 2. *in pr. eod.* quod ex exemplo à Iuſtin. hic propoſito pluſquam evidentiſſimum eſt: & alias fruſtra æſtimationis retro L. Aquilia habuiſſet rationem. Fit quidem ita, ut non ubique juſta & æquali proportione delictum coerceatur: cum eandem æſtimationē præſtet, qui animal integrum, ac qui jam mancum, ſed quod eo anno integrum fuit occidit: verum ita placuit Legiſlatori, nec ubique exacta proportio delicti & pœnæ obſervari poteſt: ceteroquin & iſtud poſſit reprehendi, quod inter eum qui culpa, & qui dolo damnum dedit, L. Aquilia non diſtinxit. Hinc vero, quia ſæpe fit, ut pluris condemnetur reus quam damni revera dedit, infert *h. §. verſ. qua ratione.* Iuſtinianus hanc actionem videri pœnalem, quoniam rei perſecutoriæ actiones, quæ pœnalibus opponuntur, non niſi id quod revera abeſt actori, perſequuntur. Et inde concludit porro in *f. §.* quod hæc actio non detur in heredes: hæc enim actionum vel maxime pœnalium qualitas eſt, ut ne dentur in heredes *l.* 1. *de privat. del l.* 2. §. *ultim. vi bon raptor.* Et quid † ſi igitur damnum qui dedit 2 moriatur actione nondum contra eum inſtituta? Sunt qui notant hunc nævum juris noſtri, cum iniquum videatur, ut damnum ſaltem mihi ab herede qui bona ejus qui damnum dedit, tenet, non reſarciatur. Sed nimirum eadem ſpecies iniquitatis in actionib omnibus ex delicto occurrit, quæ ut diximus ad § *ult ſup de furt* in heredes non competunt: & imputet ſibi, qui non ſtatim lite conteſtata actionē ſibi fecit perpetuam & in heredes porro cōtinuandam, de quo in §. 1. *inf. de perp. act.* Et ad *d. §. ult.* huius rei rationem dedimus, quod in delictis nō repræſentat heres defunctum. Non tamen abs eo ius Canonicum conſtituit, ut quatenus vires bonorum defuncti patiuntur, heres damnum in ſimplum tantum reſarcire cogatur *c. ultim. de ſepultur. c. tua nos de uſuris, & c. ſi epiſcopus cauſ.* 16. *quæſt* 6. *& Acc. in d l.* 1. *de privat. delict* heredem etiam naturaliter ad hoc obligatum putat. Sed ius civile non ultra eū obſtringit, quam ut reſtituat, quod ex ipſo delicto cum ceteris bonis ad eum pervenit. Pergit porro Iuſtin. & cum dixiſſet, hanc actionem quia pœnalis eſt, in heredes non tranſire, in extremo † ſub- 3 jicit, eam tranſituram fuiſſe, ſi numquam ultra damnū lis æſtimaretur. Diximus autem ad *d. §. ult. de furt.* ex hac ratione ſi in genere ſumatur, effici hanc ſententiam, quod actiones ex delicto quæ pœnales non ſunt, ſed rei perſecutoriæ, & in id competunt ſolum quod actori abeſt, in heredes in ſolidum trāſeant: (nam ut tranſeant in quantum pervenit, non neceſſum eſt actionem eſſe puram perſecutoriam, cum & pœnales actiones mixtæ hacteuus in heredes dentur.) Hanc autem ſententiam in *d. §.*

ult. probavimus manifeſto eſſe falſam: itaque hanc rationem reſtringendam eſſe ad ejuſmodi genus actionis, qualis eſt actio L. Aquiliæ, quæ cum competat etiam ob culpam leviſſimam citra ullam conſiderationem doli, pene ex delicto eſſe non videtur. Quin & amplius quamvis Iuſti. eam vocat pœnalē hoc § poſſit tamen per interpretationem quandam cenſeri perſecutoria: quod ſcilicet L. Aquil. quodammodo fingere videtur, hominem jam mancū, eo tempore occiſum quo integer fuit & pluris valuit, & propterea in eam æſtimationem reum voluit condemnari: cum inſuper ex accidenti hoc ſit, quod res retro pluris fuit, & poſſit etiam tempore damni dati res integra & tum plurimi eſſe.

TEXTVS.

4. Illud non ex verbis Legis, ſed ex interpretatione placuit, non ſolum per empti corporis æſtimationem habendam eſſe, ſecūdum ea quę diximus: Sed eo amplius, quidquid prǽterea peremto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti, ſi ſervum tuum heredem ab aliquo inſtitutum, ante quis occiderit, quam is juſſu tuo hereditatem adierit: nam hæreditatis quoque amiſſæ rationem habendam eſſe conſtat. Item ſi ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum qui occiderit, vel ex comœdis unus ſervus occiſus fuerit, non ſolum occiſi fit æſtimatio, ſed eo amplius computatur id quoque quanti depretiati ſunt, qui ſuperſunt.

COMMENTARIUS.

VErba Legis de æſtimatione corporis tantum locuta videntur Sed placuit ea ita accipi, ut præterea quidquid intereſſet, in hanc actionem veniret, ut late & per exempla docetur in *l. ait Lex 21. § ult. cum ll seqq. h t.* Et recte hic Hotto. ex ſcripti ambiguitate ſaltem hanc controverſiam natam eſſe ſcribit, non ex ſcripto & ſententia: quippe interrogatus Legis lator procul dubio id ſe omnino voluiſſe reſpondiſſet, & per damnum datum intellexiſſe. quidquid damni propter occiſum v. c. ſervum dominus paſſus eſſet. Ideoque probo eorum ſententiam, qui hoc quoque in directam L. Aquil. actionem venire putant, de quo ad *§. ult.* Et hinc eſt quod occiſo ſervo herede inſtituto antequam adiit hereditatem æſtimatio quoque hereditatis venit, quia propter occiſum ſervum ea mihi abeſt *h. §. verſ. veluti l. inde 23 in pr. h. t.* item ex iis quæ junctim utilitatem præſtabant, uno occiſo, debeatur æſtimatio, quanti ceteri jam ſunt minoris *h. §. in f. & l. proinde 22. § 1. eod.* ut tamen non affectionis, ſed communis valoris habeatur ratio, ut Paulus monet in *l. ſi ſervum 33. h. t.*

TEXTUS.

5. Liberum autem eſt ei cujus ſervus occiſus fuerit, & ex judicio privato Legis Aquilię damnum perſequi: & capitalis criminis eum reum facere.

COMMENTARIUS.

1 *An ex L. Aquilia poſſit agi criminaliter.*

IDem in *l inde 23. § ſi dolo 9. h t l 3. C. eod.* Neque enim tantum conſiderandum, quod in patrimonio ſervus eſt, quæ ratio facit ut domino detur civilis actio L. Aquiliæ, ſed etiam quod homo occiſus eſt, ſiquidem L. Cornelia ſimpliciter de homine occiſo loquitur: & cum judicium Legis Corneliæ publicum ſit, non tantum dominus, ſed quivis reum poſtulare poterit occiſorem ſervi: & quidem ita, ut utrumque judicium concurrat, & unum per alterum non conſumatur: ut docet *h §.* & apertius *d. l. 23. § 9.* ubi negatur per actionem L. Aquiliæ præjudicium fieri Legis Corneliæ judicio, quoniam duo diſtincta ex uno facto oriuntur delicta: & ad diverſa plane utrumque judicium tendit: alterum ad æſtimationem damni pecuniariam, alterum ad vindictam publicam: de quo forte pluribus agemus in *§. ult. inf ſi quadrup. paup* ſed quid ſi non ſervus occiſus, verum aliud animal occiſum, aut alias damnum datum ſit, an tum etiam criminaliter *ex Lege Aquilia* agi poterit, ſicut poteſt ex aliis privatis † delictis *leg. ultim. de furtis. leg. ultim de priva. delict.* Negat ſimpliciter *Ioh. Fab.* hic, quoniam ex cauſa L. Aquil. teneatur etiam qui ſine dolo per culpam deliquit Sed hæc ratio tantum particularis eſt: & non efficit, ut non poſſit criminaliter conveniri, qui dolo damnum dedit: quæ etiam ve- 1

riot

Digitized by Google

rior ſententia eſt. **An** autem civilis & criminalis actio concurrant, nec una alteram conſumat, videbimus ad *d. §. ult. inf. ſi quad. paup.*

TEXTVS.

6. Caput ſecundum Legis Aquiliæ in uſu non eſt.

COMMENTARIUS.

IDem in *l. ſi ſervus 27. §. huius 4. h. t.* poterat tamen Tribonianus, qui alibi prolixe etiam jus vetus refert, verbulo ſaltem indicaſſe, quid eo capite ſancitum fuiſſet. Conjectura inanis eſt Cujacii in *parat. h. t.* quod fuerit de interverſa utilitate.

TEXTVS.

7. Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque ſi quis ſervum vel eam quadrupedem quæ pecudum numero eſt, vulneraverit: ſive eam quadrupedẽ, quæ pecudum numero non eſt, veluti canem aut feram beſtiam, vulneraverit, aut occiderit, hoc capite actio conſtituitur. In ceteris quoq; omnib animalibus item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnũ per injuriam datum, hac parte vindicatur. Si quid enim uſtum, aut ruptum aut fractum fuerit, actio ex hoc capite cõſtituitur, quam poterat ſola rupti appellatio in omnes iſtas cauſas ſufficere: ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum eſt, unde non ſolum fracta aut uſta, ſed etiam ſciſſa & colliſa & effuſa & quoquo modo perempta, atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Deniq; reſponſum eſt, ſi quis in alienum vinum aut oleum id miſcuerit, quo bonitas naturalis vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.

COMMENTARIUS.

MAgis perſpicuus eſt hic locus, quam ut interpretatione egeat, primum caput tantum pertinet ad occiſionem, & quidem ſervi aut quadrupedis pecudis. Hoc caput vindicat damna quæ data ſunt occidendo cetera animalia, ſive quadrupedes ſint ſive bipedes, aut vulnerando etiam ſervum aut quadrupedem pecudem: & denique ad quæcunque damna rebus anima carentibus illata: quod exemplis oſtenditur hic & in *leg. ſi ſervus 27. §. tertio 5. cum multis ſeqq. & §. inquit 13. cum ſeqq. l. quemadmodum 29. §. actione 6. h. t.* & illud de vino cui quid immixtum fuit, *h. t. inf. & in d. l. 27. §. cum eo 15. eod.* oſtendit *rumpere* latius ſumptum, pro *corrumpere*, cum alias hoc caſu, nihil ruptum, uſtum, fractum aut ſciſſum ſit.

TEXTVS.

8. Illud palam eſt, ſicut ex primo capite ita demum quiſq; tenetur, ſi dolo aut culpa eius homo aut quadrupes occiſus occiſave fuerit: ita ex hoc capite de dolo aut culpa de cetero damno quemque teneri. Ex hoc capite nõ quanti in eo anno, ſed quãti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is qui damnum dederit. At nec *plurimi* verbum quidem adiicitur: Sed recte Sabino placuit, perinde æſtimationẽ habendam, ac ſi etiam hac parte plurimi verbum adiectum fuiſſet: nam plebem Romanam, quæ Aquilio Tribuno rogãte legem hanc tulit, contentam fuiſſe, quod eo verbo prima parte uſa eſſet.

COMMENTARIUS.

TRia proponuntur hoc textu. Unum in quo diſcrepet hoc caput tertiũ à primo: duo in quo cõveniat cũ primo capite. Diſcrepat à primo, quod in eo condemnatur Reus, quanti res toto anno retro plurimi fuit: ſed ex tertio, quanti triginta diebus proximis, *h. text. verſ. ex hoc & l. ſi ſervus 27. §. tertio 5. eod.* cuius differentiæ rationem reddi poſſe negavit Iohannes: ſed *Azo in ſumm. C. h. t.* relatus etiam ab *Accurſio in l. 2. h. t.* hanc eſſe putuit: quod gravius peccetur contra primum caput occidendo, quam contra ſecundum vulnerando vel corrumpendo: quæ tamen ratio non eſt perpetua: quod utrique gravius peccat, qui ſervum graviter vulnerat, aut etiam generoſum canem occidit (nam & iſtud ad tertium caput pertinet) aut gemmam pre-

tioſam corrumpit; quam qui forte oviculam aut porcellum occidit: maxime ſi illud dolo, hoc culpa, quæ pariter hac Lege coercentur, factum proponatur. Ex duobus in quibus primum caput & tertium conveniunt, alterum eſt, quod itidem in hoc dolo aut culpa damnum datum eſſe oportet, *h. textu, in prin. & l. qui occidit 30. §. ult. eod.* Alterum, quod ſicut in primo æſtimatur, quanti plurimi, ita & hic, ſcilicet diebus triginta proximis *h. text. verſ. at nec. & leg. quemadmodum 29. §. ult. eod.* uteunque hoc verbum *plurimi* in tertio capite adjectum non fuerit: quod neſcio quare dubitationem recipere dicat Hottomannus: cum utique oporteat ed certam æſtimationem referri damnum, *quæ triginta diebus fuit*, quod Lex expreſſit, nec ulla poteſt eſſe certa, niſi *plurimi*: & ex capite primo caput tertium meritiſſimo accepit hanc interpretationem, ut hic locus docet:

Ait Iuſtinianus:

Plebem Romanam.] Recte & proprie: quia plebiſcita ſanciebantur à ſola plebe, non connumeratis patritiis, de quo ſupra in §. *Lex eſt. de iur. nat.*

Rogante.] Alias interrogante; nec hoc male; nam licet proprie dicebatur rogari plebs vel populus. & Legem ſancire ſive jubere, cum ſuffragium ferret per tabellam. his verbis, *Vti rogas*, attamen illa ipſa rogatio, *Velitis, Iubeatis, Quirites, &c.* etiam interrogatio erat, quam ſequebatur reſponſio: *quo verbo interrogante.* bis uſus eſt Tribonianus in *d. §. 4. de iur. nat.* nec ipſos ICtos crediderim adeo accurate iſtud obſervaſſe, ut ſemper dicerent *rogare*, quidquid etiam ſic Hottomanno videatur.

Hanc legem tulit.] Hic quoque nimium ſuperſtitioſus eſt, imo nugatur Hottomannus, qui hoc turpe ait erratum eſſe Triboniani, aut legendum eſſe, *legem iuſſit.* & pro *uſa eſt* reponendum, *uſus eſſet.* Equidem verum eſt, quod populus ſive plebs proprie Legẽ jubere dicebatur: & quod verba ſanctionis non populus qui rogabatur, ſed qui Legis autor erat, concipiebat. Sed nimirum dum hoc conſideramus, quod à populo omnem autoritatem ſanctio & Lex habebat, perinde eſſe videtur, ac ſi populus ipſe verba Legis concepiſſet: & iniurium eſt, accurrationem eiuſmodi exigere à Tribon. cum eius tempore, plane alia eſſet Reip. forma.

TEXTVS.

9. Ceterum placuit ita demum directam ex hac Lege actionem eſſe, ſi quis præcipue corpore ſuo damnum dederit. Ideoq; in eum, qui alio modo damnum dedit, utiles actiones dari ſolent: veluti ſi quis hominem alienum, aut pecus ita incluſerit, ut fame necaretur: aut iumentum ita vehementer egerit ut rumperetur: aut in tantum pecus exagitaverit, ut præcipitaretur: aut ſi quis alieno ſervo perſuaſerit, ut in arborem aſcenderet, vel deſcenderet in puteum, & is aſcendendo vel deſcẽdendo, aut mortuus aut parte aliqua corporis læſus fuerit, utilis actio in eum datur. Sed ſi quis alienum ſervum, aut de ponte aut de ripa deiecerit in flumen, & is ſuffocatus fuerit: eo quod proiecit corpore ſuo dediſſe damnum, non difficulter intelligi poteſt: ideoque Lege ipſa Aquilia tenetur. Sed ſi non corpore damnũ fuerit datum, neq; corpus læſum fuerit, ſed alio modo alicui damnum contigerit; cum neque directa, neq; utilis actio Legis Aquiliæ ſufficiat: placuit eum qui obnoxius fuerit, actione in factum teneri: veluti ſi quis miſericordia ductus alienum ſervum compeditum ſolverit, ut fugeret.

COMMENTARIVS.

1 *Actio directa & utilis varius modis dicitur.*
2 *Actio utilis qua ſit.*
3 *Actio in factum dupliciter dicitur.*
4 *Actio utilis L. Aquilia quibus caſibus detur.*

AD intelligendum rectius hunc textum præmitto, Actionem directam, itemque utilem, non uno modo, ſed varie dici. Et 1. directa actio ea eſt, quæ opponitur contrariæ in contractibus, commodati, depoſiti, pignoris, mandati, &c. *l. ſi autem 20. de negot geſt.* juxta ſup. explicata: quæ ſignificatio ab hoc loco alieno eſt. 2. dicitur ea quæ competit ex delicto ſervi contra dominum ſcienrem, in ſolidam æſtimationẽ, & opponitur ei quæ noxalis eſt §. *omnis 5. inf. de noxal. act.* 3. eſt & dicitur ea quæ opponitur actioni præparatoriæ, veluti actioni ad exhiben-

hibendum *l.3 § ibidem 13.l.ſi quis 17.ad exhibēd.* De-
nique, quod ad explicationem noſtri §. pertinet, op-
ponitur actioni utili: quæ in genere deſcribi po-
teſt, quod ſi actio, quæ deficiente ſtricta ratione
ex æquitate conceditur: & hoc fere dupliciter 1.
2 quæ non ex † jure aliquo proprie dicta, ſed per in-
terpretationem ICtorum introducta eſt. 2. quæ ex-
preſſo etiam jure, quod æquitatem ſectatur, intro-
ducta eſt. Quod porro ius duplex eſt: prætorium
& civile Et quoniam prætor legem facere non po-
teſt, in *pr. ſup. de bon poſſeſſ. verſ. Quos autem.* ſed jure
magiſtratus & quadam tacita conniventia populo
edicta ſua proponit & defendit, ideo prætoriæ a-
ctiones, ſi conferantur cum illis quas ius civile ſtri-
ctum introduxit, omnes appellari poſſunt utiles,
ut apparet ex §. *namque 2 infr. de actionib. l. ult. Cod.
ex quib. mai. l. electio 25 §. 2. de noxal. action* quam-
vis quatenus prætorium jus conſideratur in ſe, a-
ctiones eo jure expreſſim introductæ vocari poſ-
ſent: quoniam ſunt actiones aliæ perſonæ, quæ i-
pſæ utiles dicuntur introductæ, ex interpretatio-
ne edicti prætoris, oppoſitæ his, quæ ex ipſis E-
dicti verbis deſcendunt, ut apparet ex *l nec quaſi
70. de rei vindicat. l. 1. in pr. & l ſi Titio 22 de pignor.
leg. pen. in pr. de inſtit. act l 5 § pen de conſt. poſſ* Civi-
le quoque jus aliquando expreſſis verbis actiones
utiles introduxit, non quod ad producendas actio
nes directas ex ſe alias ſatis potens non ſit: ſed quo-
niam actionibus directis non poteſt eſſe locus. Ac-
cidit hoc duplici de cauſa 1. quoniam actiones dire-
ctæ jam ſunt penes alium, a quo ex ratione juris a-
velli, & in alium transferri non poſſunt: neque a-
ctiones directæ proprio jure poſſunt eſſe apud du-
os: idque notant Iaſon & Interpp. alii in §. *omnium
in pr. inf. de actionib.* Atque hinc eſt quod his qui no-
men vel actionem emerunt, aut quibus legatum
aut donatum nomen eſt, ſunt datæ actiones utiles
les ex conſtitutionibus, (quoniam directæ penes
alios ſunt) *l 1. C. de O & A. l. ſi tum 16. in pr. de pact.
l. ult. C. quand. fiſc. vel priv.* Hinc etiam eſt, quod ex
SCto Trebelliano, (quandoquidem directæ a-
ctiones ſubſiſtunt apud heredem) in fideicommiſ-
ſarium, ſolum actiones utiles transferuntur *l filius
18. ad L. Falcid § & Neron. 4. ſup. de fideicomm. hered.*
Altera cauſa eſt, quod ſubtilis ratio juris directam
actionem impedit. Hinc quoniam ex alterius con-
ventione alteri actionem quæri ratio juris non pa-
titur, caſibus aliquibus conſtitutiones introduxe-
runt actionem utilem *l. 3. C. de donat. quæ ſub mod.*
Extra hos caſus &, ſi qui ſunt ſimiles, actiones di-
rectæ ſunt, quæ deſcendunt ex verbis Legis & ex
ſcripto: ita ut quod voluiſſe Legiſlatorem proba-
bile eſt. id ſimul ſcriptum intelligatur; adeo ut ali-
quando competere directa actio dicatur pro eo
quod verbis comprehenſum non eſt, id eſt, verbis
expreſſis. Ita Aquilius Tribunus verbis expreſ-
ſis tantum juſſit dari æſtimationem: ſed id ita ac-
ceptum fuit, ut etiam intelligeretur, quidquid ex
ea cauſa intereſſet: quoniam cum damnum ſarcire
voluerit Legiſlator, damnum eſt, quidquid ex cau-
ſa læſionis & occiſionis mihi abeſt. Quod adnota-
re ideo volui, ut intelligamus etiam pro eo quod
intereſt eſſe directam actionem L. Aquiliæ: licet
id ex interpretatione non ex verbis dicat eſſe Iuſti-
nian. in § *illud* 10. *ſup. h. t.* Sed ubi latius proceditur,
& ex ſcripto & ſententia naſcitur controverſia, &
ex mente præſumpta Legiſlatoris inducitur actio
per interpretationem, & aliquam extenſionem, ea
demum non directa, ſed utilis eſt. Hæc ut ad no-
ſtrum hunc §. accommodemus, Lex Aquilia actio-
nem propoſuit in eum qui corpore damnum daret
h § verſ ſed ſi quis l ita 51. in pr. eod quia tamen ini-
quum fuit deficere actionem, ſi quis alio modo
corpori damnum dediſſet, utilis in hunc caſum a-
ctio admiſſa fuit *h. §. verſ. ideoque* (ubi id multis ex-
emplis declaratur & illuſtratur) & porro hac defici-
ente, ubi damnum citra læſionem quoq; corporis
datum eſt, actio ſubſidiaria in factum, *hoc §. verſ. ſed
ſi non.* quæ gradatio actionum notanda eſt, directæ,
utilis & in factum, quæ & in aliis partibus juris, le-
gibus & edictis prætoriis ſubſidiaria eſſe ſolet. Si-
mul & hoc † notandum, actionem in factum dici 3
dupliciter: uno modo ſtrictius & in ſpecie pro pe-
nitus ſubſidiaria, quæ opponitur actioni utili, quæ
ex ſententia Legis per interpretationem deducitur,
ut *h* §. altero & laxius, ut omnem actionem, quæ
directa non eſt, & adeo quoque utilem compre-
hendat: quomodo & quo ſenſu actio in factum ſu-
mitur in *l. qua actione 7. §. 3. l. item ſi 9. in pr. l item
Mela 11 § ſed ſi 8. leg. quemadmodum 29. §. magiſtra-
tus in princ. h. titu.* Denique & iſtud hic obſervandū,
præter hanc cauſam actionis utilis, † quod nō cor- 4
pore in corpus damnum datum ſit, aliis quoque ca-
ſibus quibuſdam & ex aliis cauſis, & itidem verbis
L. deficientibus, ex æquitate dari utilem actionem,
1. ob qualitatem obiecti, ſi liber homo fuerit læſus
l. liber. 13 *h. t.* quo caſu, non corporis, quod nullam
recipit æſtimationem, verum operarum ceſſantium
& impenſarum ſit æſtimatio. 2. ob qualitatem per-
ſonæ, cui damnum datum eſt, ſi non ſit dominus,
ſed

ſed fidei bonæ poſſeſſor *l. item* 11 §. *ſ. d ſi* 8. *h. t.* Eſt & 3. ſingularis plane caſus ex *l. ſervum* 27. *de pignorib.* quo actio quaſi damni injuriæ, id eſt, utilis datur creditori contra dominum ipſum debitorem, qui ſervum pignoratum in fraudem creditoris corrupit: nam contra alium qui pignoratam rem corrupit, facilius creditori utilis actio datur, ut in ſpecie *l. qui occidit* 30 §. 1. *h. t.*

AD TITULUM IV. LIBRI QUARTI INſtitutionum,

DE INIVRIIS.

TEXTUS.

Generaliter iniuria dicitur omne, quod non iure fit: ſpecialiter: alias contumelia, quæ à contemnendo dicta eſt, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, ſicut in Lege Aquilia damnum iniuria datum accipitur: alias iniquitas & iniuſtitia, quam Græci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant: cum enim prætor vel judex non iure contra quem pronuntiant, iniuriam accepiſſe dicitur.

COMMENTARIUS.

1 *Diſtinctio actionum quæ non iure fiunt.*
2 *Errata Triboniani hoc loco.*

Hic locus Ethicus eſt, & paulo accuratius explicandus, & quæ hic proponit Tribonianus excutienda & ſub cenſuram ſunt vocanda. Licet enim libet libere philoſophari: neque piaculum eſt, in his rebus, quæ ex principiis aliarum diſciplinarum dependent, a Triboniano diſſentire. Humanæ actiones, quæ non jure fiunt, ex Ariſtotelis doctrina §. *Ethic.* 8. habent duplicem differentiam, & in ſpecies duas primo diſtinguuntur: quædam enim fiunt ex propoſito deliberato, ab eo qui novit & intelligit circumſtantias ſingulas, objecti, medii & finis, è quibus actionibus contrahitur vitioſus habitus, & homo dicitur improbus & iniuſtus, & proinde iſtæ actiones ἀδικήματα Ariſtoteli dicuntur, tamquam quæ profluunt ex habitu ἀδικίας: quædam vero deliberato agendi propoſito carent & deſtituuntur, & hæ rurſus ex Ariſtotelis ſententia ſubdiſtinguuntur: quod diſtinguntur quædam ab externa cauſa, quæ ſunt ἀτυχήματα infortunia & caſus fortuiti, ubi agens finem & effectum, qui ſequitur minime habet propoſitum, ſed præter eius intentionem aliud contingit: vel à cauſa externa non diſtinguntur, ſed in ipſo homine eſt principium agendi. Et hæ amplius recipiunt ſubdiviſionem: quod quædam fiunt ab eo qui omnino ignorat circumſtantias & in iis errat, & dicuntur ἁμαρτήματα in ſpecie (nam alias hæc appellatio quibuſvis iniuſtis actionibus in genere tribui poteſt) quo actiones infantum & furioſorum referri poſſunt: quædam ab eo qui aliquo modo ſcilicet circumſtantias, ſed confuſe rantum, & fiunt citra deliberationem, ſubito quodam impetu: & nimirum ex affectibus & perturbationibus animi: quibus tamen quia homo reſiſtere poteſt & debet, ideo has quoque actiones Ariſtoteles ſub ἀδικήματα & iniuſta facta refert: hac ſaltem differentia, quod ex his agens non appellatur iniuſtus, nec per eas contrahitur habitus vitioſus: quippe quas deferveſcente animi perturbatione ipſe qui fecit, improbare & pœnitentia duci ſolet.

Ex quibus † apparet, non ſemel hic peccatum 2 à Triboniano eſſe. Et primo genus *in princip.* propoſitum, *omne quod non iure fit*, ſub quo omnia omnino delicta comprehenduntur, per tres ſubjectas ſpecies non exhauritur, ſecundo actio quæ dicitur ἀδίκημα non recte explicatur à Triboniano, an de actione culpoſa, ſiquidem ſub ea, & vel maxime, quæ dolo perpetrantur, continentur. Et hinc tertio hæc appellatio non recte indiſtincte tribuitur damno dato contra Legem Aquiliam, cum ſub hoc etiam comprehendatur, quod culpa leviſſima admiſſum eſt, cuiuſmodi actio non tam ἀδίκημα quam potius ἁμάρτημα appellanda eſt, quarto magis vitioſe ἀδικία & ἀνομία explicatur de ſpeciali actu injuſtitiæ, judicis iniuſtam ſententiam ferentis: & ἀδικία, quatenus uſurpatur pro actione, nihil aliud eſt quam ἀδίκημα: cum & amplius plurimum interſit an judex dolo an ſaltem impetitia peccet: de quo ad *prin. tit. ſeq.* Et denique abuſio eſt verbi ἀδικίας, pro injuſta actione, cum hoc verbum ipſum habitum iniuſtitiæ ſignificet, qui opponitur τῇ δικαιοσύνῃ, ut paſſim & perpetuo apud *Ariſt.* 5. *Ethic.* & ineptus eſt Pacius, qui hic annotavit, per ἀδικίαν

ἀδικίαν hic ſignificari habitum iniuſtitiæ: quo ſenſu accipi hic à Triboniano perſpicue falſum eſt. Non eſt autem contrarium huic loco, quod Iuriſconſultus ait in *leg. pen. de iuſt. & iur.* prætorem etiam ius reddere, dici, cum inique decernit: nam ut ibidem explicat, id dicitur relative ad id quod prætor facere debet: vel potius, quia utiq; prætor de iure & tamquam ſuper iure decernit, & pro ſententia præſumitur.

TEXTUS.

1. Injuria autem committitur, non ſolum, cum quis pugno pulſatus aut fuſtibus cæſus, vel etiam verberatus erit: ſed & ſi cui convitium factum fuerit: ſive cuius bona quaſi debitoris, qui nihil deberet, poſſeſſa fuerint ab eo qui intelligebat, nihil eũ ſibi debere: vel ſi quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen, aut hiſtoriam ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret: ſive quis matremfam. aut prætextatum prætextatamve adſectatus fuerit, ſive cuius pudicitia attentata eſſe dicetur: & denique aliis modis plurimis admitti iniuriam manifeſtum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Ad l. 15. § h. t.*

INjuria fit vel verbis vel factis. Illud dupliciter: verbis nimirum 1. lingua nuncupatis, ut ſi cui convicium dicatur *h. §. in pr. l. 5. Cod. eod.* & in ſpecie, ſi quis blandis verbis pudicitiam alicuius attentet *h. §. verſ. ſive cuius & l. ſed eſt 9. §. ult. & l. item 15. §. appellare 15. cum ſeqq. D. eod.* quoniam ita tamquam qui perſuadeatur facile, impudicitiæ argui cenſetur. 2. verbis in ſcripturam redactis: & dicitur in ſpecie libellus vel carmen famoſum *h. §. verſ. vel ſi quis & l. un. Cod. de famoſ. libell.* Factis itidem dupliciter fit iniuria, vel in corpus moleſtiam inferendo, per verbera vel pulſationem *h. §.* vel faciendo aliquid citra corporis læſionem, quod ad infamiam alterius pertinet, cuius rei exempla referuntur in *d. leg. 15. §. ait prætor. 25. cum ſeqq. h. titul. & duo in hoc §.* ſi quis contra aliquem tamquam debitorem, cum non eſſet impetraverit immiſſionem in eius bona, cujus ita ſuggillatur fama, tamquam qui non ſit ſolvendo & non ſervet fidem: & ſi quis aliquem aſſectatus fuerit, ſive ſit puer ſive fœmina: & hæc ſive puella, ſive materfamilias: quoniam ita adſectans, arguere impudicitiæ eum videtur, quem aſſectatur, quod ad injuriam & infamiam eius pertinet, ut docet. *d. l. Item 15. §. aliud 22. h. titul.* quod tamen obtinet, ſi puella vel materfamilias veſte debita, non verbi cauſa meretricia fuerit induta, *d. leg. 15. §. ſi quis 15. h. titul.* ubi notandum † obiter mendum Florentinæ editionis, & cum vulgari in extremo §. addita negatione legendum, *injuriarum non tenetur.* Iam verba quædam textus videamus. Ait: 1

Cum quis pugno pulſatus] Hottoman. legendum cenſet: *cum quis pulſatus, aut pugno, fuſtibusve cæſus &c.* Cuiacius, *cum quis pugno, pulſatus, aut fuſtibus cæſus.* Utitur Hottomannus autoritate Iuriſconſulti in *leg. 5. § 1. h. t.* ubi ait, quod verberare ſit cum dolore cædere: pulſare, ſine dolore: ita ut videatur, *pulſare*, uſurpaſſe, pro, *impellere* aut *trudere.* Sed futile argumentum eſt: quoniam Iuſtiniani ſcopus non eſt omnes iniuriarum ſpecies, ſed tantũ exempla proponere: nec neceſſe eſt, verbum *pulſare*, ubique eodem modo accipi: & fatetur ipſe Hottomannus hanc differentiam verbi *pulſare & verberare*, non obſervari in lingua Latina: quam nec immerito confutat *Valla. 6. eleg.* 47.

Si cui convicium factum] Convicium quaſi convocium dictum ait ICtus in *l. item.* 15. §. 4. *h. t.* ita ut convicium tantum eſſe putet, quod fit cum plures voces conferuntur, & utique quod fit per vociferationem *d. l. 15. § 4. & §. feciſſe* 8. Et hoc quoque reprehendit *Valla 6. eleg.* 52. & aliunde deduci id verbum putat: conſtat plane id verbum latius uſurpari pro maledicto, ut apud *Cicer. pro Cœlio* maledictio, inquit, nihil habet propoſiti præter contumeliam: quæ ſi petulantius jactatur, convicium, ſin facetius, urbanitas nominatur: quo ſenſu & in *l. 5. C. h. t.* vox convicii uſurpatur: & paſſim reperias ICtos, pene ſubineptas notationes quaſi affectantes.

Qui intelligebat.] Iniuria enim, ut *hoc tit.* uſurpatur, non fit ſine propoſito & dolo.

Libellum aut carmen] Lege XII. Tabb. pœnam capitalem dictam, docet locus *Cicer. 4. de Republ.* quem refert *Auguſtin. 2. de Civit. Dei cap. 9.* quẽ adſcribam, quia ſimul reddit rationem pœnæ. Noſtræ XII. Tabb. cum perpaucas res capite ſanxiſſent, in his hanc quoq; ſanciendam putaverunt. Si quis car-

men condidiſſet, quod infamiam faceret flagitiũve alteri. Præclare: Iudiciis enim & magiſtratuum diſceptationibus legitimis propoſitam vitam, non poetarum ingeniis habere debemus nec, probrum audire, niſi ea Lege, ut reſponderi liceat & judicio defendere. Ex Lege Cornelia ex hac cauſa damnatum inſtabilem eſſe ait *l. 5. ſi quis 9. h. t.* ut pœnam capitalem poſtea ſublatam fuiſſe oporteat. Hodie quæ pœna ſit, oſtendit *l. un. C. de famoſ. libell.*

Matrem familias.] Latius hic ſumitur, pro quavis nupta, ſicut & paſſim: nam quam Gellius refert differentiam 18. *noct. 6. in f.* matremfam dictam quæ in manum mariti conveniſſet, & in familiam eius tranſiiſſet, ea verborum obſervantia procul dubio poſteriori ætate deſiit, cum ipſo hoc nubendi more

Prætextatus.] Prætexta etiam pueri utebantur nobiles uſque dum ſumerent togam virilem: cuius rei cauſam & originem refert *Macrob. 1. Saturn. 6.* unde prætextata ætas apud *Gell 1. noct. 23. in fi.* Crediderit quis puellas non recte dici prætextatas: ſed extat locus *Cicer. in 3. Verrina, quæ eſt de prætura urb.* Eripies igitur pupillæ togam prætextam? ubi Aſconius. Toga communis habitus fuit & marium & fœminarum. Sed prætexta, honeſtorum, toga viliorum: quod etiam circa mulieres ſervabatur.

TEXTUS.

2. Patitur autem quis iniuriam, non ſolum, per ſemetipſum, ſed etiam per liberos ſuos quos habet in poteſtate: item per uxorem ſuam, id enim magis prævaluit. Itaque ſi filiæ alicuius, quæ Titio nupta eſt, iniuriam feceris, non ſolum filiæ nomine agi tecum iniuriarum poteſt, ſed etiam nomine quoque patris & mariti. Contra autem ſi viro iniuria facta ſit, uxor iniuriarum agere non poteſt. Defendi enim uxores à viris, non viros ab uxoribus æquũ eſt: Sed & ſocer nurus nomine, cuius vir in eius poteſtate eſt iniuriarum agere poteſt. Servis autem ipſis quidem nulla injuria fieri intelligitur: ſed domino per eos fieri videtur: non tamen iiſdem modis quibus per liberos etiam & uxores, ſed ita cum quid fuerit commiſſum atrocius, & quod ad domini contumeliam aperte reſpicit: veluti ſi quis alienum ſervum atrociter verberaverit: & in hunc caſum proponitur actio. At ſi quis ſervo fecerit convicium, vel pugno eum percuſſerit, nulla in eum actio domino competit. Si communi ſervo iniuria facta ſit, æquum eſt, non pro ea parte, qua quiſque dominus eſt, æſtimationem iniuriæ fieri, ſed ex dominorum perſona, quia ipſis fit iniuria. Quod ſi uſusfructus in ſervo Titii eſt, proprietas Mævii, magis Mævio intelligitur iniuria fieri. Sed ſi libero homini, qui tibi bona fide ſervit, iniuria facta ſit, nulla tibi actio dabitur: ſed ſuo nomine is experiri poterit, niſi in contumeliam tuam pulſatus ſit, tunc enim competit & tibi iniuriarum actio. Idem ergo eſt & in ſervo alieno, bona fide tibi ſerviẽte, ut totics admittatur iniuriarum actio, quoties in tuam contumeliam iniuria ei facta ſit.

COMMENTARIUS.

1 *Servis an fiat iniuria.*
2 *Quod ſi ſervo communi facta ſit iniuria, quomodo æſtimetur ad l. 16. h. t.*
3 *De iniuria facta non plene ſervo, aut non plene noſtro ſervo.*
4 *De iniuria liberis aut uxori illata.*

HÆc conjunctim proponere volui, ut materia de perſonis per quas & in quibus alii patiuntur injuriam, methodice & ſub uno conſpectu traderetur. Iniuria alicui fit vel immediate in propria perſona: vel mediate in perſonis aliis, quarum aliæ rurſus per ſe fere ſunt incapaces iniuriæ, & eam in ſua perſona non hærentem ad alium tranſmittunt: aliquæ fere & ipſæ ſunt capaces, ut tamen per eas & aliis fiat iniuria, ita ut plurib. actionib. iniuriarum fiat locus. Ex priori genere perſonarum ſunt ſervi: de quib. h. text. *in §. ſervis autem.* docet ita Iuſtin. 1.
Quod ſervis qua ſervis † nulla intelligatur fieri in- 1
iuria hoc ſcil. effectu, ut iniuriarum actio competat, cu-

rat, cuius ratio pendet à ſtatu ſervorum, qui inſtar aliarum rerum in patrimonio habeatur, & nullum caput habent, & pro nullis habentur, & cum injuria pertineat ad imminutionem famæ, dignitatis & exiſtimationis hæc nulla ſunt in ſervis. 2. eſſe tum demum iniuriarum actionem, & hoc effectu iniuriam factam intelligi, ſi per ſervum iniuria illata ſit domino, & omnino ſi contemplatione domini injuria ſervo facta fuerit, quippe quæ ita non ſervo, ſed ipſi domino facta cenſetur *l. item* 15. § *ſi quis* 35. *h. tit.* Et ait Iuſtin tum demum actionem dari ſi quid atrocius commiſſum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini ſpectet. At ſi convicium dictum ſervo, aut is pugno ſaltem percuſſus fuerit, nullam actionem domino competere. Ex quo efficitur leviorem contumeliam etiam realem ſervo illatam, contemplatione domini illatam non videri, cæteroquin utique domino actio competeret, ſed & amplius, nec quidem atrociorem injuriam poſſe vendicari, niſi appareat, contemplatione domini, & in huius contumeliam id factum eſſe. Quod accipiendum tamen eſt de ſumma ratione iuris, ſecundum quam pro nullis habentur ſervi. Prætor autem videtur hic quoque conſideraſſe æquitatem, & quod ſervi homines quoq; ſunt, quibus etiam citra contemplationem domini & privato quodam odio, facta atrocior iniuria, impunita eſſe non debet. Quod probatur expreſſo textu *in l. item* 15. §. *prætor* 34. *h. t.* ubi ait prætor, ſe judicium daturum, ſi quis ſervum alienum contra bonos mores verberaverit: & mox *in* §. *ſeq.* licet non ad ſuggillationem domini id factum ſit, tamen ipſi ſervo factam iniuriam inultam relinqui non debere, maxime ſi verberibus vel quæſtione ipſi ſit facta iniuria. Et ſane abſurdum fuerit, inultum eſſe, ſi quid privato odio & libidine atrocius in ſervum ſit deſignatū: & *in* §. *prætor*. 43. *d. l.* 15. etiamſi non verberatus ſit ſervus, ſed alias iniuria affectus, cauſa cognita in eum judicium dandū. Et apertius *in* §. *ſeq.* 44. ſervi nomine quoque iniuriarum judicium dari: ubi verba *ſervi nomine* ſignificant non factam injuriam contemplatione domini: tunc enim ſuo nomine dominus agit, ut docet *d. l.* 15. *d.* §. *ſi quis* 35. Et *in d.* §. 44. ob qualitatem ſervi competere actionem, ita ut interesse dicat IC. an ſervus ſit frugi & v. c. diſpenſator, an nequam, quæ etiam in perſona ipſius ſervi conſideratur, non tantum domini, apertiſſime iſte locus oſtendit: cæteroquin etiam domino gravior fieri intelligitur injuria ex conditione ſervi, ut eſt *in* §. *pœna* 7. *in fin.* *infra h. t.* ubi autem adhuc modum citra contemplationem domini atrocior iniuria facta eſt ſervo, non ipſe ſervus agit, quippe qui in judicio conſiſtere non poteſt, ſed ipſe dominus vindicat & exſequitur iniuriam ſervo illatam, nomine ſervi, ut *dd. textus* oſtendunt. Et non eſſe iſtam perſecutionem criminalem aut implorationem nudam officii prætoris, iidem textus oſtendunt: tum quod prætor dicit ſe judicium daturum, quibus verbis ſignificatur ordinaria actio: tum quod ad prætorem Romanum, qui imperium merum non habebat, criminaliū judiciorum exercitio non ſpectat. Itaq; datur domino ſervi nomine civilis injuriarum actio. Atque hæc omnino ad iſtum §. ſunt addenda.

Servus aut eſt proprius aut communis, in quo eadem proportionaliter obtinent, † quæ hactenus 2
diximus, & de eo nominatim tractatur h. text. *in verſ. ſive* §. *ſi communi* 4. & nimirum de caſu, ut appàret, quo dominorum contemplatione ſervo communi facta eſt iniuria. Et ait ibi Iuſtinian. quod non partium dominicarum quas ſinguli in ſervo habent, ſed potius qualitatis & conditionis dominorum, in æſtimanda iniuria ſit habenda ratio: quoniam, ut additur, ipſis dominis facta cenſeatur injuria: variat autem injuriæ æſtimatio, ex qualitate & conditione perſonæ, cui iniuria facta eſt, ut docet §. *pœna* 7. *in fin. h. t.* & §. *atrox* 9 *verſ. vel ex perſona:* & igitur ubi ſervum iniuria facta eſt dominis, oportet, ut horum qualitas & dignitas, circa modum & quantitatem condemnationis ſpectetur. Huic tamen ſententiæ non leviter obſtat *l. ſed non* 16, *h. t.* ubi Iuriſconſultus negat æquum eſſe, ut pro maiori parte quam dominica, condemnatio fiat. Variæ ſunt reſponſiones & compoſitiones 1. Pro *non eſt æquum*, legendum eſſe, *non eſt iniquum*, quam codicum variantem lectionem Accurſ. notat. & probat *Hottoman.* 6 *obſ.* 15. Deinde, quod Accurſ. idem cenſet, textum reſtringendum ad caſum, quo utriuſque domini eadem eſt conditio: quam reſtrictionem equidem textus non admittere videtur. 3 Putat Iohan. Plat. diſtinguendum, an aperte in contumeliam domini fiat injuria, an præſumptive, i. ut hoc demum caſu procedat *d. l.* 16. *h. t.* quod & divinatorium eſt, nec rationem habet. 4. Probabilius poſſit dici, tractari *in d. l.* 16. caſum, quo non in domini contumeliam iniuria illata eſt, ſed ſervus alias atroci iniuria affectus eſt, de quo caſu agitur in *d. l.* 15. paulo ante fin. at eo caſu actionem iniuriarum domino dari paulo

ante probavimus. 5. Probabilius adhuc dici poteſt, quod *d. l.* 16. reſpiciat ad determinationem textus præcedentis *in l.* 15. §. *ult.* in quo ſcilicet eum proponatur omnibus dominis actionem iniuriarum competere; hoc explicatur ita *in l. ſeq.* 16. quod non competat ſingulis in ſolidum, ſed pro partibus, non autem hoc ibi tractari, quomodo & an portiones ex dominorum perſonis ſint æſtimandæ & faciendæ, nec adeo negari, quod conditio ſingulorum dominorum ſit inſpicienda. Denique & 6. reſponderi poteſt, concurrere poſſe utrumque, ut & dominicæ portionis habeatur ratio, & nihilominus qualitas etiam perſonarum in conſiderationem veniat: neque enim neceſſario hæc eſt ſententia *d. l.* 16. *h. t.* quoniam in caſu iniuriæ illatæ ſervo plurium dominorum, qui diverſæ ſunt cõditionis, æqualis in ſingulorum perſona (ponamus enim æquales partes dominii ſingulos habere) fiat iniuriæ æſtimatio, ſed quod non ita fiat æſtimatio, atque ſi ſervo, qui unius in ſolidum eſt, injuria illata fuiſſet: quoniam cum ad utrumque dominum iniuria ſpectare proponatur, non unius injuriam in ſolidum ſed uterque pro parte, & quisque tamen pro ſuo ſtatu & conditione, & ita inæqualiter eam æſtimabit, habita tamen proportione ad eam æſtimationem, quæ iniretur ſi ſervus unius in ſolidum fuiſſet. Et ponamus iniuriam illatam ſervo, qui in ſolidum eſt nobilis perſonæ, æſtimari centum florenis, ſed ſervo Plebeii hominis, quinquaginta florenis: ſi ſervus æquis partibus communis ſit nobilis & Plebeii: ille iniuriam ſuam quinquaginta, hic tantum XXV. florenis æſtimabit.

3 Servi aut ſunt plene ſervi noſtri, aut non plene: & hi dicuntur, tum qui communes ſunt, de quibus jam diximus, tum in quibus proprietatem nudam aut uſumfructum tantum habemus. Item ſervi vel ſunt vere noſtri, vel non vere, veluti ſervi alieni aut homines liberi quos bona fide tanquam ſervos noſtros poſſidemus. Quid igitur, ſi ſervo ſit facta injuria in quo alius proprietatem alter uſum fructum habebat? Et reſpondet Iuſtin. illi magis factam injuriam intelligi, h. text. §. *quod ſi uſusfructus* quoniam quod uſusfructus alterius eſt non facit, quo minus res tota recte mea eſſe dicatur *l. recte* 25. *de V. S.* §. 1. *in fin. ſup. de hæred. inſtit.* At quæ poteſt eſſe ratio dubitandi? cum Iuſtinian. *in* §. *ſervis autem h. text.* ſcribat, tum demum domino competere actionem, ſi aperte ad ipſius contumeliam injuria ſpectet; & ridiculum ſit dubitare an actio fructuario detur, ſi aperte contemplatione proprietarii ſit facta iniuria: ſicut ex adverſo, ſi conſtet contemplatione fructuarii injuriam factam, huic, non proprietario, datur iniuriarum actio *l. item* 15. §. *pen. h. t.* ex quo loco *d.* §. *quod ſi uſusfr. h. text.* ſupplendus eſt. Exiſtimo, Iuſtinianum in *d.* §. *ſervus autem* caſum certiorem proponere voluiſſe: poſſe autem aliquando ex circumſtantiis colligi, per ſervum alteri iniuriam factam voluiſſe qui eam intulit, quo caſu cum ſumus in dubio, potius proprietario iniuriarum actionem dabimus. Diximus autem, licet domini vel alterius contemplatione non ſit ſervo facta iniuria, ſed privato odio atrociter uſus ipſe ſervus, eſſe nihilominus actionem iniuriarum: quam ſcilicet exercebit proprietarius non fructuarius. Eadem proportionaliter ratio eſt, in libero homine & ſervo bona fide poſſeſſis: ſcilicet ut poſſeſſori detur actio, ſi eius contemplatione facta ſit iniuria: cæteroquin ipſi homini libero iniuriarũ dabitur actio *h. text. in fin.* & *l. item* 15. §. *pen. h. t.* Quod intelligendum eſſe apparet, ubi poſt iniuriam illatam dominus verus apparet, vel pro ſervo poſſeſſus vindicavit ſe in libertatem: alias enim domino adhuc ignorato, vel homini libero adhuc pro ſervo poſſeſſo, actio dari non poteſt. Ex hoc autem confirmatur, quod paulo ſuperius diſputavi, poſſe etiam citra contemplationem domini ſervo fieri iniuriam, quæ inſtituto judicio vindicetur: quoniam ubi ſervus ab alio bona fide poſſidetur, utique interim pro ſervo poſſeſſoris neceſſario habetur, & adeo iniuria ei facta non poteſt ita accipi, ac ſi vero domino tum adhuc ignorato facta eſſet, cum iniuria ex animo æſtimetur. Quod ſi igitur aliqua iniuria non cenſetur facta contemplatione poſſeſſoris, nec à poſſeſſore vindicari poteſt, per actionem iniuriarum, ſed à domino, poſtea comparente & vindicante ſervum: ſequitur neceſſario, quod iniuria quædam illata ſervo vindicetur, quæ contemplatione domini facta non eſt. quo pertinet, quod in his terminis traditur in *d. l. item* 15. §. *pen.* ſervi nomine vero domino actionem injuriarum dari. Idque apparet evidentius in homine libero pro ſervo poſſeſſo, cui ſi iniuria contemplatione poſſeſſoris illata ſit, datur huic actio: cæteroquin ipſi datur libero homini: cui tamen qua libero non poteſt dici facta iniuria eſſe, cum eius ſtatus tum ignoraretur, & ipſe pro ſervo haberetur. Hæc de primo genere perſonarum, per quas alteri ſit iniuria, & nimirum de ſervis.

Sub

Sub poſterius genus perſonarum pertinent liberi qui ſunt in poteſtate, & uxores, de quibus *in pr. hujus text.* Liberis ipſis vere quoque fit injuria, & per ipſos etiam parentibus *l. 1. §. ult. h. t.* ſed executio injuriæ non datur liberis, ſed pater & ſuo & filij nomine injuriarum agit, licet ipſi quoq; filio actio quæſita videatur, ſed quæ per ipſum, ut in aliis cauſis, acquiritur patri.

Atque ita accipiendum eſt, quod *in l. 1. §. ult. h. t.* dicitur, ipſi filiæfamilias competere actionem, quam tamen non ipſa, ſed pater exerceat, ut docet *l. ſed ſi 17. § ait prætor* 10. *cum ſeqq. h. tit.* niſi pater abſens, aut vilis perſona ſit *d. l. 17. §. filiefam.* 11 *&* §. *Interdum* 13. *h. t.* ex quo ipſo apparet actionem quodammodo ipſi filio quæſitam eſſe: itaque idem dixerim, & filium ipſum agere poſſe, ſi pater ſit præmortuus. Traduntur hæc plenius, & quod patri duæ actiones injuriarum competant; & ſi filius ultro, quid injurioſum paſſus ſit, pater ſuo nomine agere poſſit *in l. 1. §. 3. l. ſi quis 26 l pater 41. h. t. l. 2. C. eod* Tanto magis vere fit uxoribus injuria, quæ ſiquidem ſui iuris ſint, & ipſæ iniurias ſuas exſequẽtur, ſimul & mariti quibus quoque per uxores injuria facta intelligitur, *h. textum princ.* non vice verſa, ut ibidem docet Iuſtinian. uxor enim in familia, cujus caput maritus eſt: & a quo dignitatem mulier capit, & quodammodo in poteſtate mariti eſt, qui adeo ſuo quoque nomine injuriam uxori factam, tamquam ſibi ſimul illatam, exſequitur *l. 1. §. ult. l. non ſolum* 11. §. *quamquam* 7. *l. eum, qui.* 18. §. 2. *h. t.* quod & in ſponſo admiſſum fuit *l. item* 15. §. *ſponſum* 24. *h. t.* Sunt tamen quædam injuriæ, quæ marito dictæ uxorem contingunt, veluti ſi quis maritum lenonem uxoris, aut, ut loquuntur, cornutum vocet; & hic enim ipſam uxorem injuriarum agere poſſe recte ſtatuunt Dd. Hæc ita obtinẽt, in injuriarum prætoria actione. Actio autem ex Lege Cornelia ob injurias reales illatas filio, huic ſoli non etiam patri datur *l. Lex Corn. 5. §. illud 6. cum §. ſeq. h. t.* quod ita Lex Cornelia nominatim definivit: an quia hæc iniuria in ſola perſona filij hærere exiſtimata fuit? (ſunt autem & aliæ quoq; actiones, quas ipſe filiusfam. exercet *l. filiusfam. 9. de O. & A.* ubi nominatim mentio fit actionis injuriarum) an quia patri ſufficit actio injuriarum prætoria, quam & pro reali iniuria competere verius eſt; & utique in caſu filii reali iniuria affecti, competere patri expreſſum eſt in *d. l. 5. §. 6. h. t.* Ex quibus apparet, aliquando pro una iniuria pluribus oriri actionem injuriarum: quia pluribus facta eſt, & eo reſpectu plures intelliguntur injuriæ. Ita in *l. 1. §. ult. h. t.* tribus datur actio; quin & caſus eſt, ubi dabitur actio quatuor perſonis, ubi nimirum injuria facta eſt filiæfamil. quæ nupta eſt filiofamilias. Dabitur enim actio ipſi mulieri, patri eius marito ejus, & ſocero ejus, argum. *hujus text. verſ. ſed & ſocer.*

TEXTUS.

3. Pœna autem injuriarum ex L. 12. tabb. propter membrum quidem ruptum, talio erat, propter os vero fractũ, nummariæ erant pœnæ cõſtitutæ, quaſi in magna veterũ paupertate. Sed poſtea prætores ipſis permittebant, qui injuriam paſſi ſunt, eã æſtimare: ut iudex vel tanti reũ condẽnet, quanti æſtimaverit iniuriam paſſus, vel minoris, prout ei viſum fuerit. Sed pœna quidem iniuriarum, quæ ex Lege duodecim tabularum introducta eſt, in deſuetudinem abiit; quã autem prætores introduxerunt, (quæ etiam appellatur honoraria) frequentatur in judiciis. Nam ſecũdum gradum dignitatis, & vitæ honeſtatem, æſtimatio iniuriæ creſcit, aut minuitur: qui gradus condemnationis, & in ſervili perſona non immerito ſervatur: ut aliud in ſervo actore, aliud in medii actus homine, aliud in viliſſimo, vel compedito jus æſtimationis conſtituatur. Sed & Lex Corn. de iniuriis loquitur, & iniuriarum introduxit actionem: quę competit ob eã rem, quod ſe pulſatum quis verberatũve, vel domum ſuam vi introitam eſſe dicat. Domum autem accipimus, ſive quis habitet in domo propria, ſive in cõducta, ſive gratis, ſive hoſpitio receptus ſit. Atrox iniuria æſtimatur, vel ex facto, veluti ſi quis ab alio vulneratus ſit, vel fuſtibus cæſus; vel ex loco, veluti ſi cui in theatro, vel in foro, vel in cõſpectu prætoris iniuria facta ſit: vel ex perſona, veluti, ſi iniuriã magiſtratus paſſus fuerit: vel ſi ſenatori ab humili perſona facta ſit iniuria: aut parenti patrono-

ve fiat à liberis, vel libertis; aliter enim Senatoris & humilis perſonæ injuria æſtimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem iniuriam facit; veluti, ſi in oculo percuſſus quis fuerit parui autem refert, utrum patrif. an filiofamilias talis iniuria facta ſit: nam & hæc atrox iniuria æſtimabitur. In ſumma ſciẽdum eſt, de omni iniuria eũ, qui paſſus eſt, poſſe vel criminaliter agere vel civiliter. Et ſi quidẽ civiliter agatur, facta æſtimatione, ſecũdum quod dictum eſt, pœna reo imponitur. Sin autẽ criminaliter, officio iudicis rei pœna extra ordinaria irrogatur: hoc videlicet obſervando, quod Zenoniana conſtitutio introduxit, ut viri illuſtres, quique ſupra eos ſunt, poſſint & per procuratores actionem iniuriarũ criminaliter, vel perſequi, vel ſuſcipere, ſecundum eius tenorem, qui ex ipſa manifeſtius apparet.

COMMENTARIUS.

1 *Ad quid competat actio iniuriarum.*
2 *An recte in ſententia reſervatur fama.*
3 *Actio ad palinodiam.*
4 *Remedia iuris civilis.*
5 *Qualis fuerit actio ex Lege Cornelia.*
6 *An* l. 42. §. 1. de procurat. & n. 8.
7 *Edictum pratoris etiam pertinere ad iniurias reales.*

ET hunc totum locum ſimul proponere placuit, ut in univerſum de varia injuriarum pœna cõjunctim, & methodice diſſerere liceret. Et nimirum pœna iniuriarum, & remedia quibus vindicantur iniuriæ illatæ vel ſunt ex jure prætorio, vel ex jure civili. Ex jure prætorio eſt actio, qua quiſque iniuriam ſibi factam æſtimat, ita tamen, ut judex eam æſtimationem moderetur, & quantum ſibi videtur æquum in condemnationem deducat *h. text. § pœna verſ. ſed poſtea*, & hæc pœna quæ pecuniaria eſt, ipſi applicatur & adjudicatur actoris qua de cauſa hæc actio dicitur civilis *h. text. §. in ſumma* 10. *in pr.* non à cauſa efficiente eſt enim prætoria actio, ſed quatenus actio civilis hoc ſenſu opponitur actioni criminali, quod ex hac perſequimur vindictam publicam ita ut reus, vel in corpus coerceatur, vel pecuniaria pœna fiſco applicetur: ex illa autem quiſque aliquid ſibi adjudicari petit. Æſtimatio autẽ hæc fit, pro qualitate iniuriæ, quæ eſt, aut gravior & atrocior, aut levior; de qua retractatur *h. text. in §. pœna* 7. *inf. & in §. atrox* 9. *l. prætor* 7. *§. atrocem* 7. *cum ſeq. l.* 8. *&* 9. *h. t.* & docetur quod atrocitas, vel levitas æſtimetur tum ex ipſa qualitate iniuriæ in ſe, (ait æſtimari ex facto) veluti ſi quis verberibus cæſus eſt; tum ex loco in quo facta eſt, veluti in publico: (quod autem de loco vulneris in f. §. 9. affertur, ad prius, illud membrum referendũ eſt, fit enim gravior iniuria, ſi quis verbi cauſa in oculo læſus fuerit) tum præcipue ex perſonis, qua facientibus qua patientibus iniuriam, *d. §. atrox* 9. *verſ. vel ex perſona*, *l. prætor* 7. *§ atrocem* 8. *h. t.* qua in re non intereſt, an patrifam. an filiofam. ſit facta iniuria *d § atrox inf. & l. ſed eſt* 9. *§.* 2. *h. t* Eoque pertinet, quod eſt in *§. pœna in f.* ſecundum gradum dignitatis creſcere, aut minui æſtimationem iniuriæ, etiam in perſona ſervi, qui quodammodo aliquam dignitatem habet ex ordine & qualitate quam in familia domini ex ejus diſpoſitione obtinet, ut proinde per eum major & gravior iniuria domino ipſi inferri intelligatur.

Finis huius actionis & æſtimationis eſt, ut ita coerceatur petulantia convicianitis, † non autem 1
quaſi tanti æſtimetur fama, & exiſtimatio eius, qui paſſus eſt injuriam. Fama enim pecuniario precio æſtimabilis nõ eſt, ſed nec per iniurias improbi hominis fama alterius læditur revera; quæ alias nimis eſſet lubrico loco ſita, ſi conviciis cuiuſvis convelli poſſet; cum contra ejus fundamentum in honeſtate morum tum & vitæ probitate poſitum ſit. itaque nec per verba iniurioſa, nec per verbera fama alicuius tollitur, aut læditur. Et adeo revera hæc actio ad vindictam tendit eſt pœnalis & famoſa *l. prætor* 7. *in pr h. t. iuncta l. item* 15. *§. ſi quis* 46. *eod. l.* 2. *§. emancipatus* 4. *de collat bon.* (ex quo etiam eſt, quod hæc actio, † nec hæredibus datur *§. ult. inf. h. t*) fac. opti- 2
me *l auxilium* 37 *in princip. de minoribus*, quod & notat *Ioh Fab. in §. ſed & Lex h. t, l.* 1. *in prin. l.* 4. *§. ult. de his qui not infam.* quamvis frequens ſit, ut per ſententiam condemnato conſervetur fama; quod haud ſcio, an ſatis rationi juris noſtri conveniat: Equidem ut per graviorem pœnam irrogatam poſſit conſervari damnato fama, convenit iuri noſtro, *l. quid ergo* 13. *§. pen. de his, qui not. inf.* ſi autem ordinaria pœna irrogetur, id fieri vix poteſt, ſed tunc obtinet autoritas Legis *l.* 1. *§.* 4. *ad SC. Turp.*

& id

& id nominatim de actione furti cujus eadem ratio eſt, reſpondet JCtus in *l. non poterit 63. de furt.*

Porro opinione vulgi per iniurias & convicia
3 fama lædi creditur, † quod forte talis quiſque eſſe creditur, qualis dicitur, & agnoſcere injuriam, qui eam nõ vindicat, ſed inultam relinquit. Unde moribus, non autem legibus noſtris nata eſt actio ad palinodiam, qua fama læſa quodammodo reſtitui: aut redintegrari creditur. Et nihil huc pertinet, quod Hottom. ex Terentio adducit in Adelph. *Act.* 2. *Sc.* 1. ubi Leno plagis multatus ab Æſchino ita loquitur:

Novi ego veſtra hæc : Nollem factum, jusjurandum dabitur te eſſe

Indignum injuria hac:

Quæ pertinent ad expurgationem ; cujuſmodi apud Plautum in Amphitruone, ubi Jupiter falſus Amphitruo purgat ſe Alcumenæ iuramento de injuriis, quas in eam verus Amphitruo dixerat, *Act.* 3. *Sc.* 2. ubi Alcumena:

—— Ego illum, aut deſeram,

Aut ſatisfaciat mihi, atque adjuret inſuper,

Nolle eſſe dicta, quæ in me inſontem protulit.

Quod & mox fictus Amphitruo facit. Quid autem hoc ad actionem pro pal·nodia ? Hæc de actione iniuriarum ex jure prætorio.

4 Ius civile ex quo ſunt pœnæ † & remedia vindicandi iniurias, non eſt ſimplex. Antiquiſſimum eſt Lex 12. tabularum de quo iure in *pr. h. text.* Iuſtin. ex L. 12. tabularum propter membrum ruptum talionem fuiſſe ; propter os fractum nummarias pœnas fuiſſe conſtitutas. De talione illud probatur ex *Feſto in verb. Talionis, & Gellio lib.* 20. *cap.* 1. qui docet, talionem quidem imperatam, ſed non patente reo, pecuniaria pœna & multa iniuriam æſtimatam fuiſſe, ſed &, ſi Reus pactus eſſet, effugiebat pœnam talionis; ita enim cautum erat *Ni cum eo pacit, talio eſto* : quam pactionem inſubtiliter hic Hottoman inter pœnas iniuriæ per membrum ruptum illatas refert. Porro quoniam pœna L. 12. tabb. abierat in deſuetudinem, ut hic teſtatur Iuſtin. ſupervacuum putavit, accuratius de ea tangere: Ceteroquin omittendum non erat, pœnam injuriæ verbalis fuiſſe 25 aſſes, ut teſtatur *Gell. d. loco & lib.* 16. *cap.* 10. quod ſi non corruptus eſt Pauli locus ex *lib. ſingul. de iniur.* qui extat apud collatorem LL. Judaic. & Roman. oportet illam pœnam fuiſſe poſtea auctam; ita enim ibi ſcriptum eſt : Qui iniuriam alteri facit, 25 ſeſtertiorum pœnam ſubit. Seſtertius autem duorum aſſium cum dimidio, poſt quatuor aſſium fuit. Os fractum (quod & citra membri rupturam contingere poteſt) pecuniario quoq; ſed impenſiori domino vindicatum fuiſſe *Gell. d. li.* 20. *cap.* 1. teſtatur, & *h. text. in pr.* Tribon. quaſi inquit, in magna veterum paupertate, quibus verbis innuit pecuniariam eam pœnam nõ fuiſſe valde gravem ; ſed quæ tamen ad tempora illa ſatis magna videbatur ; Ceteroquin inepta fuerit ratio ; nummaria fuit conſtituta pœna, quia magna fuit paupertas veterum ; poſſet enim graviſſima pœna nũmaria conſtituta fuiſſe. Quæ autem quantitas fuerit huius pœnæ, nec Iuſtin. nec Gellius exprimunt : Videtur expreſſum fuiſſe apud Paul. *de lib. iniur.* Sed locus corruptiſſimus, quem nuper Iacob. Goth. in Notis ad LL. 12. tabb. conatus eſt reſtituere, ut intelligamus pœnam fuiſſe 300. ſeſtertiorum, ſi quis homini libero os fregiſſet. Præter membrum ruptum & os fractum reliquas reales iniurias, ut verbales punitas L. 12. tabb. fuiſſe Gellius refert. Quę procul dubio cauſa fuit, cur prætor, quod nimium pœnæ L. 12. tabb. leviores eo ſeculo auctis opibus, ei viderentur, introduxit novam actionẽ pro iniuriis vindicandis, de qua ante diximus.

Succeſſit recentius ius civile Lex Cornelia, quæ dedit actionem pro realibus injuriis quæ recenſentur hoc textu in § *ſed & Lex* 8. *ex l.* 5. *in princip. D. eod.* Et ait Iuſtinian. quod Lex Cornelia actionem introduxerit. Sed quænam actio illa fuerit, non explicat, ſunt, qui putant fuiſſe iudicium publicũ, quibus refragatur tum quod generaliter reſcriptum eſt, in *l.* 7. *C. h. t.* quæſtionem iniuriarum non publici, ſed privati iudicii eſſe, tum quod nec *ſub tit. ult.* huius lib. nec in *l.* 1. *de publ. iud.* inter ea refertur. Aut an forte iſta enumeratio perfecta non eſt ? & *d. l.* 7. *C. h. t.* refertur ad actionem prætoriam, quæ pro quibuſvis injuriis datur ; non ad iudicium L. Corneliæ, quę certas iniuriarum ſpecies coercet. Et ſane *ſub tit. de accuſ. & inſcrip.* tantum de judiciis publicis tractatur: & haud facile excuſaverit quis alias, aut Tribon aut Iuriſconſult. in *l. hoc accuſ.* 12. *§. ult. de accuſ.* quod in materia publicorum iud. etiam tractarũt de JC. Corn. injuriarum. Et recipi reũ, vel recipi inter reos, qua formula loquendi ibi utitur JCtus, fere ad judicia publica tantũ pertinẽt. Et ſit vero ſimile, Syllam poſt turbas illas & bella civilia, ita tuliſſe hanc Legem, ut iudicio publico, propter tes has ſpecies improbitas hominem poſſet coerceri. Et quid igitur eſt, quod dicitur in *l. licet* 42 1. *de procur.* ad actionem † L. Corneliæ iniuriarum poſ- 6
ſe dari procuratorem, quoniam privata ſit, licet

ſpte

pro publica utilitate exerceatur. Quinimo hæc contraria videntur: eſſe privatam, & pro publica utilitate. Quod ſi enim hoc reſpectu id dictum putamus, quod puniri maleficia publice intereſt; jam & omnia delicta privata &, quæ pro iis competunt actiones, dicentur dari pro publica utilitate, etiam actio L. Aquiliæ, de qua iſtud proponitur in *l. ita* ſt. *inf § ad L. Aquil.* Et cum ſimpliciter de actione injuriarum ex L. Cornelia loquatur ibi JCtus videtur de ea loqui, qualis eſt conſtituta ordinarie ex L. Cornelia at ſi non fuit judicium publicum, criminale utiq. fuiſſe judicium vix dubitari poteſt, propter *l. conſtit.* 37. §. 1. *h. t.* ubi dicitur, ex L. Cornelia agi etiam poſſe civiliter; quæ verba innuunt, regulariter criminaliter agi ex L. Cornelia. Atquin in criminali judicio ubi in crimen ſubſcribendum eſt, regulariter procuratorem non intervenire conſtat, & probatur ex §. *in ſumma* 10. *h. t. junct. l. ult. C. eod* quibus locis ſpecialiter illuſtribus eſt permiſſum criminaliter injuriarum actionem inſtituere per procuratorem. Et neceſſe eſt igitur ineptam eſſe rationem JCti in *d. l.* 42. §. 1 *de procurat.* poſſe, moveri per procuratorem, quia privata eſt; quoniam judicia criminalia, ut maxime privata per procuratorem inſtitui non poſſunt; fuiſſe autem actionem civilem tantum ex L. Cornelia, repugnat *d. l.* 37. *h. t.* & ipſi rationi, quod alias nulla neceſſitas fuiſſet, & utilitas L. Corneliæ, cum ſufficere potuiſſet actio in-
7 juriarum ex edicto prætoris. Errant † haud dubio enim, qui ad injurias ſolum verbales edictum prætoris pertinuiſſe putant, 1. quia cum oſſe fracto, & aliis levioribus injuriis realibus ex L. 12. tabb. tantum eſſent leves nimis conſtitutæ pecuniariæ pœnæ, non ſecus ac pro injuriis verbalibus, abſurdum plane ſit, verbalibus tantum injuriis, quæ utique leviores ſunt realibus, permiſiſſe prætorem injuriato æſtimare injuriam, & hoc negaſſe pro injuriis realibus, adeoque has levius quam reales coercitas fuiſſe, 2. quia edictum prætoris indiſtincte de injuriis loquitur, 3. quoniam pro injuria reali ſervo quoque illata, actionem prætor dat, ut ſupra probavimus, 4. quoniam in *l. item* 15. § *prætor* 34. *& ſeq* in iiſdem terminis injuriæ realis, tradit JCtus, dominum poſſe agere injuriarum ſuo nomine, ſi quis contemplatione domini injuriam fecerit ſervo. Ergo ſi ipſi domino immediate fuerit illata talis injuria, actio quoque erit. Denique in *l. prætor* 7. §. 1. *verſ. quid ergo & §. præterea* 2. *h. t.* diſerte de injuriis atrocibus realibus vindicandis agitur, & quidem per actionem prætoriam, de qua toto illo loco tractatur. An dicimus priorem fuiſſe Legem Corneliam, pro injuriis realibus introductam, pro emendando jure veteri, & poſtea prætorem principaliter quidem propter injurias verbales edictum propoſuiſſe; ſed ut ex eo, qui vellet, etiam pro injuria reali agere poſſet; nec novum eſt, concurrere actionem civilem & prætoriam. Sed ego potius dixerim edictum prætoris prius fuiſſe, & cum civilis actio non videretur ſufficere pro injuriis realibus, Syllam dediſſe etiam criminalem actionem. Ut enim tantum civiliter agi potuiſſe dicamus ex L. Cornelia, ratio non patitur. Non fuiſſe tamen publicum judicium, probat *d. l.* 42. *de procurat.* cum inauditum ſit ut publicum judicium dicatur privatum, quin contradictio ea fuerit in adiecto. Nec neceſſe eſt, ut quæcunque ſub *tit. de accuſat.* referuntur, ad judicia publica pertineant; & accuſatio etiam eſt, cum ad pœnam corporalem agitur, aut pœnam fiſco applicandam. Et longe ſane differunt, eſſe judicium publicum; &, inſtitui pro publica utilitate. Ille ſcrupulus ſupereſt, quomodo ad judicium criminale dari poſſit procurator: Et neceſſario fateri oportet, rationem JCti in *d. l* 42. §. 1. quod privatum ſit judicium, non eſſe bonam & adæquatam, ſed in Leg. Corneliæ actione ſpeciale quid fuiſſe, & fortaſſis eam tantum fuiſſe ad pœnam pecuniariam, ex arbitrio judicis pro qualitate admiſſi Reo irrogandum; quamvis ſane hæc omnium criminalium judiciorum ſit natura; ut judex ex officio pro circumſtantiis modo leviorem, modo graviorem, & in corpus quoque pœnam Reo poſſit irrogare; quod ſi etiam in L. Cornelia injuriarum admittimus, non animadverto, qui fieri potuerit, ut recte inſtitueretur per procuratorem; quod affirmat JCtus in *l* 42. *de procuratoribus.* Vix enim de actione injuriarum ex L. Corn. civiliter mota cum locum excipere poſſis; vel quia ut dixi loquitur de actione L. Corneliæ, ut introducta eſt à Sylla; vel quia hic nulla eſſet ratio dubitandi; nec quiſquam dubitavit, quin actio injuriarum ex edicto prætoris, quæ civilis eſt, per alium inſtitui poſſit *l. non ſolum* 11. §. 2. *h t.* Ego iſtud in medium & aliis excutiendum relinquo. Et hæc quoque de actione injuriarum ex L. Cornel.

Tertium jus, quod nō tā certa Lege quā moribus & conſuetudine receptum videtur, innuitur *inf. h. text. §. in ſumma* 10. ut ſicut pro furto & quovis delicto *l ult. de furt l. ult. de privat. delict.* ita & pro quavis injuria, etiam verbali extra ordinem criminaliter agi poſſet *d.* §. 10. *ult. D. eod.* ut extra ordi-

ordi-

ordinem & in corpus quoque reus coerceri poſſet *dd. textibus*: quæ res facit, ut utrimque procuratori non ſit locus; quoniam procuratores fiant domini litis, & in ipſos fertur ſententia; & actorem, qui falſum crimen intendit, eadem pœna manet; quo fit: ut alieno nomine judicia criminalia exerceri non poſſint. Cujus tamen rationis ſecutus Zeno in *l. ultim. Codic. h. t.* permiſit illuſtribus, ut agere & conveniri criminaliter injuriatum poſſent: forte quia plerumque pœna erat pecuniaria etiam in criminali judicio; forte etiam quia tum temporis ſubtilis illa ratio, ex qua procuratores domini litis fiebant, non obſervabatur, ſed ſententiæ in ipſos principales ferebantur; quod quidem nominatim in hoc caſu fieri vult *d. l. ultim Cod. h. t.* Et oportet ut procurator à parte Rei admiſſus fuerit ſine cautione de judicato ſolvendo, (quam ex ratione juris omnis, qui alieno nomine ſuſcipit judicium præſtare cogitur *l. un in fin. C. de ſatisdando*,) nec enim pœna corporalis ſi dicta fuiſſet, in procuratorem executioni mandari poſſet. Et cogitandum, præſertim, propter *d. l. 24. §. 1. de procur.* an non longe facilius fuerit, ut judicia privata etiam criminalia inſtitui potuerint per procuratorem ex parte actoris; nam & in *l. pen. de publ jud.* non ſine cauſa dicitur, ad perſequendum publici judicii crimen fruſtra intervenire procuratorem; quamvis tamen inſcriptio in crimen, quæ in omni judicio criminali requiritur, non videatur fieri poſſe nomine alieno; & Zeno Imp. in *d. l. ultim.* ſatis aperte docet hunc fuiſſe morem judiciorum criminalium, ut nomine alieno tractari non poſſint. Itaque ſpecialiter excipiendi fuerunt illuſtres, & qui ſuper eos ſunt, ut in *d §. 10. h t.* ait Iuſtin. qui ſcil. dicuntur *ſuper illuſtres*; de quibus generibus dignitatum non eſt hic agendi locus; & de ordinibus dignitatum videatur *Alciat. 3. diſp. 4 Cuiac. paſſ. ad 3 lib. poſter. Codic. & præcipue Notitia dignitatum Imperij Orientis.*

TEXTUS.

4. Non ſolum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id eſt, qui percuſſit: verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit, vel qui curavit, ut cui mala pugno percuteretur.

COMMENTARIUS.

IDem in *l. non ſolum 11. in princ. h. t. & ibid. in §. 3.* de eo, qui mandavit; quod notavimus, ſupr. ad *tit. Mandati § illud*, quiſquis mandavit delictum, eũ teneri ac ſi ipſe deliquiſſet, imo pro delinquente deberi; quod fere etiam obtinet in his, qui conſiliũ dederunt, de quo diximus ad *§. tua tantum 6. Mandati & ad §. Interdum 11. ſupr. de furt.* Ilud autem tantum exempli loco poſitum eſt, de mala pugno percuſſa; procul dubio enim in aliis injuriæ ſpeciebus idem obtinet.

TEXTUS.

5. Hæc actio diſſimulatione aboletur: & adeo, ſi quis injuriam dereliquerit: hoc eſt, ſtatim paſſus ad animum ſuum non revocaverit, poſtea ex pœnitentia remiſſam injuriam non poterit recolere.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo dicatur injuria diſſimulari.*
2 *An, qui animi rancorem ægrotus remittit, poſſit agere injuriarum.*
3 *Annus quo finitur actio, an ſit continuus, an utilis.*
4 *An actio ex L. Corn. ſit annalis.*

INjuriarum actio, vel ab initio impeditur ne naſcatur, vel nata tollitur. Illud fit, ſi injuriam, qui ea affectus eſt contemnat, non curet, & ut Dd. loquuntur, ſi rideat; quoniam non poteſt ea actio naſci, quando quis quod in ſe dicitur, pro ioco excipit, & pro iniuria non habet, & penitus ad animum non revocat *h. §.* quod eadem ratione, contra quam putat *Ioh. de Plat.* tentari poteſt de injuria reali; neque, quod nemo dicitur eſſe dominus membrorũ ſuorum *l liber 13. ad L Aquil.* impedire poteſt, quo minus v. c. pugno percuſſus injuriam cõtemnere & diſſimulare poſſit, & juxta eam rationem, nec natã & quæſitam pro injuria reali actionem remittere, aut omittere quis poſſet. Ut adeo ne naſcatur actio, oportet aliquam declarationem † diſſimulatæ & neglectæ injuriæ intervenire; ſimplex enim taciturnitas ad hoc non ſufficit, ut recte *gl. & Interpp. hic & in l. ſi non 5. Cod eod* actionem injuriarum cõpetere negat, ſi quis injuriam non ſtatim ad animũ revocaverit; etenim ad animum revocare, opponitur factis, & actibus declarantibus remiſſionem; non autem ſignificat expreſſam conteſtationem de injuria ulciſcenda. Sed & dicimus recte, cum quoque qui tacet, injuriam ad animum poſſe revo- 1

 care;

revocare; cum præſertim animum ulciſcendi oſtēdere, non ſemper commodum, & forte, nec tutam ſit.

Actio injuriarum, quæ nata eſt duobus modis tollitur, remiſſione & morte. Illa vel eſt expreſſa, vel tacita. Expreſſa fit per declarationem apertam voluntatis de remittenda, vel remiſſa injuria; veluti per tranſactionem, pactum, quod quidem legitimū eſt & ipſo jure actionem injuriarum tollit *l. ſi unus 27. §. pacta 4. de pactis l. ſed ſi 17. §. ſi*
2 *ante 6 h. t.* Quin & abſente eo, qui injuriam † facit & προσωποληπτῶς remitti injuriam poſſe Doctor. cenſent; & hinc tractant, an qui ægrotans, & de ſanitate recuperanda deſperans pene, atteſtatus eſt coram ſacerdote, ſe injuriam quam paſſus eſt, & animi rancorem, ut loquuntur, remittere, poſtea nihilominus injuriarum agere poſſit; quod quidem affirmant *Bart. in dict. leg. non ſolum 11. h. t. Ioh. Fab & Platea hic.* Sed mihi negans gloſſæ ſententia verior videtur, hoc argumento. Qui ignoſcit injurianti, & remittit vindictam, agere injuriarum non poteſt. Atquin hic injuriam paſſus ignoſcit & remittit vindictam. Ergo, &c. Propoſitionis ratio eſt; quoniam actio injuriarum non ſpectat eo ut reſarciatur damnum rei familiari datum, ſed ad vindictam contumeliæ illatæ, *l. item apud 15. §. ſi quis 46. h. tit.* Itaque Iohan. de Platea inepte obiicit, quod remiſſa injuria, non ob id debeant cenſeri remiſſa illa damna; quoniam pro his non competit actio injuriarum, ſed ad vindictam; et quo non dubitatur, quin remiſſa injuria poſſit nihilominus agi ex L. Aquilia, & probat *d. l. 15. §. 46. h. t.* Ex his minor eſt perſpicua, quod alias ea remiſſione nihil eſſet actum; & male conſuleret animæ ſuæ Chriſtianus, cum Chriſtus minetur illis vindictam, qui non ex animo, proximo injurias remittunt. Et inepta objectio eſt, quod remiſſio facta ab eo, qui in periculo mortis eſt conſtitutus, intelligatur facta ex neceſſitate. Equidem hic non quæritur, hic reſtitutione contra remiſſionem, ſed an remiſſa videatur actio injuriarum; & ridiculum impiumque ſit, huc transferre velle edictum prætoris, *quod met. cauſa* ex quo reſtitutio datur, ſi malo more metus illatus fuit; & metus iſte, ſi ita dicendus eſt, a Deo juſtiſſime infertur, nec poteſt dici ex neceſſitate factum ad quod hortatur pietas Chriſtiana. Non obſtat etiam quod Iohan. Fab. movet, iſta opinione admiſſa futurum, ut nullus Chriſtianus bona conſcientia poſſit agere injuriarum; ſi quidem ex Lege Chriſti, non ſolum moriturus, ſed etiam corpore valens delinquenti in ſe ignoſcere debet. Etenim Reſpondeo 1. non hic quæri quid Chriſtianus facere debeat, quod cujuſque conſcientiæ relinquitur: Sed quid fecerit, & quod cum alias actio injuriarum ſit odioſa, & quæ nudo pacto & diſſimulatione tollatur, hoc quoque caſu potius remiſſa intelligi debeat, 2. nihil abſurdi fore, ſi quis affirmet, peccare hominem Chriſtianum qui ex ira & vindictæ cupidine, pervicaciter, & acerbe injurias exſequitur; & imo vix ullam ſatis juſtam cauſam eſſe Chriſtiano, agendi injuriarum, niſi ubi hoc fieri publice quodammodo intereſt; vel in exemplum, ut alij ab hujuſmodi petulantia abſterreantur, vel ob perſonam ejus, qui injuria eſt affectus, veluti ſi publicum officium adminiſtret; quem ab injuriis immunem, & integræ famæ haberi publice intereſt: ne contemtui exponatur, & adminiſtrando muneri ſuo minus idoneus reddatur; quod & latius porrigi poteſt, ſi forte ex conſuetudine, indignus officiis publicis habeatur, qui injurias non vindicat. Sed hæc obiter: latius autem tractare hanc rem, & in locum Philoſophicum, an & quatenus vindicandæ, aut negligendæ ſint injuriæ, excurrere, inſtituti noſtri ratio non patitur. Hæc de remiſſione expreſſa. Tacita remiſſio duas habet ſpecies. Altera eſt, ex factis præſumpta, quæ inducunt diſſimulationem, & injuriæ gratiam eſſe factam arguunt; veluti ſi quis cum eo à quo injuriam accepit, familiariter converſetur: ſi tamen id fecerit ultro & motu proprio, non occaſione ab alio præbita, & quaſi ex neceſſitate, veluti ſi ad commune convivium fuerit vocatus, ut notant Interpp. hic. Altera ſpecies inducitur ex lapſu temporis, & nimirum anni, *l. ſi non 5. Cod. h. t. l. ſed ſi 17. § ſi ante 6. D. eod.*

Sed an annus hic † continuus an utilis? Utilē eſ- 3
ſe ſuadet, quod regulariter actiones prætoriæ anno utili durant, de quo *inf. in pr. de perp. & temp. act.* tum etiam textus in *l. Item ſi 14. §. in cauſa 2. quod met. cauſ.* quam antiquior m olim fuiſſe ſententiam atteſtantur *Cynus & Salicet. in d. l. 5. h. t. & Ioh. Fab. in §. ſed & Lex ſup. h. t. num. 5.* quamvis communiter *gl. & Interpp* contra ſentiant, & id quoque in foro receptum ſit, continuo anno excludi hanc actionē: quod non tam miror, quam hoc, ad id probandum, tamquam ſolidum argumentum adduci, textum in *d. l. 5. C. h. t.* cum enim pluribus locis dicatur, actiones prætorias intra annum vivere, & tamen regulariter annus utilis intelligatur, perquam ineptum eſt,

eſt, ex *l. 5. C. h. t.* quæ anno finiri actionem dicit, inferre, eſſe eum annum continuum. Atque ita actione injuriarum propria.

Non deſunt, qui & actionem injuriarum ex L. Cornelia, faciunt annalem; quam ſententiam & in conſiliis Altorfinis video probatam. Sed non dubito eſſe falſam: ſiquidem actiones civiles, ex quarum numero hæc eſt, numquam ſolent eſſe annales. Adeoque iſta aut erit perpetua hodie 30. annorum, aut potius vicennalis, ad iſtar judiciorum criminalium, quæ regulariter vicennio exſpirant, quã communem ſententiam eſſe teſtatur *Balb. de præſcript. part. 4. partis quartæ princip. quæſt. 1 n. 3.* & in Camera Imperiali receptam atteſtatur *Mynſing 5. obſ. 7.* & perquam inepte obiicitur *d. l. 5 Codic. h. t.* quippe quam apertiſſimum eſt loqui de actione prætoria, quippe cum præponatur illata injuria verbalis, quæ Lege Cornelia non vindicatur. Hæc de primo principali modo, quo tollitur actio injuriarum, vid. de Remiſſione.

Morte finitur 1. ejus qui fecit injuriam, ſi mortuus ſit ante litem conteſtatam, idque commune eſt omnibus actionibus pœnalibus, imo omnibus ex delicto, ut non dentur contra hæredes delinquentis, 2. (& hoc ſpeciale eſt) finitur etiam morte ejus, qui injuriam paſſus eſt, *h. text. & l. injur. 13. in pr. eod. l. ſi eum* 10. §. 2. *ſi quis caution.* cum alias actiones etiam pœnales dentur hæredib. *l. 1. de privat. delict.* Ratio ſpecialitatis eſt, quod per iſtud genus delicti, nullum patrimonio infertur damnum, ſed ut ſupra diximus, ad vindictam eſt hæc actio, cujuſmodi actiones dari hæredibus non ſolent §. 1. *inſ. de perp. & temp. act.* cum præſertim concurrere & hic videatur remiſſio quædam tacita & diſſimulatio injuriæ, quam quis vindicare ipſe vivus non inſtituit.

AD TITULUM V.

LIBRI QUARTI INſtitutionum,

DE OBLIGATIONIBVS QVAE quaſi ex delicto naſcuntur.

TEXTUS.

Si judex litem ſuam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, ſed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus eſt, & utique peccaſſe aliquid intelligitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quaſi teneri ex maleficio: & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam ſuſtinebit.

COMMENTARIUS.

1 *Eſſentia quaſi maleficiorum.*
2 *Quid ſit, litem ſuam facere.*
3 *Quid ſi per dolum lata ſit ſententia.*
4 *An quivis dolus faciat ſententiam nullam.*
5 *Differentia inter medicum, & judicem & Advocatum.*

SEquitur tandem ex quatuor membris, ſupra de obligat. propoſitis, ultimum, de obligationibus, quæ quaſi ex delicto naſcuntur. Et quo argumentandi genere ſupra uſus eſt Iuſtin. de obligationibus quaſi ex contractu, quod ſcilicet ſint nec ex cõtractu nec ex maleficio: eodem hic utitur; quod cũ iſtæ obligationes non ſint ex maleficio (ſcil. vero,) nec ex contractu, conſequenter oporteat eſſe quaſi ex maleficio. Verum hoc modo in quo iſtarum obligationum, & quaſi delictorum natura & eſſentia poſita ſit, non intelligitur. Nimirum ſicut contractus alii ſunt veri, alii, ut ita loquar, quaſi cõtractus; ita & delicta diſtinguuntur: ut tamen non eadem diſtinguendi ratio utrobique eſſe videatur.

Nam & quaſi contractus habent, ſed tacitã conventionem. At hæc delicta, imo quaſi delicta non habent dolum, qui eſt de eſſentia omnium delictorum; excepto tamen eo quod vindicatur L. Aquilia, in quo etiam citra dolum culpa ſufficit: cum quo hæc quaſi delicta recte conferantur: nam & ipſa habent culpam, ſed eam ut plurimum non directam ad damnum, ſed oblique tantum damno cauſam fere dantia: & ut maxime directo videantur damnum dare, attamen prælumpta eſt ea culpa, & præter mentem fere ejus qui damnum dat.

Eorum quaſi delictorum prima ſpecies hoc textu refertur. *ex l. 5. §. ſi judex 4. de obl. & Act. & ex l. ult. de extraord. cognit.* ſi judex male judicando litem ſuã fecerit. Litem autem † ſuam facere videtur, qui 2
quaſi cogitur in ſe ſuſcipere litem, & ex judice fit reus: dum ſcilicet ei quem ſua ſententia læſit, de eo damno reſpondere tamquam Reus, & quidquid ei dedit damni, reſarcire, eumque indemnem ſervare tenetur, & qui ita contra ſeipſum litem excitavit,

Digitized by Google

vit, *καθ' ἑαυτοῦ δίκην ἄγειν*, ut recte hic Theoph. Ex quo efficitur, quod ille judex demum vere & plene litem ſuam faciat, qui dolo malo judicavit, & qui adeo veram litis æſtimationem & ſolidum præſtat, ut expreſſum eſt *in l. filiusfam. 15. §. de iudic.* idque eſt quod legitur *in l. ult. C. de pœn. jud* quod judex ei quem dolo læſit, æſtimationem diſcriminis litis præſtare teneatur. Minus autem proprie, & utique non inſolidum ſuam litem facere dicitur, qui per impetitiam male judicavit, quia non inſolidam æſtimationem litis, ſed actione in factum, in quantum æquum videbitur judici, condemnatur *l. ult.*
3 *extraord. cogn. & h. text.* Ei autem † quod diximus, eum qui dolo judicavit, teneri in ſolidam æſtimationem litis, non adverſatur, quod, ubi judex dolo malo & corruptus judicat. ſententia ſit ipſo jure nulla. *l. venalis 7. C quando provoc. non eſt nec.* ut proinde cum integra actio maneat patri, non videatur neceſſum, ut ad judicem eatur, & ille Rei perſonam ſuſtineat, & æſtimationem præſtet. Etenim reſpondetur. 1. Poſſe concurrere utrumque remedium, ut habeat electionem qui læſus eſt, an de integro cauſam cum adverſario tractare, an judicem convenire velit, qui ex delicto ſuo tenetur. 2. Quod ſententia dolo & à corrupto judice lata ſit nulla, etiāſi forte ſit non omnino iure ipſa injuſta omnia: itaq; longe utilius eſt patri cum judice, quam iterum experiri eum adverſario, cum quo litigans fortaſſis rurſus ſuccumbere poſſit Sed enim ut judex dicatur litem facere ſuam, non omnino neceſſe eſt, ut ſententia ſit nulla: quod probatur tum quia. etiam per imperitiam inique judicans hic dicitur. litem facere ſuam, quo tamen caſu non protinus ſententia eſt nulla: tum etiam quia ut maxime dolum
4 † admiſerit judex, non eſſe proptetea ſententiam nullam, oſtenditur ex *l. ſervo 65. §. 2 ad Trebell.* ubi ſententia per ambitionem & gratiam lata ipſo iure valet. Cui iterum non obſtat, quod *in d l. ultim. Cod. de pœn. iud.* hæc comparantur, ſi ſententia per gratiam, & ſi à corrupto pecunia judice lata ſit: quo poſteriori caſu ſententiam nullam eſſe, etiam docet *l. venales 7. C. Quand. provoc. non eſt nec.* Etenim Reſpondeo comparari ad hoc quod utrobique judex infamia notetur, & litem ſuam faciat: non vero ut etiam utrobique æqualiter ſit nulla, quod & *in d. l.* Acc. monuit. Poſſit etiam reſponderi intereſſe, an pretium pro ſententia ferenda, an forte tantum honorariū & magis pro maturanda ſententia & adminiſtranda iuſtitia detur: itemque an quis precibus obtinuerit, ut pro ſe ſententia feratur, an alias iudex motu proprio, & favore aliquo partis ita pronuntiaverit: ut illis quidem caſibus ſententia nulla, hic, ipſo iure valida ſit. Aut an diſtinguimus inter iudicem pedaneum & magiſtratum, de quo *in d. l. 65.* ut propter huius autoritatem, & maiorem in decretis interponendis libertatem facilius ſententia ſuſtineatur. Sed ne ad textum noſtrum † revertamur, quod dicitur, 5
iudicem qui per imperitiam male iudicat, non ex vero, ſed quaſi ex maleficio teneri, obiiciunt Interpp. hic, quod medicus male curans & ſecans per imperitiam, ex vero delicto, & directa Legis Aquiliæ actione tenetur § *Imperitia 7. ſup. ad L. Aquil.* Duplicem rationem differentiæ frequentius Interpp. afferre ſolent. Alteram, quod medicus profiteatur peritiam curandi non etiam iudex, qui & ut plurimum adſeſſores habere ſolet. Alteram, quod medicus præſtet operam voluntariam, ſed iudex ut plurimum neceſſariam, ex officio ſibi publice impoſito. Sed utraque hæc differentiæ ratio, hoc unico argumento convellitur, quod per eam efficeretur, advocatum, qui & peritiam profitetur, & operam ſuam fere clientibus offerre ſolet, imo hoc ipſo quod ſe pro advocato gerit, offerre intelligitur, male advocando, & conſulendo per impetitiam, committere verum delictum, quod quamvis. Pet. de Bellapert. hic adfirmare auſit, falſum tamen habendum eſt, hoc argumento: quod advocatus neque corpore nec in corpus damnū dat, ut adeo in Legem Aquiliam peccare dici non poſſit, & nec utili quidem, ſed ad ſummum actione in factū ſubſidiaria teneri, p § *ult. ſup ad Aquil.* Et imperitia tantum in artifice facit delictum, & extra Legem Aquiliam per imperitiam nullum committitur delictum. Supereſt igitur illa ratio differentiæ, quam Azo dedit, & quam licet improbatam fere à cæteris, ego puto eſſe veram: quod ſcilicet ſecare ſit delictum & male curare ægrotum, iudicare autem non ſit delictum. Quod ex iam dictis explicandum, quod ſecare & male curare, ſit damnum dare in corpus, iudicando autem damnū in corpus non datur: & proinde nec iudex nec advocatus ex vero delicto teneri poſſunt. Sed hæc forte nimis multa ad hunc locum.

TEXTVS.

1. Item is, ex cuius cœnaculo, vel proprio ipſius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, deiectum effuſumve aliquid eſt, ita ut

Digitized by Google

vt alicui noceret, quaſi ex maleficio intelligitur obligatus. Ideo autem non intelligitur proprie ex maleficio obligatus: qui plerunque ob alterius culpam tenetur, aut ſervi aut liberi. Cui is ſimilis eſt, qui ea parte qua vulgo iter fieri ſolet, poſitum aut ſuſpenſum id habet, quod ſi ceciderit, alicui poteſt nocere, quo caſu pœna eſt conſtituta decem aureorum. De eo vero quod deiectum effuſumve eſt, dupli, quantum damni datum ſit, eſt actio conſtituta, ob hominem vero liberum occiſum conſtituitur pœna quinquaginta aureorum. Si vero vivat, nocitumq; ei eſſe dicatur, quantum ob eam rem æquum videtur iudici, actio datur. Iudex enim computare debet mercedes medicis præſtitas, cæteraque impendia, quæ facta ſunt in curatione: præterea operarum quibus caruit, aut cariturus eſt, ob id quod inutilis eſt factus.

Commentarius.

HÆc eſt altera ſpecies quaſi maleficii, ſi quid ex ædibus alicuius vel propriis vel etiam conductis, dejectum effuſumve, & ita damnum datum fuerit *l. ſi quis 5. §. is quoque 5. de obligat. & action. l. 1. in pr. de his qui effud. &c.* Et ideo dicitur hic quaſi ex maleficio obligatus, quoniam non quæritur, an ipſe habitator, an alius qui in ædibus eſt, effuderit, ſed ſufficit quid deiectum aut effuſum eſſe ex ipſius ædibus, h. § ubi Iuſtin. ait, plerunque habitatorem teneri ob culpam alterius, & proinde non ex vero, ſed quaſi maleficio teneri. Quæ tamen ratio non eſt ſatis accurata: quoniam ſi conſideretur ſola alterius culpa, iniquum fuerit, alium teneri: itaque aliquam & habitatoris culpam ſaltem præſumtam concurrere neceſſe eſt & intervenire: Et ita eſt, ut inhabitans teneatur ex quaſi maleficio ob præſumptam negligentiam: quia eius eſt vitare, ne quem in ædes temere recipiat, cuius adeo factum præſtare debet, quin ſimul & hoc, ne quid à domeſticis, ſervis aut liberis, eo loci qua vulgo iter fit, cum damno prætereuntium deiiciatur aut effundatur, quæ ratio præcipue, ut hoc edictum proponeret, movit prætorem: quoniã publice utile eſt, ſine metu & periculo per itinera commeari, ut tradit Ulpianus *in d. l. 1. §. 1. de his qui effuderint*. Datur autem damnum, aut ſervis aliiſve reb., quæ ſunt in noſtro patrimonio, & eſt actio in duplum privata *h. §. verſ. de eo d. l. 1. in pr.* aut homini libero, ita ut hic aut vulneratus fuerit, vel occiſus. Illo caſu iterum eſt actio privata competens ſoli vulnerato, & fit æſtimatio impenſarum & operarum, & omnino quanti judicii æquum videtur, tanti condemnatur reus, juxta hunc *§. in fi. & l. ult. de his qui deiec.* Hoc caſu eſt actio pœnalis in quinquaginta aureos *h. §. verſ. ob hominem l. 1. in pr. d. t.* & quia nulla eſt corporis liberi æſtimatio, nec adeo hæredes privatim agere poſſunt, jure ſpeciali, actio eſt pœnalis popularis *l. ſi vero 5. §. hoc autem 5. d. t.* ita ut quivis ex populo eam pœnam perſequi poſſit, & quidem hoc affectu, ut ſibi applicetur & adjudicetur, ut recte Ioh. Fab. hic: hæc enim eſt regularis & ordinaria popularium actionum natura per *l. verſi. 12. de v. ſign. l. 3 in pr. de ſepulc. viol. l. ult. de litigioſ.* à qua non recedimus niſi in caſibus nominatim exceptis, quibus cautum eſt, ut pœnæ vel pars, vel ea tota fiſco applicetur, ut *in l. 25. ad Silan. l. ult. in pr. de term. mot.* de quo alibi.

Tertia ſpecies quaſi maleficii, hoc eodem §. traditur, & ea magis ſingularis, quia res imperfecta & necdum damnum datum eſt, quoniam prætor omnino itineribus publicis proſpectum voluit. Qua de cauſa quaſi ex maleficio tenetur, qui aliquid poſitum habet vel ſuſpenſum, quod ſi decidat tranſeuntibus damnum daret. *h. §. verſ. cui ſimilis l. 1. & l. 5. §. ſupra de his qui effuder.* Et cum necdum nocitum alicui privato ſit, ſequitur neceſſario, quod actio pœnalis in decem aureos, de qua dd. textibus ſit popularis.

TEXTUS.

2. Si filius familias ſeorſum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo eius effuſum dejectumve fuerit, ſive quid poſitum ſuſpẽſumve habuerit, cuius caſus periculoſus eſt; Iuliano placuit nullam in patrem eſſe actionem, ſed cum ipſo filio agendum eſſe. Quod & in filiofamil. judice obſervandum eſt, qui litem ſuam fecerit.

Commentarius.

1 *An ſi filiusfam. litem ſuam fecerit, pater teneatur ad l. 15. in pr. de judic.*

EX contractibus filii patrem de peculio teneri conſtat de *quo inf. tit. 7.* ſed ex pœnalibus cauſis & delictis patrem non teneri, nec de peculio quidem, itidem pro regula traditum eſt *l. ex pœnalib 58. de R.I.* Etetenim cum illius hæc ratio ſit, quod pater peculium concedendo, & ius contrahendi permiſiſſe cenſeatur *l. 1. §. 5. de adq. poſſ.* utique ea conceſſione peculii, nunquam cenſetur permiſiſſe delictum, aut jus delinquendi, eoque ob delicta filii peculium obnoxium non ſit. Idque etiam in quaſi delicti obtinere docet *hic* §. duplici exemplo 1. ſi ex habitatione quam ſeorſim à patre incolit filius, aliquid deiectum fuerit vel effuſum: pater enim nulla actione ex hac cauſa poteſt conveniri *h. §. & l. is quoque 5. de oblig. & act.* quod ſi enim habitaverit cum patre ipſe pater ob deiecta & effuſa tenetur quaſi ex maleficio, ut eſt *in pr. §. praced.* quod & in ſervo obtinet, ſi hic habitat ſeorſim, ut dominus ex hac cauſa de peculio non teneatur, ſed ſervus extra ordinem coerceatur *l. 1 §. cum ſervus de his qui effuder. vel deiec.* adeoque & in terminis *h. §.* agendum eſt cum ipſo filio non autem cum patre *h. § & §. ult. in fi. inſr. de noxalib action d. l. 5. § 5 de his qui effud. vel deiec.* Alterum exemplum eſt, ſi filiusfamilias litem ſuam fecerit male judicando: ut pater nec hic teneatur *h. §. in fin & l ſi quis 5. § quoque in fin. de oblig & act.* Sed valde obſtat *l filiusfamilias 15. in princip de iudic* ubi Ulp. ſcribit ſi filiusfam. judex litem ſuam fecerit, teneri in eam quantitatem, quæ eſt in peculio, cum ſententiam dicebat. Quod Accurſ. tenet. Patrem teneri de peculio, directe pugnat cum textu noſtro & *d. l. 5. de oblig. & Act.* cum præſertim in actione de peculio non ſpectetur quantitas peculii, quæ fuit eo tempore quo obligatus fuit filius, ſed quo ex ipſa actione de peculio res iudicatur *l. quæſitum 30. in pr. de pecul.* Quod porro ita explicat *d. l. 15 de iudic.* Quod non pater ſed ipſe filius teneatur, ideo minus probari poſſe videtur, quod ubi actio ex delicto contra filium datur, peculium in eam actionem non venit, cuius adeo quantitas fruſtra hic conſideretur: & alias manifeſta fraus fieret juri, quod ex delicto patrem de peculio teneri negat, ſatis autem teneretur, re ipſa, ſi actione mota contra filium, in condemnationem & in executionem porro peculium veniret. Enimvero cum dicimus, eum qui cum filio contrahit, habere duos debitores, filium in ſolidum, & patrem de peculio *l. 44. de pecul.* ſatis oſtendit ea oppoſitio, in actionem quæ contra filium datur peculium non venire: quod alias inſuper iniuria manifeſta inferretur patri, qui ita amitteret privilegia, quę habet ubi actione de peculio convenitur, de quibus tit. 7. ſed & amplius contra filium ex contractibus & delictis eius in ſolidum agitur *d. l. 44. & l. 39. de obl. & act.* adeoque inepte & falſo hic diceretur ſpectari quantitas peculii. Idque erit apertum magis ſi ponas filiumfamilias dolo malo judicaſſe, & ita ex vero delicto obligari, quod quidem ſuadet coniunctio *d. l. 15. in pr. cum §. 1.* ubi hic caſus proponitur. Nec rectius illi quorum meminit *Gothof. ad l. 15. & Cuiac. 13. obſ. 18.* qui in *d. l. 15. in pr.* pro *filiusfamilias* legunt, *filiifamilias*, quaſi ibi filiusfamil. in judicio reus fuerit, & condemnatus à judice per dolum, qui judex in tantum ſummam teneri debeat, quanti tum fuit in peculio filii. Etenim præterquam quod omnia exemplaria conſtanter tuentur lectionem illam, *filiusfamilias*, inepte & abſurde reſpondeatur de quantitate peculii inſpicienda, cum filiusfam. ſuo nomine in ſolidum conveniatur. Cuiacius 13. *obſ. 18.* poſt[illegible]onem ita explicat *d. l. 15 de iudic.* quod ibi filiusfam. non dolo, ſed per imprudentiam male judicaverit, & teneatur in tantam ſummam, quanta fuit in peculio tum temporis, ita ut tamen non de peculio, ſed aliunde ſatisfaciat. Quæ mihi explicatio valde inſubtilis videtur: Et cur enim mentionem faciat peculii Iuriſconſultus, ſi de illo non ſit ſatisfaciendum: & quid adeo & cur ſpectetur ea quantitas peculii: quæ præſertim tum fuit, cum ſententiam diceret filius, & cur non potius ſpectetur ea quæ fuit cum condemnaretur, quod omnino dicendum fuerat, ſi peculii tamquam patrimonii cuiuſdam filii ratio hic habetur. Supereſt adhuc alia interpretatio, quam etiam ſubinnuit Accurſius, ut ibi ſententia intelligatur dicta, non contra filiumfam. qui litigavit: non etiam ſententia dicta à filio, qui male judicavit: ſed ſententia dicta à judice, qui filiumfam. ex cauſa quaſi delicti, eo quod litem ſuam feciſſet, condemnavit: ut videl. ſi ex ea ſententia contra filium lata, ex cauſa judicati conveniatur pater, de peculio, tanti condemnetur, quanti tempore ſententiæ ab illo judice contra filium dictæ, in peculio fuit. Etenim ita jus eſt, ut licet directo ex delictis filiifam. contra patrem actio de peculio nō detur, tamen detur oblique, & in effectu, dum nimirum non quidem

Digitized by Google

quidem ipſa actio delicti, ſed actio judicati ex ſententia, quæ in filium ex cauſa delicti conventum, lata eſt: quoniam per litis conteſtationem quaſi contrahi, & novatio quædam fieri, adeoq; jam pater non ex delicto, ſed quaſi ex nova obligatione conveniri videtur, ut expreſſum eſt *in l.3. §. idem 11. de pecul.* Sed ſane iſtam explicationem verba *d. l. 15.* niſi plane contorqueantur, vix ferunt, & iſtud quoque obſtat, quod ſupra diximus, ex *l. quæſitum 30. in pr. de pecul.* ſpectari in actione de peculio eam quantitatem, quæ eſt, eum pater de peculio condemnatur. Quæ ratio etiam obſtat huic conjecturæ, quod cum conſtet ex Gellio fuiſſe collegium quoddam judicum pedaneorum, ex quo forte ducti cauſas cognoſcerent, intelligendum eſſe *in d. l. 15.* filiumfam. conſentiente & probante, aut magis, volente patre in ordinem judicum fuiſſe allectum: quomodo tenetur pater, ſi eius voluntate filius decorio fuerit creatus *l. 3. § ult. D. de peculio.* A Fab. in Rationalibus ea ſcribit ad *d. l. 15.* ut appareat hunc nodum ab eo non viſum, aut non intellectum fuiſſe.

TEXTUS.

Item exercitor navis, aut cauponæ, aut ſtabuli, de dolo aut furto, quod in navi aut caupona, aut ſtabulo factum erit, quaſi ex maleficio teneri videtur: ſi modo ipſius nullum eſt maleficium, ſed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam, aut ſtabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu adverſus eum hæc actio ſit conſtituta, & aliquatenus culpæ reus eſt, quod opera hominum malorum uteretur, ideo quaſi ex maleficio videtur teneri. In his autem caſibus competit actio in factum, quæ datur hæredi quidem, adverſus hæredem autem non competit.

COMMENTARIUS.

In quartam ſpeciem quaſi maleficii incidunt, caupones & exercitores navis, ſi aliquid damni datum fuerit, aut ſubreptum vectoribus & hoſpitibus, qui apud eos diverterunt, aut in nave eorum vehuntur: quoniam cum v. c. aperto hoſpitio omnes ſe receptores profiteantur, hoc ipſo quandam ſecuritatem ipſis polliceri videntur, ab iis utique quorum opera utuntur, & quorum factum præſtare tenentur: eſt enim aut præſumitur in caupone ipſo culpa & negligentia in hoc, quod malorum hominum operam conduxit: in quo eſt cauſa & eſſentia huius quaſi maleficii, ut docet hic §. *verſ. cum enim.* Horum enim cauſa tenetur, quorum opera expreſſe utitur in exercenda caupona. Et proinde ſi ſervus alias furtum fecerit, non ultra quam noxali actione conveniri poteſt caupo *l. ult. § 4. naut. caup. ſtab. l. un. §. pen. furt. adv. naut.* multo minus tenetur ex facto aliorum hoſpitũ aut vectorum *l. 1. §. fin. d. tit.* niſi nominatim res ſalvas fore receperit, de quo caſu accipienda eſt *l. 1. §. ult. cum l. ſeq. naut. caup. ſtab.* quo etiam pertinet *l. 3. in pr. eod. tit.* & ob hoc in plus & ſtrictius exercitorem, verbi cauſa obligari, inde apparet, quod eo caſu iuxta *d. l. 3.* tenetur exercitor, ſi res etiam juxta navem perierit, & quas videlicet cum recepiſſet opera mercenariorum ſuorum ad navem deferri curavit: regulariter autem ex hoc quaſi maleficio non tenetur, niſi in nave damnum datum aut furtum factum ſit per eos quorum opera utitur *l. ult. in pr. naut. caup.* Et ſicut receptio ſpecialis facit, ut plenius & fortius obligentur nautæ & caupones, ita contra prædictio ſpecialis eorum, ſi in ea adquieſcant hoſpites & vectores, facit ut ne teneantur *l. ult. in fin. princ. d. t.* quia tum ſuæ plane curæ ipſi rem recipere videntur. Sunt adeo hic duo extrema & medium. Medium eſt ſi ſimpliciter res inferri caupo paſſus ſit, & tenetur quaſi ex maleficio jure ordinario, ſi per eos quorum opera utitur damnum datum, aut furtum factum ſit. Duo extrema ſunt, ſi ſpecialiter receperit rerum cuſtodiam: & contra ſi ſe nolle teneri prædixerit: in quibus conventio quædam verſatur, derogans iuri communi. Quod *in fin. huius §.* traditur, commune eſt ad totum tit. 1. Quod hæc quaſi delicta & pene extraordinaria, vindicentur actionibus ſubſidiariis in factum. 2. Quod hæ actiones, dentur quidem hæredibus damnum paſſi ſed non in hæredes cauponis: (niſi quantum forte ad eos pervenit) quod commune omnibus actionibus ex delicto eſſe probavimus *ad §. ult. ſupra de furtis.*

Quod *in pr. §* dicitur *de dolo aut furto,* pro eo malim legere *de damno aut furto.* Doli enim appellatio etiam ad furtum pertinet: & tenetur caupo, ſi quid ſubreptum aut corruptum fuerit: & ita *in l. 5. §. ult. de oblig. & act. & in l. nautæ 5. §. 1. naut. cau. ſtab.* quam

quam lectionem Cuiacius, Contius, Ruſſardus & Hottom. probant.

AD TITULUM VI. LIBRI QUARTI INſtitutionum, DE ACTIONIBUS.

TEXTUS.

Supereſt ut de Actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud eſt quam ius perſequẽdi in judicio quod ſibi debetur.

COMMENTARIUS.

1 *De obiecto iuris Actionibus.*

NObiliſſimus hic titulus eſt, in quo tamen explicando erimus breviores, quod pleraq; executi ſumus in Tract. noſtro de Actionibus, ex quo ſingula hue deſcribere non libet nec licet. Supereſt, ait Iuſtin. ut de actionibus loquamur, reſpiciens haud dubie diſtinctionem obiecti *ſup. §. ult. de iure nat.* & quod poſt abſolutum Tractatum de Rebus & perſonis, ſuperſint explicandæ Actiones. Diximus porro ſupra *ad tit. de obligat.* quod obligationes ea conſideratione ſub ſecundum obiectum referantur, quatenus creditor obligationem ſibi adquirit: & videri poſſit eodem modo actiones poſſe ſub idem objectum referri: cum Iuſtinianus actionem hic definiat JUS perſequendi; nam quatenus, ut jus conſideratur, nõ minus ut obligatio inter res adquiſitas videatur referri poſſe. Quod ſi obligatio pars eſt ſecundi objecti, quatenus eſt jus ad rem, ut alii diſputant, adhuc magis actio eo referri poterit: quæ adhuc proprius jus eſt quo rem conſequamur. Plane cum obligatio ſit cauſa actionis, non inepte fortaſſis ſub idem objectum, utraque referretur: & actio nimirum perſonalis ad obligationes: realis autem ad iura in re. ſed placuit, ut opinor diſtinguere remedia, quibus perſequimur & aſſerimus ea quæ noſtra ſunt aut nobis debentur, ab ipſis his ſuper quibus controverſiæ ſunt. Perſonæ ſunt nimirum quibus adminiſtranda eſt juſtitia: res ſunt, ſuper quibus adminiſtratur, actiones denique ſunt remedia, per quæ adminiſtratur. Qua ratione diſtinguendi admiſſa, vix eſt, ut obligationes recte debeant, aut poſſint referri ad res, ſed erunt ad actiones potius referendæ: neq; enim per actiones perſequimur obligationes, ſed res in obligationem deductas. Et cum ſint aliæ actiones reales, quarũ dominium cauſa eſt, hoc modo dominium etiam ad actionum tractatum fuerit referendum, & proinde modi quoque dominii adquirendi. Sed enim magis eſt, ut illa diſtinguendi ratio aliena ſit à mente Iuriſconſultorum, & fortaſſis an & à ratione. Neque enim Iuriſconſulti conſiderant aut tractant de rebus ipſis quæ ſunt, veluti, fundo, ædibus. &c. Sed quatenus ſuper ipſis juſtitia adminiſtratur. & quatenus in illis aut ad illas jus aliquod habemus: quæ duo conſiſtunt in dominio vel quo alio jure in re, & in obligatione: quæ duo quidam capita & membra univerſi juris conſtituunt: Sed utiq; perſonarum tractatio ſeparata eſt: & quia Iuſtiniano & Iuriſconſultis placuit, diverſa membra facere cauſam & effectum: Dominia nimirum, obligationes, & actiones, poſſumus eorum judicium & debemus etiam ſequi. Sed jam rem ipſam videamus.

Actio eſt Ius.] Ex *l. nihil aliud 51 h. t.* obiicit Hottom. quod actio non ſit Ius, ſed formula, & reſpondet ita definitam, ut ſecundum ea tempora comprehenderet etiam extraordinarias perſecutiones. Perinepte & craſſe, v.c. qui contrahit, ſtatim actionem adquiret, id eſt, jus agendi, ut hic definitur, qui dominium habet, jus agendi in rem habet, quandocunq; amiſerit poſſeſſionem: & quis ſanæ mentis dicat, eos ita adquiſiviſſe formulam. Enimuero licet actionem in exercitio & deductam in judicium conſideres, ea tamen proprie loquendo formula nõ eſt, quemadmodum nec emancipatio, aut quævis mancipatio manumiſſio, aditio hæreditatis, formulæ erant, ſed erant actus, qui per certas formulas expediebantur: quæ ſunt diverſa.

Ius perſequendi.] Cum multa ſint jura & verbum quoque juris pro poteſtate & facultate, ut in hac definitione ſumtum, multas, imo plurimas habeat ſpecies, ideo genus iſtud JUS, per differentias fuit reſtringendum, quarum prima eſt, in hoc verbo, *perſequendi*, quod ſignificat jus aliquod petendi, & ita petendi, ut aliquid conſequatur ex iſta petitione, quam vim habet verbum *Perſequi*, ſcil. ut aliquid aſſequamur. Et ſumitur illud verbum generalius, ceteroquin in ſpecie olim extraordinariæ actiones perſecutiones dicebantur, *l. pecunia 178. de V. S.* ſed mutata hodie forma procedẽdi iſtæ proprie actio-

nes

Digitized by Google

nes ſunt. Quærit Hottom. quid differat actio à bonorum poſſeſſione, quæ & ipſa ius perſequendi dicitur, *l. 3. §. 2. de bon. poſſ.* Inſubtilis quæſtio, nec magis ſubtilior reſponſio, in hoc differre, quod in bonorum poſſeſſione ſimul ſint iura, ut loquuntur ad paſſiva, & bonorum poſſeſſor & ipſe vicisſim obligatus ſit. Neque enim qua hoc in ſe habet bonorum poſſeſſio, dicitur jus perſequendi. Et nimirū bonorum poſſeſſio abuſive ita definitur, ſed ea eſt univerſitas quædam bonorum, quam qui apud prætorem agnovit, ex hoc conſequitur jus perſequendi omnia quæ defuncti fuerunt, & ita quoque omnes actiones defuncti ad eum pertinere incipiunt.

In iudicio.] In iure noſtro ad ea tempora, quo judices pedanei dabantur, inter ſe opponuntur, *In iure, & in iudicio.* In jure propriè dicebantur fieri, quæ apud prætorem fiebant, ante quam ad iudicem pedaneum ibatur: vel etiam quæ tota apud prætorem expediebantur; veluti extraordinariæ perſecutiones, & quæ erant cognitionis prætoriæ: itemque implorationes officii prætoris, verbi cauſa, pro præſtanda cautione damni infecti, &c. quæ & ipſa actionis verbo in genere ſumpto comprehendebantur *l. actionis 37. de obligat. & action.* Mutato veteri proceſſu poſtquam ipſi magiſtratus judicant hæc differentia ſublata eſt; aut dicemus hodieque in iure fieri, quæ ante litem conteſtatam peraguntur, & quæ olim ipſe prætor expediebat, antequam formulam daret, at in iudicio, quæ poſt litem conteſtatam eodem magiſtratu peraguntur. Et adeo hæc differentia oſtendit, non eſſe actionem, quamvis petitionem, ſed quæ apud magiſtratum, ex juris & juſtitiæ ratione & præcepto inſtituatur.

Quod ſibi debetur] Tertia hæc differentia eſt, ab objecto. Equidem actionis verbum in ſpecie ſignificat actionem perſonalem *l. actio 28. de oblig. & act.* & propriè magis ex obligatione quid deberi dicitur. Verum cum & tota ſeries tractationis, & ſubiecta ſtatim diviſio oſtendat, etiam de actione in rem hic agi oportet & verbum actionis, & hanc quoque differentiam ita accipi, ut & actioni in rem conveniat. Et verbo *deberi* in genere accepto, debet etiam mihi rem meam, qui eam poſſidet, nec reſtituit. Atque ita ſervitus etiam conſtituta, quæ vindicatur actione in rem, dicitur nobis deberi *l. arbor 19. §. 2. comm divid.* & verba ſecundum ſubiectam materiam ſunt accipienda: quomodo & verbum *debuit* acceptum videtur *in l. pecunia 178 de verb ſign.* quod enim ait, *omnē omnino actionem* facit ut minus commode iſte locus de actionibus tantum perſonalibus accipiatur: nec adeo neceſſe eſt, cum Hottoman. adiicere verba *ſummove eſt.* & ita gl. notat, eum qui tenetur actione in rem, largo modo dici debitorem, de quo plura *Iaſon. hic. numero 98.* Significant autem verba hæc, *Quod ſibi debetur* non definiri actionem ita in genere, ut etiam perſecutionem criminalem, quæ in ſpecie accuſatio dici ſolet, & qua intelligitur peti & exigi, quod Reip. debetur & eius intereſt, comprehendat. Etenim Iuſtinianus iſtam tractationem accommodat ad præcedentia, in quibus egit de dominio & obligatione, & quatenus privato aliquid adquiritur: ex quibus naſcuntur actiones civiles, quæ hic definiuntur. Popularis tamen actio ſub hanc definitionem commode referri poteſt, & forte etiam debet: quippe cum una & altera popularis actionis ſpecies tit. præced. propoſita ſit, & quædam etiam proponantur *in § pœnalis ta. infra h. tit* Et ad §. 1. *eo. tit.* diximus eam eſſe actionum popularium naturam, ut pœnam conſequatur ipſe actor. Et utcunque actiones hæ nulli propriæ ſint, ſed quivis eas movere poſſit *l. 1 de popul. act.* attamen lite conteſtata fiunt propriæ eius qui prævertit *l. ut ſi 12. de verb. ſign.* & tum adeo recte ei deberi dicitur: & id tum vel maxime obtinet, ubi is agit, cuius intereſt, qui etiam in concurſu aliis præfertur *l. 3. §. 1. de popularib act.* Et quod aliquando ex cauſa popularium actionum pœna fiſco applicatur, in ſingulare eſt, nec propterea tollit regulam. Illud apparet, quod hic intelligatur debitum civiliter, non naturaliter tantum ex quo non eſt actio: & notat *Iaſon hic n. 106.* Et ſpectatur hic ius actoris, cui aliquid debetur, vel qui ius habet agendi, ut maxime non habeat reus quod ſolvat. Idque eo amplius ſpectat & pertinet, ut licet quis intuitu litis conteſtatæ non potuerit jure conveniri; conſiſtat tamen actio & ſequitur condemnatio, ſi tempore ſententiæ res ſit in eo ſtatu, ut tum reus conveniri ab initio iure poſſit, de quo & de ſupervenienti jure poſt litem cont. agemus ad § *ſeq.*

TEXTVS.

1. Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitroſve de quacunq; re quæritur, ſumma diviſio in duo genera deducitur: aut enim in rem ſunt,

aut in perſonam. Namque agit unuſquiſque aut cum eo qui obligatus eſt ei vel ex contractu, vel ex maleficio: quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas intendit, adverſarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibuſdam modis: aut agit cum eo, qui nullo iure ei obligatus eſt, movet tamen alicui de aliqua re controverſiam: quo caſu proditæ actiones in rem ſunt: veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, quam affirmet Titius ſuā eſſe, poſſeſſor autem dominum eius ſe eſſe dicat: nam ſi Titius ſuam eſſe intendat, in rem actio eſt.

Commentarius.

1 *Unde ſumta ſit hac diviſio, & actionum in rem & perſonam diſtinctio qualis.*
2 *De actionibus mixtis.*
3 *De officio iudicis vel eius imploratione.*
4 *Arbitri qui dicantur.*
5 *An obligatio recte dicatur actionis mater.*
6 *De cauſis actionis in perſonam.*
7 *Quid ſit facere & dare.*
8 *Qui ſint iſti alii quidam modi.*
9 *Ad* l. 1 in pr. de obl. & act.
10 *An actio in rem habeat nullam obligationem.*
11 *Variæ diſtinctiones dominii.*
12 *Quid ſi poſt lit. cont. ſ perveniat dominium.*
13 *Quid ſi reus tum dolo poſſidere deſiit.*
14 *Quid ſi ante dolo poſſidere deſiit.*
15 *Sententia hoc caſu lata non poteſt mandari executioni contra poſſeſſorem.*
16 *Ad* l. 11 §. 1. & l. 13. §. 1. de iureiur. & ad l. 7. §. 7. de publ. act.

DEfinitionem ſequitur diviſio actionum principalis in rem & in perſonam. At cur non præmittitur illa quæ eſt *in § ſed iſta inf. h. t.* quod aliæ ſint civiles aliæ prætoriæ: quæ enim eſt ratio cauſæ eadem eſt effectus: atqui ita primo dividuntur obligationes *ſup. de obligat.* quod aliæ ſint ex prætorio, aliæ ex civili iure. Recte Iaſon ait *n. 15.* nihil in hoc eſſe utilitatis, & nihil referre, utra diviſio præmittatur. Et poterant ita primo dividi obligationes, quod aliæ eſſent ex cōtractu, aliæ ex maleficio; & rectius forte ex cauſa proxima, & ex qua magis eſſentia obligationum cognita fuiſſet; quæ non cognoſcitur ex cauſa remota, quæ eſt, jus prætorium & civile. Et ita † quoque ab hac diviſione 1
actionum in rem, & in perſonam cognoſcimus, quæ ſit natura actionum, à cauſa nimirum efficiente. Licet enim ſi verba ſpectemus, in rem & in perſonam, videatur diviſio deſumpta ab obiecto, attamen dependet hoc à caſu efficiente quod actiones in rem, aut in perſonam ſunt, & dicuntur, ut apparet ex *l. actionum 25. D. h. t.* Cauſa enim efficiens actionum in rem, eſt jus in re, actionum in perſonam cauſa eſt, obligatio: quæ ratio diſtinguendi *hoc ipſo* §. ſubiicitur. Hinc enim fit, ut actio quidem in rem detur contra quemcunque poſſeſſorem: ſed in perſonam detur in eum, qui obligatus eſt; & adeo ſemper in eundem *d. l. 25.* Quandoquidem ius in re non manet ſemper in eodem, ſed in alium transferri omnimodo totum poteſt, veluti eſt dominium: Sed obligatio à perſona eius, cui eſt adquiſita ſemel, avelli & ſeparari & in alium transferri non poteſt. Atquin dixerit quis hinc effici, non ut per actionem realem conveniri quivis poſſeſſor, per perſonalem unus tantum poſſit conveniri; ſed hoc, ut actio in rem cuicunque, qui dominium habet, vel ius in re, ſed in perſonam uni tantum competere poſſit. Sed juvanda & explicanda ratio eſt, quod obligatio implicat relationem, & proponit & præſupponit obligatum, & cui obligatio adquiſita eſt, nec magis obligatio ab illo quam ab hoc poteſt ſeparari; imo effectu ab illo minus; nam invito debitori nullus ſubſtitui poteſt debitor, ſed poteſt effectu alius ſubſtitui creditor, invito etiam debitore: nimirum non ita ut alii adquiratur illa obligatio, quæ perpetuo hæret in creditore, & conſequenter etiam actio: ſed ut alius, vel ex mandato creditoris, vel etiam citra mandatum utilibus actionibus experiatur, non tamen citra voluntatem & factum aliquod præcedens creditoris, quod utilibus actionibus præbet cauſam. Et ita nimirum ius eſt, ut per procuratorem quiſque inſtituere poſſit actionem civilem, ſed ut hic experiatur nomine creditoris, actionibus in ipſius creditoris perſona manentibus. Tum etiam hoc receptum eſt, ut creditor nomen & actionem vendere, donare, legare, & aliis modis poſſit transferre; non hoc effectu, ut actio, vel obligatio transferatur ad eum modum quo aliæ

res

res venditæ corporales, ſed hoc effectu, ut ex contractu poſſit conveniri venditor, ut cedat actiones, quo facto emptor conſtituitur procurator in rem ſuam, quia in ſuam utilitatem agit, cum precium pro actione dederit. ſed & ſic manent directæ actiones apud venditorem; quas nomine eius, ſed in commodum ſuum exercet emptor. Quoniam autem fieri poterat, ut non cederentur actiones; ideo Impp. ex æquitate emptori actionem utilem conceſſerunt *l. ſi cum 16. in princ. de pact.* quod obiter & ſummatim adiicere viſum fuit, quia plenius explicavi in *Tract. de action diſput.* 4. Contrario modo res ſe habet in actionibus in rem. Et ſicut jus in re una cum ipſa re plane poteſt à perſona in perſonam transferri, totum & directum: Ita ex altera parte quoque res quam ea actione perſequimur, in alium transferri, & per mille quoque manus, ut loquuntur Dd. ambulare poteſt. Itaque formula actionum in rem abſoluta eſt, Aio hanc rem meam eſſe: ſed perſonalium eſt relata: Aio TE mihi dare oportere, poſſit tamen ſi omnino à cauſa efficiente diſtinctionem ſumere velimus, etiam ſecundum verba, ita diſtingui actio; quod alia detur ex jure in rem, alia ex jure perſonali. Et forte ſi accuratius loqui volumus, fatendum omnino eſt, diviſionem noſtri § eſſe ab objecto, ſed ut ratio ita dividendi à cauſa efficiente ſumta dicatur. Eſt autem iſta oppoſitio membrorum commode accipienda: non quod hic perſona, illic res conveniatur: (quamvis ita in caſibus ſingularibus loquantur, & aliquantum improprie Iuriſconſulti in *l. Impp. 7. de public. l. denique 19. de iure fiſci*) ſed quod hinc perſona conveniatur propter rem, illic perſona non propter rem, ſed quoniam obligata eſt, ut tamen hoc reſpective accipiatur; nam in obligationem deducuntur res, & quiſq; etiam ex obligatione agit, ut rem conſequatur, ſed actione in rem propter hoc ſolum quis tenetur, quod rem teneat, itaque etiam ſi rem defendere nolit, evitat actionem *l. ultim. de rei vindic.* ſed actione in perſonam quis tenetur, quod v. c. promiſit ſe quid daturum facturumve & ſine conſideratione an rem teneat, nec ne, ob hoc ſolum quod promiſit, convenitur. Sed porro
2 hic obiicitur, non † duas, ſed tres eſſe ſpecies actionum, cum ſint quædam mixtæ in rem & perſonam ſimul, *§. quædam 20. inf. h. t.* quas vere tales & mixtas eſſe probavimus *Tract. de Act. diſp.* 2. Itaq; reſpondere non poſſumus quod alii, & nimirum *Ioh. Fab. Nic. de Neapol. & Iaſon num. 27. hic*, eſſe revera eas perſonales, licet ſecundum quid & minus principaliter in rem quoq; eſſe dicantur. Doctores poſt gl. ſimpliciter reſpondent, quod ſub ſimplicibus contineatur etiam mixtum; ſicut & conditiones & obligationes diſtinguuntur, quod ſint vel in dando, vel in faciendo: & tamen eſt quædam mixta, ut docet ICtus in *l. cum ſervus 82. de condit. & dem. onſtrat.* Et propter ſingulares quoq; ſpecies aliquas nō protinus tertium membrum conſtituendum eſt; ſed & non poteſt dici tertium membrum omnino facere, & à duob. illis diverſum eſſe, quod participat de utroque; cum præſertim mixtæ actiones quas dicimus, quaſi duplices ſint actiones, in quibus & obligatio & dominium concurrit. Et ſi quis velit nimium urgere, diſtinguam primo actionem in puram & mixtam, & tum puram, quæ vel ſolum realis, vel ſolum perſonalis ſit. Sed non ſunt iſta tanti.

Videamus porro verba textus, & inde in ſpecie de actione in rem aliqua tractemus. Ait Iuſtin.

Omnium actionum] Actiones intelligit, quas definivit: ſub quibus dubio procul etiam extraordinariæ perſecutiones continebuntur, quæ olim cognitiones prætoriæ erant, hodie veræ, & propriæ ſunt actiones. At quid de officio judicis, id eſt, imploratione officii judicis; ita enim (ne quis eos alius tam ineptos putet) Doctores intelligunt, dum quærunt, an officium † judicis ſit actio, ut inprimis explicat hoc *Iaſon ad princip. h. t. num. 54.* 3
Et intelligitur imploratio officii nobilis, ut dicunt; nam de eo officio quod ſubſervit actioni nulla quæſtio eſt. Animadverto à Dd. officium judicis ſive implorationem officij valde confuſe & ambigue ſumi, aliquando etiam officium mercenarium comprehendere, aliquando etiam perſecutiones extraordinarias; aliquando etiam, quæ a mero & puro arbitrio judicis dependent. Velut ut probent, non naſci hanc implorationem ex obligatione, adducunt *l. per collationem 49 §. 1. de action. empt. Iaſ. n. 60 ad pr.* quæ perſpicue loquitur de officio Mercenario, ex quo adjudicantur uſuræ ex mora; ex qu[o] ſimul apparet, fallaciam committi in verbo obligationis; uſuræ enim illæ non debentur quidem ex conventione; ſed tamen revera ita diſponente jure debentur, quomodo paſſim Leges loquuntur; itaque etiam Iaſ. citato loco concedit, eſſe ex obligatione & in obligatione, latius ſumpta. Porro *Iaſon ad hunc §. 1. numer. 54. & 55.* ut probet officio judicis accedere fideiuſſorem, hoc argumento utitur, quod debito ex cauſa fideicommiſſi potuerit accedere fideiuſſor; & nominatim ſcribit, quod non jure actionis, ſed tantum

officio judicis petita fuerint fideicommiſſa, per *l. pecunia* 178 *de Verb. Signif.* Ubi partim verum, partim falſum dicit, & ignorantia juris veteris oſtendit; ordinariis actionibus in ſpecie ſumptis fideicommiſſa olim non petebantur, quia non cognoſcebat ſuper iis pedaneus judex ex formula: ſed prætoriæ erant cognitionis, & ut ſæpe diximus, dicebantur extraordinariæ perſecutiones. Ceteroquin ab actionibus proprie & in ſpecie dictis eſſentia diverſæ non fuerunt; quippe cum prætor ſuper fideicommiſſis ex cauſa juſta (ſcilicet poſt Auguſtum, ut ſup. *lib. 2 ad tit. de fideicomm. hered.* diximus) deſcendentibus, non minus quam ſuper legatis neceſſe haberet ius dicere; quæ & earum cognitionum fere ratio fuit, de quibus *lib. 50. Dd.* proprio tit. tractatur. Itaque ambigue quin potius male ad ſimplicem officii judicis implorationem referuntur. Denique ex Interpretibus refert ad *pr. huius tit. n.* 65. Iaſon, quod officium judicis miſericorditer implorari debeat; quo nihil falſius dici poteſt ſi hoc ad fideicommiſſorum & alias perſecutiones extraordinarias transferre quis velit, imo etiam ad alia, de quibus in *l. actionis* 37. *h. t.* nec verum eſſe poteſt niſi in iis, ſuper quib. nihil Lege, aut aliquo edicto cautum eſt, aut quæ forte in proceſſu ex cauſa incidenter peruntur. Apparet igitur omnino de officio judicis tam diverſa, vitioſe proponi & affirmari. Itaque tironum cauſa ne quis hic decipiatur, iſta explicanda ſunt. Et quod ad officium attinet, quod mercenarium vocant, & quod ſubſervit actioni, & per pedaneum judicem exercebatur (officium ſcilicet in ſpecie dictum: Ceteroquin quidquid facit judex etiam iuxta formulam & obligationem, ex officio ſuo facere dicitur) quæ ad illud ſpectant, ſunt tantum acceſſiones, veluti uſuræ ex mora, impenſæ litis, aut etiam impenſæ aliæ in rem in rei vindicatione *l. ſumptus* 48. *de rei vind.* itaque una cum ipſa principali actione, aut pendente adhuc judicio in bonæ fidei & arbitrariis actionibus petenda ſunt quibus alias per ſententiam finitis, nulli ſuper iis petitioni locus eſt, ut docet *d. l. per colluſionem* 49. §. 1. *de act. empt.* Quod officium nobile attinet, rurſus ſecernenda ſunt, quæ in mero arbitrio prætoris poſita ſunt, (de quibus verum eſſe poteſt, quod quaſi miſericorditer imploranda ſint) & quæ talia non ſunt, de ſuper quibus prætor propoſuit edictum, velut, ut præſtetur cautio legatorum, aut damni infecti; quæ licet revera & loquendo proprio obligationem aliquam præcedentem non habeant, tamen quoniam prætor ſemel in genere ſe ius de iis redditurum propoſuit, etiam illud ſuper iis reddere neceſſum habet, quo pertinet *d. l. actionis* 37 *h. t.* Vitioſe autem huc referuntur, quæ olim perſecutiones extraordinariæ appellabantur, & quæ hodie à ceteris actionibus non differunt, & habent præexiſtentem aliquam obligationem, veluti petitiones fideicommiſſorum, &c. Hæc ad iſtam rem ſufficiant.

Quibus inter aliquos.] Suntne igitur actiones, quæ apud judices arbitroſve non diſceptantur? Nullæ penitus; quod Doct. omnes agnoſcunt; & reſpondent, ut poſt eos refert *Iaſon. hic numer.* 14. quod quando relativum quis, vel qui, adiicitur qualitati, quæ competit unicuique contento ſub genere antecedenti, tunc relativum ſtat declarative & non reſtrictive. Sed nimis putidum eſt, in his laborare; quaſi ita accuratiſſime ſemper Iuriſconſulti locuti fuiſſent: ſatis eſt conſtare de re ipſa, quod actiones apud alios quam judices, aut magiſtratus inſtitui non poſſint.

Iudices arbitroſve.] Iudices, qui ſint, alibi docetur; in ſpecie ſolet uſurpari jure noſtro hoc verbum de judicibus pedaneis & datis; ſed generalius etiam continet magiſtratus, qui de cauſis cognoſcunt, & in ſumma nemo poteſt cognoſcere de cauſſa, & ſententiam ferre, niſi ſub qualitate judicis, & ut judex; adeo poterat ſufficere dixiſſe, *apud iudices*, ſed adiicere viſum fuit, quoniam ſunt judices, qui in ſpecie appellantur arbitri. Nihil autem huc pertinent hi, quod Dd. vocant † arbitratores, qui tamquam amici & quaſi tranſigendi 4
gratia interveniunt, nihil etiam, qui judice recuſato tantum de cauſis ſuſpicionis cognoſcunt juxta jus Canonicum, ſed pertinent huc arbitri, qui jure civili ſuſpecto judice eliguntur, quoniam hi non de cauſis ſuſpicionis, ſed ipſo negotio principali cognoſcunt, juxta *l. apertiſſime* 16. *& l. ultim. C. de judic.* adeoque miror a *Ia. eo hic nu.* 9. ſcribi, quod de his arbitris textus hic non loquatur; utiq; ad eos quoq; recte applicatur. Pertinent huc etiam arbitri, qui electi à partibus compromiſſarij dicuntur, quoniam licet revera judices non ſint, tamen ad inſtar judicum procedunt *l. 1. de recept. arbit.* & eorum pronunciata licet non directo, attamen obliquo, & vi ſtipulationis pœnalis effectum habere ſolent. Rurſus autem hic errat Iaſon cum aliis d. loco, quod ad iſtos reſtringit hunc locum. Sed enim crediderim, nec de illis, nec de his principaliter cogitaſſe Iuſtinianum, ſed magis de judicibus,

cibus, qui judiciis arbitrariis & bonæ fidei addicebantur? quippe quibus laxior erat ex formula judicandi poteſtas, & maxime quod in illis ſententia quædam quæ arbitrium dicebatur, præcedebat, ut dicemus ad §. *præterea* 33. *infr h t.* Et maxime in judiciis diviſoriis famil. ercisc. & jud. comm. divid. arbitros appellatos fuiſſe pluſquam conſtat. Atque ita in *l. à divo* 15. *in prin de re ind.* arbitri à prætore dati dicuntur, & paſſim alibi.

Cum eo, qui ei obligatus eſt] Subiicit, *vel ex contractu, &c.* Ita contractus obligationis, & hæc actionis cauſa eſt. Quibus verbis uti præſtat, quam tropicis & metaphoricis, quod obligatio ſit mater actionis, ut loquuntur Dd. & inde multas disputationes & nugas concinnant, obligationem civilem patrem,
5 & naturalem † appellantes matrem; & quid ni eadem ratione contractum patrem, aut matrem obligationis vocant? aut omnem cauſam vocant matrem effectus ſui? Non damno plane quo minus ita liceat loqui, ſed non fero, ut huiuſmodi tropis abutamur ad nugas; quarum aliquas examinabimus, ad *t.t. de exception. infr.* ubi de exceptione rei judicatæ; & cujuſmodi eſt, quod Iaſon obiicit opinioni illi ad *princ. tit. num.* 8. non fieri poſſe, ut mater & filia exiſtant eodem tempore, cum tamen obligatio ſtatim poſita, ponat etiam actionem. Equidem ſi argutari liberet, dicerem matrem, qua relativum eſt, non exiſtere ante filiam, qua ſcilicet demum nata incipit eſſe mater. Sed ineptum nimirum eſt, ab appellationibus metaphoricis ejuſmodi ducere argumenta. Utuntur vulgo in textu *l. licet* 42 §. *de procur.* ubi obligatio dicitur parere actionem. Sed ut dixi, eſt locutio figurata; & effectum quoque cauſa recte dicitur parere.

Cum igitur obligatio ſit cauſa actionis, apparet non eſſe veram Placentini ſententiam ad *princ. h t.* quod actio & cauſa ſit unum & idem. Et cum ipſe utatur hoc exemplo, *redde centum, quia tibi credidi*, utique apparet hoc *quia credidi.* non eſſe actionem, de quo pluribus *Ioh. Fab. Angel. & Iaſon ad princ. tit n.* 23. Nec moveor *l. & an eadem* 14. §. 2. *de exception. rei ind.* nam huiuſmodi quæſtiones ex textibus iuris decidendæ non ſunt, neque ſemper propriis verbis JCti utuntur; & in fundamento actionis conſiſtit ſane vis actionis; & cauſa poteſt ſumi pro tota controverſia quæ agitur in judicio, quomodo verbum *cauſa* in *d. l.* 14. accepiſſe videtur JCtus.

Vel ex contractu, vel maleficio] Apparet ſubintelligi etiam quaſi contractus, & quaſi maleficia.

Prodita ſunt actiones in perſonam.] Nam ex contractibus † & maleficiis ſolæ actiones perſonales naſcuntur: Et hæ ſunt principales cauſæ actionum in perſonam: ſed tamen non omnino ſolæ; & dantur actiones in perſonam quæ nec ex contractu, nec ex maleficio naſcuntur: nimis enim varii & multi ſunt caſus, quibus ſæpe ex æquitate per actionem in factum ſuccurritur, quæ ſubſidiaria eſt; nec eſſet talis, ſi certam cauſam agendi, contractū, aut maleficium haberet; veluti qui ſervum miſericordiæ cauſa ſolvit, & tenetur actione in factum § *ultim. ſupr. ad L. Aquil.* vix eſt ut ex delicto poſſit dici obligatus; vix etiam ex contractu ſpecie *l. ſi me* 32. *de rebus cred.* & aliis plurimis cauſis; ſed & actiones quæ vocantur à Dd. dativæ, de quibus infr. dicemus, nec contractum, nec maleficium cauſam habent. Quinimo, quidquid alii putent, pacta legitima ex quibus naſcuntur actiones perſonales, contractus non ſunt. 6

Dare, aut facere † oportere] Verba hæc formulæ actionis perſonalis, ſunt explicanda ex diſtinctione obligationum & ſtipulationum, quod ſint vel de dando, vel de faciendo, §. *ultim. ſupr. de Verb. obligat l.* 2. *in princip. l.* 5. §. 1. *de Verb. obligat.* Quod enim in hac diviſione eſt, *dare facere*, idem eſt in hac formula. In ea autem diviſione *Dare* eſt dominiū transferre *l. ubi* 75. § *ult. de V. O.* hæ enim dicuntur obligationes dandi, & quæ nominatim diſtinguuntur ab obligationibus, de tradendo, & ſi quis promittat, tradere *l. firem* 28. *de V. O.* idque eſt quod dicitur in *l. ſi ita* 25. §. 1. *de contr empt.* eum, qui fundum ſtipulanti ſpopondit, cogi, ut fundum ejus faciat. Itaque ſiquidem illa ſtipulationum, & obligationum diviſio, totum exhaurit, oportet, ut ſtipulationes de tradendo, referamus ſub eas, quæ ſunt de faciendo, quod præter *d. l.* 28 *de Verb Oblig.* probat *d. lex ubi* 75. §. *qui id* 7. *& l. ſtipulationes* 72. *in princip. eod. tit.* ubi nimirum hoc tantum agitur, ut ſtipulator poſſeſſionem rei conſequatur, itaque etiam hoc modo quiſque rem ſuam recte ſtipulatur, ut docuimus ſupra ad § 1. *de inutilib. ſtipulation.* Porro faciendi ſtipulationes eius naturæ ſunt, ut non ad ipſum factum, ſed tantum ad intereſſe agatur, *l. ſi quis* 13. §. 1. *de re iudic. d. l. ſtipulationis* 72. *in fi. princ de Verb. Obligat.* & diximus ad *d* §. *ultim. de V. Ob.* ubi propterea monet Iuſtinian. expedite, ut ſtipulationi de faciendo, ſubiiciatur ſtipulatio pœnalis certæ pecuniæ. Ex quibus intelligi volo, hanc formulam, *dare facereve* oportere, minime o-

Ddddd 3. motibus

mnibus actionibus perſonalibus convenire : quin nego eam convenire omnibus actionibus ex contractu ; nego, inquam, ita ex depoſito, commodato, aut pignore agi ; neque enim commodans, aut deponens agunt, ut ſibi detur, cum utique depoſitarius & commodatarius non ſint domini: nec etiam propriè ad faciendum ſunt obligati, ſed ut rem, quam à me acceperunt mihi reddant; nec ego ad intereſſe & pecuniam numeratam ago, ſed omnino ut res mea mihi reddantur & reſtituatur, quod non venit ſub verbo facere, prout in illa diſtinctione obligationum & ſtipulationum uſurpatur. Itaque ſtatuo à Iuſtiniano tantum pro exemplo hanc formulam propoſitam fuiſſe ; & hinc expeditiſſime & ſimpliciſſime explico, quod
8 ſequitur, *& aliis quibuſdam † modis*. In quibus verbis ſe torquent Interpp. ut præ ceteris videre eſt ex Iaſon. *hic numer. 33. & ſeqq.* Communius probant, ut intelligantur quaſi contractus & quaſi maleficia. Verum quidquid etiam diſputent, & ut maxime verbum contractus propriè ſumptum non ſemper comprehendat quaſi contractus, tamen hic per contractus & maleficia Iuſtinianum comprehenſa voluiſſe quaſi maleficia & contractus, dubitari vix poteſt : Ceteroquin ipſum verbum *quaſi* nullo negotio adiecisset ; & parum credibile eſt, ea ſignificari voluiſſe per verba *aliis quibuſdam modis*. Tum vero præcipue inepte & abſurde hæc verba referuntur, ad remotius illud de contractu & maleficio ; cum ultro apertum ſit, ad formulas, agendi pertinere, quod perſonalibus actionibus intendamus, *dare facere oportere*, & aliis quibuſdam modis & rectiſſime expreſſit Theoph. his verbis, καὶ ἑτέροις δὲ τρόποις δυνατὸν κινῆσαι τὴν ἀγωγήν. Et adeo quod
9 attinet ad *l. 1. in pr. de † Ob. & Act.* dico male illum locum ad hunc textum explicandum transferri ; quoniam ibi non de formulis agendi, ſed de obligationibus & earum cauſis quæritur. Et longe aliud eſt dicere, naſci obligationes ex variis cauſarum figuris : & agi *aliis quibuſdam modis*. Itaque ut maxime concedam, in *d. l. 1.* ſignificari quaſi contractus & maleficia, non tamen ſequitur eundem eſſe ſenſum horum verborum in h. §. *aliis quibuſdam modis*. Et tamen, nec probo, ut in *d. l. 1.* intelligantur quaſi contractus & maleficia: ſed puto Iuriſconſultum innuere voluiſſe, quod in tanta diverſitate actionum & obligationum fontes earum non poſſint ad certa omnino capita revocari : ſed eſſe quaſdam obligationes, quæ nec ex contractu, aut quaſi, nec ex maleficio, aut quaſi deſcendunt. Longe ineptior eſt altera explicatio Accurſij de qua *Iaſon numer. 49.* de condictione furtiva : Quid enim ineptius, quam ſingularis actionis originem deducere ex variis cauſarum figuris, aut dicere, quod ex ea agatur aliis quibuſdam modis ; plures enim actiones & plures agendi modos plurali iſto modo deſignari apertiſſimum eſt. Et cum in *d. l. 1. de O. & A.* agatur de obligationibus, non poteſt explicari de condictione. Sed & condictio furtiva, aut oritur ex maleficio vero, aut nullo modo ex maleficio oritur, de quo agemus *infr. h. t. §. ſic itaque 14.* Ergo ut redeam unde diverti, ſenſus Iuſtiniani hoc loco eſt, quod actionibus perſonalibus non tantum *dare facere*, intendamus, ſed etiam aliter & aliis modis aliiſque agendi modis utamur, & experiamur. Hinc apparet ineptire & *A. Fab.* qui *19. conject. 20.* hæc verba *aliis quibuſdam modis*, ad cauſas obligationum refert. Ex adverſo apparet, ſine iudicio à Fabro reprehendi Hottomannum, qui rectiſſime etiam animadvertit, in actionibus commodati depoſiti &c. non uſum fuiſſe actorem verbo dandi, aut faciendi, ſed alio quodam. Nec longe abit Cujacius, qui actiones ad exhibendum, *quod metus cauſa*, & ex cauſa interdictorum profert : quamvis actionem ad exhibendum non concedam eſſe perſonalem propriè loquendo, de quo in *§. præterea 13. infr. h. t.* Sed & exhibere, facere eſt, nec omnium ex interdictis actionum eadem eſt ratio. Non animadverto, qui hanc opinionem Cujacii improbet Faber ; cum tamen ipſe in *ſi cap.* explicet Iuſtin. ex *l. 1. de O. & Act.* (ſed vitioſe) & adducat ipſas has actiones in rem ſcriptas, & *quod metus cauſa*. Sed in eo inſigniter eſt ineptus, 1. quod ait iis agi, *facere oportere*, cum tamen perſpicuum ſit, à Iuſtinian. intelligi actiones, quibus aliis modis, ex non *dare facere oportere*, intendimus, ſed longe, 2. ineptior & plane ridiculus, quod negat actionem *quod metus cauſa*, eſſe ex delicto; ex ridiculiſſima ratione, quod delictum nõ admittatur in volentem, quod etiam coacta voluntas ſit voluntas, turpiſſimo & puerili errore, quem caſtigent pueri, qui principia Ethica à limine ſalutarunt. Nimirũ, qui metu agit, vult hactenus, quia principium internum in ipſo eſt ; & vult reſpective minus malum, ut evitet majus ; quod minus malum hac conſideratione ſortitur naturam boni, & fit ita objectum voluntatis; Ceteroquin ſi liceret libere,

bere, nrique hoc minime vellet, quod facit, & hinc
negare illum committere delictum, v. c. latronem,
qui metu mortis intentato, extorquet pecuniam,
vel quid aliud, non eſt hominis ſani, nec ratione u-
tentis; adeo ubique Faber nihil niſi nugas & erro-
res fundit. Et non miror, ſed rideo judicium iſtius
hominis, qui contra Hottomann. ut probet, etiam
reſtituere, exhibere comprehendit ſub verbo facere,
producit *l. verbum* 218. *de V. S.* ubi ſub verbo *facere*,
etiam dandi cauſa contineri dicitur. Quanta hæc
ſtupiditas? Ergo ne in hac formula quoque, dare
erit facere? Idem in *l. faciendi* 175. *de V. S.* Et conſtat
text. illos ſub *tit. d. R. I.* ad certas fere materias re-
ferendas eſſe: nec dubium eſt eum aliquid facere,
qui rem dat; ſed alio ſenſu eo verbo hic utimur.

Cum eo, qui nullo iure obligatus.] Ergo actio in
rem nullo modo eſt ex obligatione, & cum eo, qui
nullo modo nobis obligatus eſt. At contra, qua a-
ctione peto quod mihi debetur, & cum eo ago, qui
10 quid mihi debet, illa ago † cum eo; qui aliqua mi-
hi eſt obligatus: ſiquidem debere præſupponit ob-
ligationem aliquam. Atqui actione in rem ago cum
eo, qui debet mihi aliquid: ut definitio in *pr. tit.*
docet Ergo, &c. Additur hoc argumentum. Actio
de peculio ex aliqua obligatione. Atquin actio de
peculio eſt in rem. Ergo actio quædam in rem eſt
ex obligatione. Ad probationem majoris adducũt,
quod actioni de peculio, vel pro eo quod peti à pa-
tre poteſt, recte accipitur fideiuſſor *L. creditorem*
18. *ad Macedonian.* ubi autem fideiuſſio ibi oportet
obligationem aliquam ſubeſſe. Minorem conantur
probare ex *l. quaſi tum* 30. *in pr. D. de peculio.* Equi-
dem omnino cenſeo fatendum eſſe improprie de-
beri dici, & multo magis, eſſe in obligatione, quod
per actionem in rem petere poſſum; cum nihil inter
me & poſſeſſorem actum ſit, & nec contractus ul-
lus, aut quaſi, nec maleficium, aut quaſi interceſſe-
rit; quo reſpectu Iuſtin. ita loqui, dum ait in rem agi
cum eo, qui nullo jure nobis obligatus eſt, ultro
perſpicuum eſt; ſiquidem hos fontes, actiones in
perſonam prænoſſe, nimirum contractum & ma-
leficium, omnino poſſeſſorem rei noſtræ obligatũ
nobis eſſe non niſi improprie & abuſive dici poteſt,
ut quidem in materia hac verbum obligationis u-
ſurpatur. Idque ſatis eſt ad defendendum Iuſti-
nian. hoc loco, & quod recte dixerit, in rem actio-
nem cum eo eſſe, qui nobis nullo jure eſt obliga-
tus. Quod attinet actionem de peculio, quæ ejus
natura ſit *infr. ad tit. quod cum eo, q. i in al. &c.* dice-
mus, Interim illud certum eſt, propterea eam non eſſe
actionem in rem, utpote quæ ex jure aliquo in re
non oritur: Sed eſt aliqua obligatio tum ex con-
ceſſione peculij, tum etiam ex edicto prætoris, quæ
ad hoc utique ſufficit, ut fidejuſſor recte pro eo de-
bito accipiatur; nec ut fidejuſſioni locus ſit, oportet
omnino propriam obligationem adeſſe, ex contra-
ctu, vel delicto præcedentem.

Quo caſu prodita ſunt actiones in rem.] Apparet ex
ſeqq. cauſam actionum in rem conſtituendam eſſe
Ius in re. Et principale nimirum jus in re eſt do-
minium, ex quo naſcitur actio in rem per excel-
lentiam ita dicta, & quæ intelligitur in dubio, ubi
actionis in rem ſit mentio *t. t. de rei vind.* & de qua
hoc loco aliquid attingit Iuſtinian. Ceteroquin
cum etiam ſint utiles actiones in rem, & ex aliis
quoque juribus deſcendentes, dominium princi-
palis quidem, ſed non ſola cauſa actionum in rem
ſtatuenda eſt. Et nota eſt vulgata diſtinctio † do- 11
minij Dd. in directum & utile, ſive hoc (neque e-
nim de verbis litigandum eſt) dominio jus proxi-
mum, aut affine dicere malis; ex quo eſt utilis actio,
quæ datur emphyteuticariis, ſuperficiariis &c. *l. in*
ſpeciali 73 *§. 1 cum 2 ll. ſeqq. de rei vindicat.* Rurſus
cum ſit & actio publiciana in rem, quæ datur ſub
prætextu uſucapionis completæ, dominium cum
Dd. aliud verum, aliud quaſi ſtatuendum eſt. Am-
plius, cum & bonorum poſſeſſor, & qui ex decreto
ſecundo in poſſeſſionem miſſus eſt, v. c. ex cauſa
damni infecti haud dubie habeant in rem actio-
nem cum domini dicantur & ſint jure prætorio *l. 1.*
de bonor. poſſeſſ l. communi 7. §. plane 9. Commun. di-
vid. lex ſi finis. 15. §. Iulian 16. & §. poſteaquam 33. de
damn. inf. l. 5. § 3. in f. de reb. eor qui ſub tit. dominium
in civile & prætorium ſubdiſtinguendum eſt. Hoc
autem textu præcipue agitur de actione in rem di-
recta, quæ ex dominio civili competit de qua quæ
dicuntur proportionaliter in ceteris ſpeciebus do-
minij & juribus in rem obtinebunt.

Si rem corporalem poſſideat, quam Titius ſuam, &c.]
Hic locus probat quod Interpp. vulgo & latiſſime
Ioh. Fab. Angel. & Iaſon. hic jactant. In actione in rẽ
requiri duo, ut loquuntur, extrema, dominium ex
parte actoris, & poſſeſſionem ex parte Rei conventi;
ſicut enim actio in perſonam requirit, ut actor reũ
ſibi habeat obligatum; ita actio in rem requirit, ut
actor habeat jus in re, & reus rẽ reſtituere poſſit Sed
quid ſi quis per errorem, vel mendaciũ impetret a-
ctionem in rem, & poſt litem demũ conteſtatã ſu- 1
perveniat † ei dominium? Jus Canonicum definit
in cap.

Digitized by Google

in *cap. 3. abbate, de re iudic. in VI.* nihilominus condẽnandum reum; quo aliqui ſimpliciter proponunt, alij, ut Ioh. Faber tantum de æquitate Can. procedere putant. Et ſane à parte actoris cum res in judicium deducatur, non recte argumentamur à perſona Rei cui poſt litem conteſtat. poſſeſſio ſupervenit, de quo ſtatim dicemus. Aut an dicimus tempus litis conteſtatæ, & formulæ, *ſi paret rem Titij eſſe*, videtur ſatisfactum, ſi judici poſtea probet actor rem ſuam eſſe. Sed reſiſtit *l. non videtur 23. de iudic.* non poſtea probet actor rem ſuam eſſe. Sed reſiſtit *l. non videtur 23. de iudic.* non poſſe videri in judiciũ veniſſe, ꝙ poſt litem cont. accidit. Quòd ſi dominium illud quod poſt conſecutus eſt actor, negemus veniſſe in judicium, fieri non poteſt, ut ex eo ſententiam ferat & reum condemnet iudex. Et hoc videntur animadvertiſſe Doctores, qui diſtinguunt inter iudicem ordinarium & delegatum, qui nimirum inſtar pedanei iudicis eſt, (quamvis delegato ſuo plura tribuant Dd.) Nam ſane ubi ipſe ordinarius magiſtratus iudicat, abſurdum ſit, ut abſolvat reum, ubi actor jam ſaltem dominum ſe eſſe probat. Sed olim limitata & adſtricta judicis pedanei poteſtas, faciebat ut in terminis propoſitis condemnare non poſſet reum. Sed neceſſum erat, ut à prætore aliam formulam peteret actor, juxta *dict. leg. 23.* ubi dicitur, nova interpellatione eſſe opus; neque actori ex nova cauſa petenti poterat obijci exceptio iudicati. At ubi ipſe magiſtratus iudicat, non habet actor à quo novam formulã petat; & putidæ eſſent ambages, ſi magiſtratus abſolveret reum, quem mox alio iudicio neceſſario condemnaret. Impenſas tamen forte actor præſtare cogitur, de quo agemus *inf. in materia plus petitionis.*

Si rem corporalem.] Agit enim hic de vindicatione magis in ſpecie dicta, & de vindicatione rerum incorporalium tractatur *§. ſeq.*

Poſſeſſor autem.] Ex parte Rei requiritur, ut ſit poſſeſſor: quoniam, ut dicemus, *in fin. § præterea 31.* eſt hæc actio arbitraria, qua jubetur reus reſtituere rem; & actor propter ius in re quo habet, rem ſibi aſſerit, eamque ſibi reſtitui repetit; nec reſtituere rem poteſt, qui eam non poſſidet. Hic autem certo iure traditum eſt, ſi modo poſt litem conteſtatam poſſeſſionem adeptus ſit reus, recte eum condemnari *l. ſin autem 27. §. 1. de rei vindicat.* quin amplius dicunt Dd. ut refert *Iaſon hic numer. 23.* ſi poſt ſententiam superveniat poſſeſſio Reo, ſententiam mandari executioni per *l. 9. §. 1. de except. rei iudic.* qui tamen textus hoc non probat, ſed magis oſtendit, nova opus eſſe actione, quæ eadem ratio facit, ut ſi qui initio poſſidebat, poſt ſine culpa ſua amiſerit poſſeſſionem, debeat abſolvi *d. l. 27. §. 1. l. ſi rem de except. rei ind.* Quod ſi enim dolo poſſidere deſierit ſuccedit regula iuris, quæ pro poſſeſſione ait eſſe dolum *l. qui dolo 131. & l. parem 150. de Reg. Iur.* id eſt perinde damnatur ac ſi adhuc poſſideret; & nimirum, quæ natura iſtius iudicij eſt, jubet eum reſtituere, primum judex, quod ſi non faciat reus, condemnatur, quanti actor in litem juraverit. Nec enim attendit iudex quod reus, qui dolo poſſidere deſiit, rem reſtituere non poteſt; ſed quia dolus pro poſſeſſione eſt, & ut locus poſſit fieri ſententiæ finali in æſtimationem iuratam, arbitrium illud de reſtituendo, non minus ac ſi vere poſſideret, præmittit; quomodo in petitione hæreditatis malæ fidei poſſeſſor jubetur, res, licet apud alium exſtent, reſtituere, & ſi non faciat, contra ipſum in litem juratur *l. item 20. §. ultim. de petit. hæredit.* Quæ ſi attendiſſent aut intellexiſſent Interpp. non multa inepte quæſiviſſent, & reſpondiſſent, velut prorſus magna hic tractant, ut refert *Iaſon num. 82.* an ubi poſt litem cont. Reus deſiit † dolo poſſidere, con- 13
demnari poſſit virtute directæ actionis, an nova inſtantia & novo judicio opus ſit: Poſtquam enim conſtat, dolum iſtum non poſſe prodeſſe Reo, & eum pro poſſeſſore haberi, utique neceſſario conſequitur quod Reus ex eadem actione condemnetur: ſiquidem, ut dixi, iudex nihilominus iuxta naturam actionis procedit, &, ſi res non reſtituatur, quanti in litem juraverit actor, condemnat. Quæ ratio facit, ut etiam contra eum debeat & poſſit dari rei vindicatio, qui ante litem conteſtatam dolo deſiit poſſidere. Quod quia poſt Abbat. Panorm. diſerte negant magnæ autoritatis JCti *Iaſon in h. §. num: 78. & ibid. Zaſius numer. 22.* juvat paulo accuratius confirmare, Et 1. regula indefinite proponitur ſupra citatis textibus quod dolus pro poſſeſſione † habeatur, & in *l. ad ea 157. verſ. ſemper* 14
de R. I. ICtus eum, qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendum ac ſi haberet. 2. Confirmatur exemplis aliarum actionum. Actio noxalis ſequitur caput quod noxam commiſit, & contra poſſeſſorem ſervi datur *§. omnis 5. inſ. de noxal. act.* Sed non minus tenetur, qui ſervum dolo poſſidere deſiit *l. ſi bona 12. l. electio 26 § 1. de noxal. act.* Ita Interdictum datur, ut reſtituatur quod in loco publico factum eſt, *l. 2. § prætor 15. Ne quid in loco public.* & tamen etiam

iam tenetur, qui dolo malo fecit, quominus poſſideret *d.l.2.§. hoc Interdictum* 42. Tertio & magis ad rem, ſi actio ad exhibẽdum datur adverſus eum, qui dolo malo poſſidere deſiit. Ergo etiam actio hæc in rem. At verum prius. Ergo &c. Si dari actionem probamus, efficimus utique, ante litem cont. poſſeſſionem amiſſam: quoniam ubi poſt lit. cont. deſiit poſſidere, jam non de danda, ſed continuanda actione quæritur. Ratio connexi eſt, quod non magis exhibere poteſt, qui non poſſidet, quam reſtituere. Aſſumptum probatur textibus expreſſis *in l.1.§ ultim. de tign. iunct.l. Iulianus 9. in pr. ad exhib. l. in rem 22. § pen. de rei vindic.* Et quod ad ipſam vindicationem attinet, eam competere contra eum, qui dolo malo poſſidere deſiit, probat *d.l.23.§ pen. iunct. l. qui res 98. in fin de ſolut.* ubi dicitur tignum poſſe vindicari: quod non niſi de utili vindicatione tamquam contra eum, qui dolo poſſidere deſiit, accipi poteſt. Expreſſus textus & in terminis eſt *in l ſin autem 27. §. 3. de rei vind* Equidem notat ibi Acc. non ſatis bene inferri à petitione & judicio univerſali ad ſingulare: & ſtilus arguit eum locum corruptum a Triboniano. Sed tamen ſi ponas etiam eum, qui pro hærede mala fide ſe geſſit. nihil amplius poſſidere, ſed quidquid habuit dolo malo poſſidere deſiiſſe, & contra eum nihilominus dari petitionem hereditatis. (Et loquuntur textus generaliter *in l. item 20. §. præter 6. in fi. l. ſed etſi 25. § ſi ante 7. in fin. de petit hered.*) optima illatio eſt, & faciunt prædicta ut *in d.l. 27. §. 3. de rei vind* nihil contra rationem juris reſponſum videri poſſit. Accedit *l qui petitoris 36. de rei vind.* ubi dicitur, eum qui uſurus eſt rei vindicatione ne fruſtra agat, diſpicere debere, an is quem convenire vult poſſideat, aut dolo deſierit poſſidere, quibus verbis innuit JCtus, etiam hoc caſu recte fundari rei vindicationem: Unica objectio colligitur ex Iaſone & Zaſ. *dd. locis*, quod prætor ſpeciale Edictum propoſuerit contra eos, qui metu futur: judicii in fraudem actoris rem alienant: quo judicio & edicto non fuiſſet opus, ſi conveniri potuiſſet vindicatione. Sed cum iſtud edictum polliceatur actionem non tantum contra eum, qui metu actionis in rem, ſed etiam ad eludendas alias actiones rem alienavit ſequeretur, nullam actionẽ dari poſſe in eum, qui dolo malo poſſidere deſiit, tamquam adhuc poſſideret, quod ex prædictis manifeſto falſum eſſe apparet.

Et igitur fatendum eſt, poſſe utrumque remedium alternative concurrere. Et actio ex illo Edicto competit ſimpliciter ad id quod intereſt, manente ſalva actione directa cõtra eum qui poſſidet: ſicut & tum cum qui dolo deſiit poſſidere, æſtimationem litis præſtitit, (quippe pro dolo ſuo & quaſi in pœnam) *l. nec ullam 11. pen. in fin. de petit. hered. l. Stichum 95. §. dolo 9. de ſolu tionib.* Rurſus nihil obſtat. *l. 3. ultim. de alien. iud. mut. cauſ.* quoniam hoc quidem verum eſt, eum qui vult ſuſcipere utile judicium tamquam poſſeſſor, evitare judicium de alien. jud. mut. cauſ. tum enim nihil intereſt actoris: ſed non verum eſt, quod qui vult ſuſcipere actionem ex Edicto, evitare poſſit utile judicium rei vindicationis. Quinimo dupliciter probatur ex *d.l.§ 3 ultim.* ſententia quam defendo: tum quod ſi ratio juris adverſaretur, & impediret, ne actio in rem daretur contra eum qui dolo deſiit poſſidere, non poſſet facere voluntas Rei ut recte inſtitueretur actio: tum, quod ſi utile judicium habet locum contra eum, & in eum datur, qui dolo deſiit poſſidere: ſequitur neceſſario, quod deſierit poſſidere ante litem conteſtatam, quoniam ſi poſſideat tempore litis conteſtatæ, actio eſſet directa, quæ ob eventum & dolum ſecutum non poteſt mutari in utile, per ea quæ paulo ante diſputavimus.

Ex his etiam apparet, ineptam eſſe ſententiam Dd. quos refert *Iaſon hic n.83.* qui putant, ſententiã latam † contra eum qui dolo poſſidere deſiit, poſſe 15 executioni mandari contra poſſeſſorem ſine novo libello: quoniam ſententia fertur contra ipſum reum, qui dolo poſſidere deſiit, & contra ipſum mandatur executioni: non quidem iuſſum de reſtituendo, ſed quæ ſequitur ſententia, quanti actor in litem juraverit. Quia executione non obſtante, ut paulo ante probavimus, competit domino adhuc actio contra verum poſſeſſorem: adeo id quoque ineptum & ex ignorantia veteris iuris profectum, quod Iaſon menti tenendum eſſe monet: licet ſit opus novo proceſſu, non tamen eſſe opus novo libello.

Poſſeſſor dominum ſe dicat.] Antiquiſſimo iure ita obtinebat, ut *Boet. in comment. ad Topica Cicer.* docet, ut poſſeſſor conventus rei vindicatione & ipſe contra vindicaret: & ita mutua fieret vindicatio, ut Gellius refert *lib. 20. cap. 9.* Conſtat id poſtea neceſſarium non fuiſſe, nec hoc quoque, ut poſſeſſor titulum poſſeſſionis ſuæ diceret *l. cogi. 11. Cod de petit. hered.* & abſolutum fuiſſe poſſeſſorem, dominio per actorem non probato, licet ipſe poſſeſſor nihil præſtitiſſet *§. retinenda 4. verſ. commodum*

infra de Interdict. adeo ut licet ex ſuperfluo in ſe ſuſceperit onus probandi dominij, & in eo ſuccubuerit, non tamen auferatur ei poſſeſſio, ſi actor intentionem ſuam non probaverit, ut recte *Iaſon hic num* 111. ubi monet cautius facturum reum ſi nihil in ſe ſuſcipiat, niſi actor probaverit: ſane enim adhuc audietur ſi velit probare ſe eſſe dominum *arg. l. ſiquidem 9. C. de except. & l. exceptionem* 19. *C. de probation.* cujus probationis hunc effectum notant Dd. ut petere poſſit, pronuntiari pro ſe, quod ipſe ſit dominus: quæ ſententia ium contra quemcunque alium agentem faciet tutum, quæ ſententia tamen vera non videtur: quoniam res inter alios acta, non poteſt tertio nocere, tum officium judicis hoc eſt in hac actione, ſicut & in aliis, ut jubeat reſtitui aut ut abſolvat: niſi forte hunc effectum tribuimus iſti probationi, ut ſi poſſeſſio amiſſa ſit, & ad actorem pervenerit, actionem in rem demus ei qui probavit, contra poſſidentem qui ante egerat, non autem contra aliũ:
26 *arg l. ſed ſi* 11. † §. 1. *de iureiur.* Ubi dicitur, ſi poſſeſſor deferente actore juraverit, rem ſuam eſſe, amiſſa poſſeſſione actionem in factum ei competere contra eum qui detulit juramentũ: quamvis haud ſciam, an iſta recte comparentur: quoniam communi jure & autoritate prætorij Edicti ei datur actio, qui juravit: atqui in ex probatione ſimplici nulla datur actio: neque putarim juris fuiſſe, ut judex pronuntiaret rem eſſe actoris: quo alias poſito, defendi poſſet, actionem poſſe dari contra actorem qui ſuccubuit. Cæterum, ut hoc obiter addam, in quo ſe torquet Accurſius, non pugnat cum *d. l.* 11 §. 1 *de jureiur.* textus *in l. ſed et ſi* 7. (alias *l. eum qui*) §. *ſi petenti* 7. *de public. act.* ubi in iiſdem terminis, ei qui juravit, datur publiciana in rem cõtra eum qui detulerat juramentum. Etenim quod in aliis caſibus obtinet, quibus ex contractu actũ eſt ut concurrat actio in factum ex juramento, cũ actione ex contractu, ſuper quo juratum fuit, *l. ſi duo* 13. §. *ſi quis* 3. & § *ſeq. de iuram.* idem in actione in rem obtinet. Et nimirum juramentum, quaſi titulum præbet ei qui juravit, ut proinde poſt juramentum etiam locus fiat actioni publicianæ. Ex quo præter mentem aliorum explico *d. l. ſi duo* 13. §. 1. *de iureiur.* ubi JCtus ait, ei qui juravit rem ſuam eſſe poſt longi temporis præſcriptionem etiam utilem actionem dari: nimirum contra quemcunque poſſeſſorem: cum ante præſcriptionem actio publiciana vel in factum tãtum contra eum detur, qui juramentum detulit: ut nimirum pro titulo ſufficiat juraſſe, nam ſine titulo, longo tempore rem poſſediſſe, ad actionẽ utilem nõ ſufficit. Dd. ſolent pro conciliatione iſtorum textuum diſtinguere, an juramentum fuerit delatum à domino vero, an, non domino. Sed eſt pura puta divinatio: nec in dubio dũ actor nihil probat, conſtare põt, an dominus ſit nec ne *v. Iaſon. ad* §. *ſed iſta infra h. t. n.* 62. Quæ hic obiter data occaſione adiicere viſum fuit, quæ alias commodius referentur ſub §. *Item ſi quis* 11 *infra h. t.*

TEXTUS.

2. Æque ſi agat quis, jus ſibi eſſe, fundo forte vel ædibus, utendi fruendi, vel per fundũ vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicino aquam deducendi in rem actio eſt. Ejuſdem generis eſt actio de jure prædiorũ Urbanorum: veluti ſi quis agat jus ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi, proſpiciendive vel proiiciendi aliquid, vel immittẽdi tignum in vicini ædes. Contra quoque de uſufructu, & de ſervitutibus prædiorũ ruſticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoq; actiones ſunt proditæ, ut ſi quis intendat, non eſſe ius adverſario utendi fruẽdi, eundi, agendi, aquam ducendi: item altius tollendi, proſpiciendive, vel proiiciendi, immittendive: iſtæ quoq; actiones in rem ſunt, ſed negativę. Quod genus actionis in controverſiis rerum corporalium proditum non eſt. Nã in his agit, qui non poſſidet: ei vero qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget, rem actoris eſſe. Sane uno caſu qui poſſidet, nihilominus is actoris partes obtinet: ſicut in latioribus libris Digeſtorum oportunius apparebit.

COMMENTARIUS.

1 *An ſit dominium poſſeſſionis, obligationis &c.*
2 *An actiones pro ſervitutibus dentur poſſeſſori an contra poſſeſſorem.*
3 *Aſſertio textus contra Hottom.*
4 *De uno caſu quo agat poſſeſſor.*
5 *Ius altius tollendi an ſit ſervitus.*

Sequitur

SEquitur de vindicatione rerum incorporalium
& nominatim, ſervitutum. Sed an dominij an
quo alio jure competit hæc vindicatio? Ut brevi-
ter hic aliquid dicam, animadverto dominij effe-
ctum in duobus fere conſiſtere, in jure rem perſe-
quendi, & ſibi aſſerendi,(& ſcilicet plene)& in ju-
re de re diſponendi,(& ſcilicet plene) & in jure de
re diſponendi. Ex quo judicium facere licet, de
opinione Cujacii & Gœddei, qui etiam poſſeſ
1 ſionis, † obligationis & cujuſcunque juris, veluti
quod creditor in pignore, quod ſuperficiarius
& emphyteuta habent, dominium ſtatuunt: qui ſa-
ne ita eadem ratione & juſtiori dominii ſtatuerent
dominium. Et videmus toto jure dominium &
poſſeſſionem, itemq; dominium & obligationem
opponi, ut iſtorum dominium non recte videatur
& ſine confuſione ſtatui poſſe: & duo illi effectus
hic non deprehenduntur: quoniam nec obligatio-
nem nec poſſeſſionem proprie loquendo perſe-
quimur. ſed ipſam rem quæ in obligationem
deducta, aut in qua tale jus vel ad quam habemus,
ut ea nobis reſtituenda ſit. Ita non jus pignoris,
aut ſuperficiarium, ſed propter jus adquiſitum,
ipſas res pignoratas, & quarum emphyteuſin aut
ſuperficiem habemus, perſequimur, ac de his,
vendendo quoque & aliis modis diſponimus: qua
de cauſa recte Dd. ipſius rei dominium, ſed uti-
le, ſuperficiario & emphyteutæ tribuunt. Equi-
dem video creditorem præter actionem perſo-
nalem habere aliquod ius diſponendi de obligatio-
ne, dũ nomẽ & ita obligationẽ vendere legare, & i-
ta in aliũ transferre poteſt, ſed cũ hoc ſingulari jure
ſit receptũ, & inſuper revera obligatio non transfe-
ratur, ſed neceſſum ſit, ut creditor mandet actiones,
aut citra hoc tãtũ utiles ex æquitate beneficio prin-
cipũ conceſſas actiones habeat emptor nominis,
haud ſcio an ex hoc dominiũ obligationis defendi
poſſit. Ad eundem modum, quod creditor jus
pignoris cedere & in alium transferre poteſt, non
ſufficit, ut eum propterea dominium juris pigno-
ratitii dicamus: ſervitutum autem propria ratio eſt,
neque enim hæ nobis quæſitæ faciunt, ut ipſum v.
c. fundum in quo ſervitutem habemus perſequi &
quidquam de eo diſponere liceat: ſed tantum i-
pſius ſervitutis perſecutio eſt: ut forte non abſur-
de aliquod dominium ſervitutum conſtitui poſ-
ſit, ſive illud verum, ſive quaſi appellare velis, quod
& proportionatis modis per quaſi traditionem &
uſum adquiritur *l. 3. de uſufr. l. 1. in fin. de ſerv. ruſt.
præd.* Et de hac re quoad ſervitutes reales, diximus
ad §. ult. ſup. de ſerv. reb præd. Et ſuper his jurib. ait eſ-
ſe Iuſtin. *in pr. h. §.* actiones in rem: ſive ſit ſervitus
perſonalis, videl. uſusfructus, ſive realis. & hæc rur-
ſus ſive ruſtici ſive urbani prædii: quæ ſingula exẽ-
plis illuſtrat. Sed videamus an conveniant hic quæ
ad §. *præced.* neceſſaria diximus in actione in rẽ. Do-
minium ſive jus ex parte agentis, & poſſeſſionem
ex parte Rei. Dominium ſive jus & conſtitutam re-
cte eſſe ſervitutem, haud dubie actori probandum
eſt. Sed alterum requiſitum deficere & actio hæc † 2
etiam poſſeſſori dari videtur, quod quidem de a-
ctione negatoria diſerte *in fin. huius §.* traditur, ita
ut hic actiones pro rebus corporalibus & ſervituti-
bus inter ſe opponantur. Sed & confeſſoria actio-
ne poſſeſſorem uti, confirmatur ex textu *in l. etſi 6.
§ 1. ſi ſerv. vindic.* ubi JCtus ait quod idem ſit poſ-
ſeſſor juris & petitor. Si tamen paulo ſubtilius con-
ſideretur hæc res, deprehendemus, & hic quoque
non omnimodo iuris eſſe poſſeſſorem, qui agit. Nã
cum ſervitutis poſſeſſio conſiſtat in uſu, ubi pri-
mum vicinus contra ſervitutem aliquid facit, jam
me turbare in poſſeſſione & ea quaſi ſpoliare vide-
tur. quod evidentius apparet in ſervitutibus, quæ
conſiſtunt in faciendo, velut, eundo, agendo: in quo
jure ſi impedias, jam poſſeſſionem amiſiſſe videor.
Atquin in his quæ ſunt in eo, ut vicinus quid non
faciat, velut ut ne altius tollat ædes, res minus eſt
conſpicua, ſed tamen ubi primum vicinus ædes al-
tius tollere incipit, jam poſſeſſio mea incipit con-
velli. Dixerit quis non eſſe in actione in rem ſa-
tis, ut actor non poſſideat, ſed etiam requiri ut
reus poſſideat: quod utique ad has actiones trans-
ferri non poſſe videatur. Et fatendum eſt, æqua-
les terminos, & qui ſunt in vindicatione rerum
corporalium hic poni non poſſe: ubi eadem res
in ſpecie vindicatur, quæ ab altero tenetur. Hic in
altero quaſi poſſeſſionem ſervitutis, in altero quaſi
poſſeſſionem libertatis conſideramus, quam dum
ſibi aſſerit vicinus, hoc ipſo de poſſeſſione ſervi-
tutis alter deiici videtur & vice verſa. Et hic
quoque non eadem ratio eſt libertatis & ſervitutis.
Nam libertas ſaltem hoc facit, ut nihil alteri in fun-
do iuris ſit; at ſervitus aliquid ponit, nimirum jus
eundi, agendi &c. ut tamen rurſus non eadem ſit
ratio ſervitutum, quæ ſunt in non faciendo, ve-
luti ne vicinus altius ædes ſuas tollat. Pro qua di-
verſitate ſubtiliores aliquando ſunt hæ vindicatio-
nes, ſed ſunt tamen. Ut redeamus ad prius illud, de
poſſeſſione, & an poſſeſſor agat nec ne, dicim⁹, ſub-
tilius loquendo, eum agere qui non poſſidet. Sed

Digitized by Google

quoniam in uſu poſſeſſio conſiſtit, & turbatio aliqua aut attentatum non plane tollit uſum, dum alter contra nititur, fit, ut adhuc poſſidens experiri videatur: dum quavis turbatione interveniente & vel leviter impeditus, uti poteſt hac actione. Quod ſi impedimentum ſit gravius & omnino uſum tollat, veluti ſi quis in loco per quem via debetur ædificaverit, jam omnino poſſeſſio ſervitutis videtur amiſſa: adeo tum vere non poſſeſſori juris dicitur competere actio confeſſoria. Idem ad actionem negatoriam transferri poteſt: nam ſiquidem leviter contra libertatem prædii mei attentetur, ego adhuc poſſeſſor juris recte videor: ſin v. c. vicinus paulo longiori tempore ſervitutem ſibi uſurpaverit, aut quid contra libertatem prædij mei fecerit, jam ille magis in poſſeſſione ſervitutis, & ego quaſi poſſeſſione libertatis deſtitutus videor, itaque tunc ego agam qui juris non ſum poſſeſſor, quod & docent *d l.6.§. 1. & l. ſicut 8. §. ſed ſi 3. ſi ſerv. vindic. l. uti 5.§. ultim. ſi uſusfr. pet.* Et itaque negatoria actione aliquando agens, procul dubio non eſt poſſeſſor iuris. Et proinde male videtur *in fi.* §. Iuſtinianus oppoſuiſſe actioni huic negatoriæ, vindicationem rerum corporalium, in quibus ait eum agere qui non poſſidet. Cum enim ſemper in controverſiis rerum corporalium agat, qui non poſſidet, ſiquidem recta eſt oppoſitio, ſequetur ſemper in incorporalibus actione negatoria eum experiri qui poſſidet. Atque ita quidem Hottoman. hic diſputat, ſcribens, nec ſe, nec alios à ſe adhibitos defendere iſtam argumentationem Iuſtiniani potuiſſe adeo implorat hic opem eruditiorum. Ego quidem inter eruditiores
3 me non profiteor, ſed aut valde fallor, † aut judicio Hottomannus lapſus eſt: Et non adeo valde verſati in Logicis non difficulter hanc rem explicent. Neque enim Iuſtin. ponit hanc generalem propoſitionem, de actione negatoria, quod ſemper ea detur poſſidenti: ſed tantum opponit vindicationem pro re corporali, quod ea ſemper detur non poſſidenti. Atqui non tantum cum univerſali negativa, verbi cauſa; Numquam dari poſſidenti: pugnat univerſalis affirmativa; ſemper dari poſſidenti, ſed etiam & quidem contradictorie, particularis affirmans Quandam actionem negatoriam dari poſſidenti: & manet nihilominus, verum & veriſſimum, quod tale genus actionis pro rebus corporalibus non ſit proditum: quoniam qui has poſſidet, numquam agit, & nulla in his talis eſt formula, per quam neget poſſeſſor rem eſſe actoris. Atque hoc unum eſt, quod contra hunc textum movet Hottomannus.

Duo alia movet, contra verba jam relata. Ei qui poſſidet non eſt prodita actio, per quam neget rem eſſe actoris. 1. Quod ſtultum ſit monere non competere ei actionem, qui poſſidet, cum nulla tam excors anus ſit, quæ de eo dubitare poſſit. 2. Quod his verbis, *per quam neget rem actoris eſſe*, moveatur, adverſus actorem non dari actionem: quod itidem abſurde moneatur: qui enim detur actio contra actorem. Itaque quo ad primum pene putat; legendum eſſe *ei qui non poſſidet*, ſcilicet quod huic quidem pro rebus corporalibus detur actio, ſed qua non neget alterius rem eſſe, ſed ſe dominum eſſe intendat: ut ita tantum ad formulam agendi hoc pertineat: alias qui ſe dominum eſſe intendit, hoc ipſo alterum dominum eſſe negat. Et propter hoc ipſum inepta eſt hæc emendatio Hottomanni: tum vel maxime, quia Iuſtiniani propoſitum eſt, opponere actionem negatoriam & vindicationem rei corporalis: quod nimirum illa etiam detur poſſidenti: hæc autem poſſidenti non detur. Itaque ait, hic agere eum qui non poſſidet, poſſidenti autem actionem proditam non eſſe. cæteroquin eſſet in genere accipiendum quod pro ratione ponitur, non poſſidenti non dari actionem, qua rem alterius eſſe neget: quod utique in aſſertione iuris libertatis & in actione negatoria falſum eſt. Et vero plane frivola eſt objectio Hottomanni, quod adfirmativa lectio non habeat rationem dubitandi: neque enim id neceſſe eſt, cum hoc ſaltem docere velit Iuſtinianus, in hac re differre vindicationem libertatis à rerum corporalium vindicatione, quod illa etiam qui adhuc eſt in quaſi poſſeſſione libertatis, utatur: hac autem adhuc poſſidens non utatur.

Quod ad alterum attinet, non diſplicet quidem, quod Hottomann. ſuſpicatur, pertinere hoc ad veteres contradicendi formulas: & quod ut ad fin. §. præced. diximus, poſſeſſor conventus contra vindicet & ſe dominum contendat, non autem neget rem eſſe actoris, Sed ideo tamen hoc minus placet, aut non ſatis placet, tum quod qui contra, ſe dominum eſſe dicit, utique ſimul negat alterum dominum eſſe: quod dum contradicit, utique hoc non facit agendo, ſed potius excipiendo: Iuſtinianus autem de formula agendi loquitur. Itaque dico hanc ſententiam Iuſtiniani eſſe (& neque ſemper exacta accuratio verborum exigenda eſt) quod

quod in rebus corporalibus ita comparatum ſit, ut poſſeſſor alio agente conveniatur: & quod non ſit prodita formula, quæ prævertat poſſeſſor & contra eum quem ſuſpicatur ſibi moturum controverſiam, (quem paulo abuſive actorem appellat) judicio experiatur, & rem ipſius eſſe neget. Qua in re elucet differentia rerum corporalium, & jurium, & verbi cauſa libertatis. Rerum enim corporalium poſſeſſio ita eſt comparata, ut dum rem teneo, alter mihi (niſi per vim) poſſeſſionem rei intervertere non poſſit. Atquin rerum incorporalium poſſeſſio in nudo uſu conſiſtit: itaque cum poſſit alius me tacente per uſum ſibi ius ſervituris acquirere, & ita me quaſi ſpoliare jure libertatis, permiſſum mihi eſt, ut etiamſi needum ſit amiſſa poſſeſſio libertatis, experiri judicio poſſim & libertatem prædii mei aſſerere, hoc effectu, ut alter ne amplius iure quod ſibi aſſerit, uti poſſit. Atque hæc pro aſſerendo textu contra corruptiones Hottomanni.

4 Difficilior tractatio eſt de † exceptione *in verſ. ſane uno in ſi* §. proponit regulam Iuſtin. quod poſſeſſori rerum corporalium non ſit prodita actio: à qua excipit unum caſum, quo poſſeſſor agat, pro quo quærendo nos ad latiores Pandectarum libros remittit. Nuſquam magis verum eſt, quod dici ſolet, tot eſſe ſententias quot capita. Alii captant verba *actoris partes obtinet*: quaſi intelligeret reum & poſſeſſorem excipientem, & probantem, quo reſpectu eum loco actoris eſſe notiſſimum eſt *l. 1. de except.* Sed ita inepta eſſet exceptio ad regulam, quæ de actione proprie dicta loquitur, & inepte diceretur unus eſſe caſus, & ineptum ſit, Iuſtinianum de huiuſmodi generali caſu exaudire. Et eodem redit exemplum Ioh: Fabri & aliorum, ſi poſſeſſor ſuſcipiat onus probandi. fit enim hoc per modum excipientis: & recte hoc refutat *Iaſon hic n 59. & 60.* ubi probat primum exemplum gloſſæ de duplicibus judiciis mixtis. Neotericorum non unus quærit exemplum *in l. officium 9. de rei vindicat.* quod ibi agat ipſe commodans aut deponens, qui retineat poſſeſſionem. Verum licet ita communiter accipiatur d. l. 9. teſte quoque *Iaſone nu. 58. hic,* tamen non probat hoc, ſed ſaltem quod commodatarius poſſit conveniri rei vindicatione: & nimirum ab alio, non vero ipſ commodante, qui fruſtra hac actione utatur contra eum, qui nullam ipſi dominii aut poſſeſſionis controverſiam movet, quod ſi enim rem commodatam eſſe neget & eam ſibi aſſerat, jam poſſeſſio commodanti interverſa eſt, arg. *l 3. §. ſi rem 18 de adquir. poſſ.* Et plane ſi agat commodans rei vindicatione, non poteſt agere qua poſſeſſor, ſed qua non poſſeſſor, dum hoc agit, ut res ſibi reſtituatur: cæteroquin verum eſt, quod non propterea videatur ſtatim renuntiaſſe poſſeſſioni, ut non mutato conſilio, aut actione commodati, aut Interdicto poſſeſſor id experiri poſſet, de quo *Iaſon hic n. 59.* Longum ſit ire per ſingula, & examinare omnes opiniones, quarum incommoda oſtendere facilius eſt, quam afferre meliora. Non abs re eſt, quod monent Donell. & Hottomannus, abſurdum videri, & hoc eſſe torquere non docere, ut pro uno caſu inquirendo, ad quem facile digitum intendere uno verbo potuiſſet, Iuſtinianus nos ad latiſſimos libros Pandectarum remiſerit. Neque ſimile eſt, quod à quibuſdam affertur ex §. *rurſus* (*. in fin. h. t.* ubi quoque remiſſione utitur ad latius volumen Pandectarum. Etenim ibi de certa materia agit Iuſtinian. nimirum de reſtitutione eorum qui læſi ſunt: & cum exemplum propoſuiſſet de uſucaptare alterius, alios caſus quibus prætor reſtitutionem concedit, petendas ex Dig. docet: & qui vis intelligit unde petendi ſint, & ſcilicet *ex lib. 4. Pandect.* ubi de reſtitutionibus tractatur: atquin actionum materia per totum corpus iuris eſt diffuſa. Et rectiſſime (Cuiac. hic, relegari nos ait à Iuſtiniano aliquando ad titulos aut libros, ut *d. §. rurſus in fin. ult. infra de publ. iud.* Sed numquam ad unum caput & legem. Ea autem ratio Donellum & alios movit, ut emendato textu putarint legendum, *ſane non uno caſu.* Qua admiſſa lectione, (quamvis & Theoph legat. ἐν ἐνίαις θέμασιν) hæc verba non pro exceptione proprie dicta fuerint accipiēda (neque enim multi ſunt caſus, quibus poſſeſſor agit) ſed ita explicanda, quod licet poſſeſſor pro rebus corporalibus non agat, ſint tamen aliqui caſus, quibus inſtar ſit actoris, & eius partes obtineat, velut in judiciis mixtis, in præiudiciis, in interdictis &c. Qui autem legunt, *ſane in hoc caſu*, vel *ſane illo caſu*, ut Hottom. & referunt ad vindicationem rerum incorporalium & ipſarum ſervitutum, in hoc incommodum incidunt: quod ita jejune & inepte repeteret Iuſtin. id quod jam dixerat: & iſte *verſ.* non poteſt citra vitium ad aliud quam quod proxime præceſſit, de vindicatione rerū corporaliū referri, ꝙ arguit particula *ſane.* cæteroquin ad prius illud reſponderi poſſit Iuſtin. non expreſſe dixiſſe in præcedd. quod negatoria detur poſſidenti. Et hanc lectionem Baro quoque & Cuiac. probant.

Commentarius.

1 *An actiones ſint ex iure gentium.*

DIximus *ad* §. 1. potuiſſe hanc primam ſtatui diviſionem actionum in prætorias & civiles, & inde utraſque ſubdividi in reales & perſonales. Sed eodem res redit, dum actiones primo in reales & perſonales, & utraque in civiles & prætorias diſtinguuntur: ut *hoc* §. ubi Juſtin. cum propoſuiſſet actiones in rem civiles: ſubiicit eſſe & prætorias in rem & perſonam: ubi hoc vitium notari poſſe videatur, quod nulla exempla civilium in perſonam præmiſit. Sed Juſtiniano ſatis viſum fuit *in pr.* notaſſe fontes & cauſas actionum in perſonam, quæ maximam partem ſunt civiles: ut ſupervacuum exiſtimaverit, aliquas exempli loco proponere: & vel ideo, quod in tractatu præcedenti de contractibus & maleficiis ubique fere & actionum ipſarum fecerit mentionem. Ait Juſtinianus:

Iſtas actiones, & ſi quæ ſunt iis ſimiles, ita ut iuxta modo dicta haud dubio ſignifices, & actiones in perſonam, deſcendere ex legitimis & civilibus cauſis, opponit, ut appareat ita actiones civiles prætoriis: & appellat actiones civiles eo ſenſu, quo obligationes civiles dicimus ex quibus naſcuntur actiones, quas fere omnes eſſentia ſua, ſicut & ipſos contractus à iure gentium eſſe conſtat *l. ex hoc* 5. *de iuſt. & iur.* §. *ſed ius in fin. ſupra de iur. nat.* Sed qui approbatione ſunt iuris civilis, & in Republ. Romana recepti, & obligationes receptæ, juxta notata *ſupra de obligat.* & porro eodem reſpectu & actiones quoque civiles recte appellantur:
2 & adeo prorſus nihil agunt, qui hinc actiones † non eſſe à jure gentium, probare volunt: quorum opinionem & *ad Treutl. & in Tract. de Actionib.* ſolide confutavimus, quamvis Dd. communiter eundem errent errorem *in d. l.* 5. *de iuſtit. & iur. & ad pr. ſup h. tit. ubi Iaſon num* 39 *& ſeqq* quorum præcipue ratio, quod actiones dicantur civiles & ex civilibus cauſis deſcendere *h. text. l in commodato* §. *ſicut D. Commod. l.* 1. *de ſuperfic. & ſi quæ ſunt ſimiles*, ut in *l.* 4 §. *ex hoc edicto. Naut. caup. ſtab.* §. *non autem infra de perpet. & temp. act.* ex eo quod jam paucis verbis attigi, corruit Iaſon autem *num.* 44. *ibid.* ait, ſe multum moveri hac ratione. Ex quo iure non naſcitur obligatio efficax ad producendã actionem, ex illo non poteſt nata dici actio. Atqui ex jure gentium non naſcitur talis obligatio. Ergo Aſſumtum probat, quod ex iure gentium ſit obligatio naturalis, quam conſtet non producere actionem. Et, quomodo igitur inquit, poſſibile eſt dicere, quod actiones ſint de iure gentium, quo iure nondum erat civilis obligatio, alias ſequeretur maximum abſurdum, quod cauſatum fuiſſet in productum ante ſuam cauſam. Addit quod actio ſit ius perſequendi in judicio, judicia autem omnia ſint à jure civili. Hoc argumentum, quod Iaſon putat eſſe Achilleum, quod pace ipſius dictum ſit, ſtramineum eſt: & nimis puerile, velle argumenta mutuari ex textibus juris civilis, ad deciſionem quæſtionis huius, quæ ex rationibus politicis dependet: ita ut maxime ICtorum aliquis affirmaret eſſe actiones ex iure Romano, non ob id fides ipſi habenda eſſet, ſed nullus eſt qui id affirmet: nec quod jure Romano ex naturali obligatione non naſcitur actio, facere poteſt, ut ex ratione iuris gentium ex ea actio dari non debeat, nam unumquodque jus civile hic ſtatuendi habet poteſtatem. Sed & in verbis *naturalis obligatio*, eſt ambiguitas. Nec quiſquam eſt, qui dubitet, vel maxime ex iuris gentium contractibus eſſe naturalem obligationem, at nimirum jus civile, quandam obligationem naturalem, v.c. quæ ex pacto ſimplici naſcitur, noluit eſſe efficacem ad actionem in Republ. Romana producendam, ſed nec videntur noſtri Dd. ſatis intellexiſſe, quid non eſſet jus gentium. Eſt illud; in Idea, ſi conſideres, nullibi, ſed deprehenditur in ſingulis Rebuspublicis: & ad illud referuntur, quæ ratio communis omnibus gentibus dictavit. Itaque penitus falſum eſt, quod judicia & magiſtratus juri civili ſint accepta referenda. Quin imo, qui inſtinctus quaſi naturæ homines ad coeundum in communem ſocietatem & in civitates compulit, idem judicia & magiſtratus, ſine quibus nulla Reſpublic. conſiſtere poſſit, introduxit, & utique quæcunque apud gentes fuerunt, ea ad jus gentium ſunt referenda. Et veriſſima igitur eſt ſententia, quam teſte Iaſone d. loco, Ultramontani defenderunt, actiones eſſe à jure gentium; ſed inepta plane ratione, (ſi fides Iaſoni eam referenti) quod deportatus, qui retinet ea quæ ſunt iuris gentium, retineat actiones, ex *l ſi mandavero* 12. §. *ult. cuius* 1. *Mandati.* Non dicam quod aliqui eum locum de relegato accipiunt, ſed dicam, quod hoc ipſum habeat deportatus beneficio iuris civilis & humanitate, ut actiones ſaltem utiles movere poſſit; dum videl. Lex permittit ei uſum bonorum poſt quæſitorum; ſed

uſum

Digitized by Google

uſum tantum; nam ei mortuo nihilominus in bonis etiam poſt damnationem quæſitis, ex ratione veteris iuris ſuccedit fiſcus: ut alibi tractatur. Alias pro hac ſententia, quod actiones ſint iuris gentium, facit quod ipſe Iaſon ſcribit *infr. in §. in perſonam nu.* 1. jure gentium omnem conventionem fuiſſe efficacem pro conſequenda manu regia: id eſt, ut hoc modo promittens cogatur ſervare fidem. Quæ imploratio manus regiæ eſſentia ſua eſt actio. Neque ex jure gentium omnes Reſpubl. monarchicæ ſunt. Sed nolo plura de hac quæſtione.

Vt ecce plerumque.] Proponit duas ſpecies actionum prætoriarum in rem, (nam perſonalium prætoriarum exempla ſequuntur in §. *in perſonam* 8. *inf. h. t.*) quæ habent cauſam, quaſi, & fictum dominium: & quidem duplex ſive dupliciter, ut hic locus oſtendit, 1. cum dominium fingitur adquiſitum, quod necdum revera eſt adquiſitum, 2. cum dominium adhuc durare fingitur, & necdum amiſſum, quod tamen revera ſecundum rationem iuris civilis amiſſum eſt. De priori eſt in *verſ. ut ecce*, quod in rem prætor permittat agere, ut actor ſe dicat quaſi uſucepiſſe, quod tamen, necdum uſucepit; quæ eſt actio Publiciana, de qua in §. *ſeq.* De poſteriori in *verſ. vel ex diverſo*, ut quis adverſarium non uſucepiſſe dicat (& ita ſe adhuc dominum) quod tamen revera uſucepit; quæ eſt actio reſciſſoria de qua in §. *rurſus* 5. Itaque in *fin. huius* §. legendum eſt *poſſeſſorem* (non ut in vulgatis, *poſſeſſor*) quam lectionem Ferretus, Ruſſardus, Cuiac. Hottomann. Weſembec. probant, & ipſa ratio ſuadet; & inconcinnum eſt, quod Acc. coactus eſt, ita explicare, *poſſeſſor quondam, nunc petitor*, aut, *pro domino, ad quem nunc rediit poſſeſſio:* nec enim de poſſeſſore per exceptionem ſe defendente, ſed de eo, qui movet actionem hic agitur. Duriuſculum tamen eſt, *poſſeſſorem dicat adverſarium ſuum*, & verbum *dicat* præcedere deberet; tum & ſatis conſtat, actionem in rem non niſi contra poſſeſſorem dari. Idque omnino probo eos, quos refert Contius, hoc verbum *poſſeſſor* expungere. Ita enim rectiſſime legitur, ut vel actor dicat ſe quaſi uſucepiſſe, quod non uſuceperit; vel ex diverſo dicat (ſcilicet actor) adverſarium ſuum non uſucepiſſe, &c.

TEXTUS.

4. Namque ſi cui ex iuſta cauſa res aliqua tradita fuerit (veluti ex cauſa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) necdum eius rei dominus effectus eſt; ſi eius rei caſu poſſeſſionem amiſerit, nullam habet in rem directam actionem, ad eam perſequendam: quippe ita proditæ ſunt iure civili actiones, ut quis dominium ſuum vindicet: ſed quia ſane durum erat, deficere eo caſu actionem, inventa eſt à prætore actio: in qua dicit is, qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe uſucepiſſe, quam uſu non cepit, & ita vindicat ſuam eſſe, quæ actio Publiciana appellatur: quoniam primum à Publicio prætore in edicto propoſita eſt.

COMMENTARIUS.

ASſumit Iuſtin prius membrum ex *fin. §. præc.* ubi quis dicit ſe uſucepiſſe quod non uſucepit; quod fit per actionem Publicianam, ab autore prætore ita appellatam, cuius introducendæ ratio fuit, difficultas probandi dominii, quod tranſire in eum, qui ex quamvis juſto titulo rem accepit, non poteſt, niſi ipſe tradens fuerit dominus; quod cum difficillime oſtendi poſſet., & tamen non probato dominio, in rei vindicatione civili, ſuccumbendum eſſet actori, quod iniquum viſum fuit prætori, ut quivis poſſeſſor hoc modo vinceret, & potior eſſet; dedit hanc actionem prætor, qua obtineret, qui bona fide & juſto titulo rem ſe accepiſſe, adeoque utique in conditione uſucapiendi fuiſſe, probaret: quo probato præſumetur interim dominus, & ei quaſi domino poſſeſſor reſtituere rem tenetur; eoque ne qua offenderentur regulæ ſubtiles iuris civilis, placuit ſub colore dominii & quaſi impletæ uſucapionis hanc actionem intentari, ut in *fin. §. præc. & h. §. in fin.* docet Iuſtinian.

Et nimis temerarie ne quid gravius dicam Hottom. hic totum hoc ait eſſe falſum & nugatorium: Nec credibile eſt, quidquam hic de ſuo commentum eſſe Tribonianum, ſed iſta ex veteri ICto de-

ſcripta

ſcripta planè probabile eſt. Et cum ignoremus exactam rationem formularum veterum, modeſtius ſentire & ſcribere debemus. Et ita legimus, quod teſtamentum parentum per liberos exhæredatos, aut præteritos, ſub colore furoris impugnetur, cum tamen nil prohiberet ſub alia forma liberis ſuccurrere. Apparet autem hinc turpiter errare *Jaſonem hic num.* 82. ubi contendit, in hac actione expreſsè ponendum eſſe, quod quis non ſit dominus. Ex his etiam apparet, eum quoque, qui in rei veritate eſt verus dominus, ſi dubitet, an probare dominium poſſit, rectè uti publiciana; Cæteroquin vero domino qua tali hanc actionem non competere poſſe verius eſt, de quo late *Jaſon hic num.* 59. *& ſequentib.* Et quoniam igitur hæc actio fundatur in colore uſucapionis, conſequenter oportet eum, qui ea agere vult, fuiſſe in ea cauſa, ut rem uſucapere potuerit. Itaque requiſita uſucapionis hic adeſſe neceſſum eſt, & nimirum, ut res fuerit tradita, & ita poſſeſſio translata in accipientem, ſine qua uſucapio non procedit, *l. ſine*, 25. *de uſucapionib.* tum ſecundò, ut fuerit tradita ex justa cauſa & titulo, & tertiò, ut accepta fuerit bona fide; quod poſtremum huic §. adjiciendum eſt; quoniam alias non haberet locum uſucapio. Hæc enim res inducit æquitatem hujus actionis, & ut *hoc* §. ait Juſtinianus, faciebat, ut durum haberetur deficere actionem.

Et hinc enim eſt, quod hæc actio regulariter contra dominum non datur, *l. penult. de public. action.* hic enim ceſſat æquitas actionis, cum domini conditio ſit potior. Hinc etiam eſt, quod nec contra eum poteſt obtinere & vincere agens hac actione, qui habet titulum *l. ſive autem*, 9. § *ſi duobus*, 4 *de publician. action. Jaſon hic num.* 19. *& Zaſ. num* 24. quoniam oportet in actore, qui rem evincere vult, jus eſſe potius, *argum. l. ult. de public. action.* & cum actor non neceſſe habeat probare dominium, ſed tantum titulum & bonam fidem, ſi poſſeſſor idem jus probare poſſit, meritò agente potior erit. Cætera, quæ ad hanc rem prolixè pertinent, prolixè *in tractatu de actionib. diſput.* 3. explicavimus. Hottoman. ſaltem qui cornicum oculos configere vult, ſententia nobis explicanda eſt. Statuit ille hanc publicianam actionem pro iis fuiſſe introductam, qui non jure Quiritium facti domini fuiſſent, & nimirum, qui citra mancipationem, in jure ceſſionem, & eos modos, quos refert *Ulpian. tit* 20. rem accepiſſent, ſimplici traditione. Atque ita ex ſententia Hottoman. etiam domini bonitarii, & ut maximè à vero domino rem accepiſſent, hac actione utebantur: quoniam ut maximè verus dominus rem, ſed citra nexum tradidiſſet, dominium bonitarium tantum ex ratione juris veteris tranſibat. Ulpian. tit. 1. §. *qui tantum.* Hanc ſententiam falſam eſſe dico, & ſcrupuloſitatem mancipationis jam magnam partem tempore Juriſconſultorum noſtrorum in uſu deſiiſſe exiſtimo. Et vero quod actio in rem directa, fuerit data non tantum his, qui ſpeciali modo juris Quiritium dominium conſecuti eſſent, ſed etiam, qui jure gentium, expreſſum eſt, in *l. in rem*, 23. *de rei vindicat.* quem cum ipſe Hottoman. adducat, apparet eum ſtudio novandi aut contradicendi in tam abſurdam ſententiam abreptum. Et paſſim noſtro jure uſucapere ille dicitur, qui a non domino rem accepit *in princip. ſupra, de uſucapionib.* & patet ex *l* 1. *de uſucapion.* ubi hic finis uſucapionum dicitur, ne dominia ſint in incerto. Atquin & olim, qui tantum bonitarium dominium habebat, licet poſſidendo per annum aut biennium conſequeretur & dominium Quiritarium argument. *l. ſi finita*, 15. § *Julianus*, 16. *d. damn. inferend.* tamen etiam propter ſolum bonitarium dominium ſervus erat, neque qui nudus dominus Quiritarius manſerat, ullam bonitario controverſiam poterat movere. Sed & diſertè in *l.* 1. *de publician. action.* prætor proponit hanc actionem, ubi res eſt tradita à non domino, & in *l. ſi ab eo*, 18. *de pignorib.* dicitur ei competere publiciana, qui dominium non habuit; & in *l. ſi inter.* 21. § 1. *eod* qui à non domino accepit; idem in *l. ſive*, 9. §. 4. *& paſſim de Publiciana actione.* Aut an ea omnia à Triboniano corrupta dicimus? Ita bellè jura tractabimus. Accedit, quod cum, ut diximus, exceptio dominii obſtet publicianæ actioni, & dominus potior ſit, utique dominium bonitarium domino nudo Quiritario conſtat fuiſſe potiorem.

TEXTUS.

5. Rurſus ex diverſo, ſi quis cum Reipublicæ cauſſa abeſſet, vel in poteſtate hoſtium eſſet, rem ejus, qui in civitate eſſet, uſuceperit: permittitur domino, ſi poſſeſſor Reipublicæ cauſſa deſierit abeſſe, tunc intra annum reſciſſa uſucapione eam petere, id eſt, ita petere, ut dicat poſſeſſorem uſu non cepiſſe, & ob id ſuam eſſe. Quod genus actionis quibuſdam, & aliis ſimili æquitate motus prætor ac-

modat, ſicut ex latiore Digeſtorum, ſeu Pandectarum volumine intelligere licet.

Commentarius.

1. *Non valenti agere, an currat præſcriptio.*
2. *De remediore, cindente & reſciſſorio.*

ALterum hoc eſt, quod in *fin. §. ſed iſta*, propoſuit Juſtinianus, cum dicit actor adverſarium non uſucepiſſe, quod uſucepit revera; quod diſertè & *hoc* §. repetit; & ita docet in actione Publiciana & reſciſſoria, de qua hoc §. fuiſſe contrarias quodammodo formulas, ſed ad diverſas perſonas actorem & reum relatas. In illa dicebat actor ſe uſucepiſſe, quod non uſuceperat: in hac dicebat, reum non uſucepiſſe, quod uſuceperat: illo caſu dominium pro adquiſito; hoc pro non amiſſo habebatur; ut vel hinc confutetur Hottomannus, qui ut ad §. *præcedent.* retulimus, falſum & nugatorium eſſe ait, quod de formula Publicianæ actionis ſcribit Juſtinianus: & enim cumulat errorem, & imprudentiam, dum hanc quoque formulam reſciſſoriæ actionis hic propoſitam ineptam eſſe arguit. Et quis verò credere poſſit, hæc conficta à Triboniano.

Duobus autem caſibus principaliter hæc actio competit, & ita, ut dixi, actor intendit, *Primò* quando abſens uſucepit rem præſentis, qui in civitate erat; quem ſolum hic propoſuit Juſtinianus. *Secundò*, quando, qui in civitate eſt, uſucepit rem abſentis, quem utrumque caſum conjungit Juriſconſultus in *l. item, 21. in princip. ex quibus cauſis major.* quod prætor hoc agat, ut abſentes, nec capiantur (id eſt, damnum patiantur,) nec capiant, & videlicet aliis damnum inferant. Utriuſque enim communis ratio eſt, quod nec abſens, nec abſenti iniqua conditio debet inferri; nec me, aut abſentem, aut per abſentiam alterius lædi æquum eſt. Itaque licet ſummo jure uſucapio impleta ſit, adeoque jure civili ei, cujus res, vel abſentis, vel per abſentem uſucapta ſit, actio non competat, tamen ex æquitate prætor conceſſa reſciſſoria actione eo rem deducit, ut perinde ſit, ac ſi res uſucapta non fuiſſet. Et quia æquitatem conſiderat prætor, ideò quo ad abſentiæ ſpecies & cauſſas intereſſe voluit, an abſens uſuceperit; an abſentis res uſucapta ſit. Illo caſu inter abſentiæ cauſſas non diſtinguimus: quæcunque enim cauſſa abſentiæ ſit, non æquum eſt eam mihi nocere; idque ex hoc §. apparet, ex quo reſtitutio & actio datur contra eum, qui Reipublicæ cauſſa abeſt, aut ab hoſtibus (quod juſtiſſimum eſt impedimentum) captus eſt. Hoc autem ſuccurrit tantum ei, qui ex juſta, aut neceſſaria cauſſa abeſt, communiter notant Doctores, & probant ex *l. item hi. 4. cum ſequentib. l. Reipublica, 36. l. non verè, 42. ex quibus cauſis major.* His præmiſſis videamus textum noſtrum, & ejus verba; nam ex eo intelligetur, quid in altero caſu, ubi abſentis res uſucapta fuit, juris fuit: cùm præſertim hanc rem latè in *tract. de actionib. diſput. 3.* explicaverimus. Ait Juſtinian.

Rurſus ex diverſo] Ait, *ex diverſo*, quia oppoſitus eſt hic caſus ei, de quo in §. *præced.* &, ut diximus, Publiciana agit, qui dominium numquam habuit, tamquam ſi illud per uſucapionem adquiſiviſſet: Sed hac actione agit, qui habuit dominium, perinde ac ſi adhuc dominus eſſet, cum tamen alius ipſo jure per uſucapionem hoc adquiſiviſſet.

Vel in hoſtium poteſtate eſſet] Ut hoc procedat, & & contra reverſum detur reſciſſoria actio, oportet poni terminos habiles, quibus ab hoſtibus captus uſucapionem poteſt implere; nimirum ſi capti ab hoſtibus filius, aut ſervus teneant aliquam rem ex cauſſa peculiari, *text. in l. ait 23. §. 3. ex quibus cauſ. major. l. juſto. 44. §. ult. de uſucap.* Cæteroquin ſi ab hoſtibus quis capitur, & poſſeſſio & uſucapio interrumpitur, & nec eo quidem reverſo redintegratur, tantum abeſt, ut retrò ſemper poſſeſſor fuiſſe fingatur, quoniam hic poſtliminii fictio ejuſque effectus ceſſat *l. denique, 19. ex quibus cauſ. major. l. ſi is, qui, 15 in princ. de uſucapionib.*

Rem uſuceperit] Et igitur abſens poteſt uſucapere, neque enim abſentia, ſi nihil aliud accedat, interrumpit poſſeſſionem. Ubi objicitur; quod vulgò jactatur: contra eum, qui agere † non poteſt, 2
non currere præſcriptionem. Atquin præſens contra abſentem agere non potuit. Hæc enim eſt hujus reſtitutionis cauſſa, quod præſens rem ſuam à poſſeſſore abſente non vindicare, & ita præſcriptionem interrumpere non valuit. Ex quo fit, ut ſi vel procurator relictus, vel quicunque alius abſentis defenſionem ſuſcipere paratus fuerit, reſtitutio non detur, *l. item. 21. §. 1. cum ſequentib. & l. ſequent. ex quibus cauſis major.* Nec enim facilè uſucapio jure civili, reſcindi, & prior dominus audiri debet, ubi communi jure ſibi adverſus abſentem potuit conſulere. Ex quo & illud conſectarium deducitur, jure Juſtinianeo noviſſimo, ex hac cauſſa amplius reſtitutionem non dari; poſtquam præſenti remedium proditum eſt, quo uſucapionem contra ſe cœ-

ſe cœptam, vel maximè abſente poſſeſſore interrumpere poſſit, in *l. ut perfectius*, 2. *C. de annal. except.* nimirum per conteſtationem coram magiſtratu factam, quamvis Doctores contrà frequentius exiſtimare videantur; ſed ex frivola ratione, quàm refert hic *Jaſon num.* 23. quod iſto remedio non poſſit ipſam rem conſequi præſens; neque enim in terminis, quos tractamus, & quibus reſtitutio olim dabatur, hoc conſequi contra abſentem præſens poteſt, ut res reſtituatur ipſa: itaque hoc ſatis eſt, quod hodie beneficio *d. l.* 2. interrumpere poteſt uſucapionem, qui præſens eſt, & ita ſibi contra quandocunque reverſum conſervare directam actionem, quæ ſi conſervari integra alia ratione potuiſſet, prætor ſuo edicto & actione propoſita, remedium reſtitutorium non dediſſet. Jam ut ad propoſitionem majorem redeamus argumenti propoſiti, quod non valenti agere non objiciatur, imò non currat præſcriptio: communiter diſtinguunt Doctores inter impedimentum facti & juris; quod hoc demum, non itidem illud inhibeat, & ſiſtat uſucapionem. Quæ diſtinctio optimam & perſpicuam rationem habet; neque enim jus, quod introduxit uſucapionem factorum ſingulorum, aut quæ in facto poſſunt agendi afferre impedimentum, poteſt habere rationem; Cæteroquin nimis ſæpè inhiberetur uſucapio & eſſet in incerto. At ubi ipſum pariter jus injicit impedimentum agendi, tunc & ipſam inhiberi uſucapionem ratio ſuadet. Atquin impedimentum, de quo hic agimus, non juris eſt, ſed facti. Atqui hinc contra filiusfamilias, quia ratio juris facit, quo minus agere poſſit, præſcriptio quoque non currit *l.* 1. *in fin. C. de annal. except.* nec contra mulierem, interim dum ratione juris obſtante actionem movere non poteſt *l. in rebus*, 30. *verſic. omnis*, *C. de jure dot.* nec ubi obligatio conditionem, aut diem habet *l. cum notiſſimi*, 7. §. *illud*, 4. *C. de præſcription. triginta annorum.* Quæ ita obtinent in impedimento juris, ut ita dicam, intrinſeco, ordinario & perpetuo, & quod ipſam perſonam inhabilitat: aut obligationem, ſecus in extraordinario & extrinſeco, veluti, propter ferias, aut quod prætor ſui copiam non facit, aut Imperator ſpeciale beneficium dilationis concedit, ut *l.* 2 *C. de precib. Imp. off.* hic enim præſcriptio inchoata currit, ſed datur reſtitutio, vide *Gomez. hic num.* 14. *& ſeq. Bald. in l. quibus.* 2. *C. d t. col.* 1. *&* 2. Quæ interim annotare viſum fuit contra Ant. Fabrum, qui de erroribus pragmaticis *decad.* 3. *cap* 9 *& decad.* 88. *error* 8. abſurdè contendit, nec juris impedimento inhiberi, & ſiſti uſucapionem.

Permittitur domino] Ita dicitur, vel temporis præteriti conſideratione, vel quia, ut diximus, hoc colore hanc intendit actionem, quaſi etiam num dominus eſſet.

Tunc reſciſſa uſucapione.] Hic aliquid dicendum eſt, de opinione Doctorum, qua hic duplex remedium † ei, qui læſus eſt, dari & neceſſarium eſſe 2 putatur, reſcindens & reſciſſorium. Ita nimirum ſtatuunt, primò, libellum eſſe offerendum pro reſcindenda uſucapione, & ita juxta libellum iſtum prætorem officio nobili reſcindere quaſi uſucapionem: & tum reſciſſa uſucapione, per hoc reſcindens judicium, num demum prætorem dare reſciſſoriam actionem, per quam ipſam rem actor conſequatur. Equidem jure veteri in omnibus actionibus ferè duplicis judicii ſpecies apparebat; quædam enim in jure fiebant apud prætorem, formula petebatur, exceptiones, replicationes proponebantur, pro qualitate actionum, & formulæ inſerebantur, tum demum partes cum formula ad judicem pedaneum mittebantur. At enim tractatio illa apud prætorem judicium non dicebatur; & Doctor. proprium quid hic ab aliis aſt omnibus ſtatuunt obtinere; cum præſertim non de veteri, ſed de eo proceſſu & jure diſputent, quo ipſi magiſtratus judicant; & putant (quod longè ab aliis judiciis erat alienum) duplicem libellum, duplicem litis conteſtationem, duplicem etiam pronuntiationem intervenire, nimirum decretum magiſtratus, quo reſcindatur uſucapio; tum ſententia judicis, quo res reſtitui jubeatur. Quod ego falſum eſſe dico.

Fatebor quidem & amplius, accidere aliquando, ut duplex quaſi pronuntiatio intercedat; & hoc ſcilicet in reſtitutionibus minorum; veluti ſi manus ſint porrigendæ contra tertium: & ubi, verbi cauſa, qui rem à minore emit, iam in alium tranſtulit; hoc enim caſu cognita cauſſa, ſi minoris ipſam rem habere interſit, prætor eum contra tertium, & ſcilicet rei poſſeſſorem reſtituet, licet hic nihil cum minore contraxerit, ut eſt in *l. in cauſſa*, 3. §. 1. *de minoribus*. Et tamen magis puto, nec in his terminis duplex pronuntiatum interveniſſe, aut prætorem per proprium quoddam decretum contractum reſcidiſſe, & tum demum in rem actionem minori dediſſe, ſed ſi prætor cauſſa cognita deprehendiſſet æquum eſſe, ut res minori reſtitueretur, rectè ei reſciſſoriam actionem contra tertium poſſeſſorem conceſſiſſe, ſed quod ex *d. l.* 13. §. 1. probatur, dum ait Juriſconſultus, quod minori contra tertium ſuccurratur, aut co-

gnitione prætoria, aut data in rem actione, id eſt, ut prætor, vel det judicem pedaneum, vel ipſe negotium totum decidat, & item recta minori reſtitui jubeat: Ineptum autem ſit putare, prætorem primum per decretum, actum ſive contractum reſcidiſſe, & tum demum quaſi ſeparato judicio rem reſtitui juſſiſſe. Et igitur duplicitas hæc judicii reſcindentis, & reſciſſorii apparet nuſquam; quæ & longè abſurdior ſit futura in noſtro caſu, ubi tantum agitur cum uno. Et ita omnino ſtatuendum eſt, quod ſicut in edicto, quod metus cauſſa, & de dolo, non alio modo prætor reſtituere dicitur, quam dum concedit actionem metus & doli. Ita & hic reſtitutionem poſitam eſſe in ipſa actionis reſciſſoriæ conceptione: dum prætor cauſſa cognita actionem contra eum, qui rem uſucepit, concedit. Et teſtatur *Juſtinianus in §. ſed iſta, 5. in fin. hujus tit.* quod in hac actione actor dicat poſſeſſorem non uſucepiſſe, quod tamen uſucepit, quæ formula non conveniret, ſi jam alio judicio reſciſſa eſſet uſucapio; &, ſi id ita eſſet, jam veteri actioni locus eſſet, nec neceſſaria nova actio prætoria, quæ utilis & reſciſſoria dicitur *l. ult. C. quib. ex cauſ. maj. l. 3. de reſtit milit. l. ab hoſtib. 18. C. de poſtl. revers.* Poſſit fortaſſe hîc explicari, quod prætoris decretum non habeat eam vim, ut completam jure civili uſucapionem reſcindere & nullam reddere & rurſus eodem jure civili extinctam actionem reſtituere & reducere poſſit: itaque utcunque decreto reſcindente prævio, nihilominus tamen ita agendum, & novam actionem neceſſariam fuiſſe, ſed, ut hoc ita ſit, cui bono igitur fuerit, ut prætor decreto proprio ſuper reſciſſione uſucapionis pronuntiaret? Vidi, qui pro duplici judicio adſtruendo produceret *l. ult. §. ult. ad Senatuſconſultum Velleian* ubi ait Juriſconſultus reſciſſa interceſſione in dominum reſtitui actionem. Sed conſtat ſanè, in materia hujus Senatuſconſulti, nullum duplex judicium reſcindens & reſciſſorium eſſe: Sed nimirum aut mulier tantum acceſſit obligationi, & mulieri tantum ſuccurritur; aut ita intervenit, ut prior obligatio perimeretur, & vetus debitor liberaretur, & tunc in veterem debitorem actio reſtituitur, quæ & ſimpliciter in eum dare dicitur in *l. quamvis, 8. § quoties, 7. & §. Marcellus, 9. ad Velleianum* eademque ratio eſt, ſi pro ſervo intervenerit ut in dominum reſtituatur actio *d. l. ult. §. ult.* quod ſimplicius proponitur in *l. ſed ſi, 9. eodem tit.* Cæteroquin non aliunde rectius, quàm ex *d. l. ult.* explicari poteſt, quod in *hoc §. & in l. in honorariis, 35. in fin. de Obligat. & Action.* dicitur reſciſſa uſucapione rem peti; quibus verbis Doctores ad tuendum errorem ſuum abutuntur, nihil enim aliud ſignificat, reſciſſa interceſſione actionem in dominium dari aut reſtitui, & videlicet ut interceſſio mulieris pro nulla habeatur, & prætor tamquam ſi ea nō interveniſſet, in dominum det actionem; Ita & hîc dicitur idem, quoniam prætor cauſa cognita, uſucapionē pro nulla habet; & ſignificatur effectus reſciſſoriæ actionis, quæ non obſtante uſucapione rem à poſſeſſore evincit; adeo vi ipſa dum prætor actionem hanc concedit; uſucapionem quaſi reſcidit.

Eodem ſenſu dicitur in *l. metum, 9. §. volenti, 4. quod metus cauſſ.* in perſonam dari actio reſciſſa acceptilatione; ſi videlicet quis per vim, intentato metu coegerit ſibi accepto ferri debitum; eſt enim & hic utilis in perſonam, ut acceptilatio pro nulla habeatur, itemque in *§ ſeq. reſciſſa traditione rem peti*, ex quo non niſi ridicula duplex judicium quis introduxerit. Poſſit etiam quis pro ſententia Doctorum moveri ex *l. noviſſimè, 7. §. penult. quod falſ. tutor. author.* Ubi dicitur venire in judicium illud fructus, quos quis in reſtitutorio judicio eſt facturus: adeò per illud judicium poſſit intelligi judicium aliquod reſtituens, poſt quod ſequatur reſtitutorium. Quæ autem judicii reſtituentis & reſtitutorii, eadem reſcindentis & reſciſſorii ratio eſt. Sed naſcitur iſta objectio ex falſa iſtius loci interpretatione: & judicium iſtud in quo habetur ratio ſumptuum futurorum, non eſt aliquod judicium reſtituens, quod agitetur coram prætore, & quo hoc tantum agatur, ut reſtituatur actio; ſed eſt vera actio, quæ tractatur coram judice pedaneo, & ſcilicet alio in factum in tutorem falſum, qui tamquam tutor præbuit authoritatem puberi cum actio contrahenti, & eſt actio quaſi ex delicto & quæ coercet dolum *l huius, 9. §. 1. l falſus, 11. quod falſ. tutor.* & in conceſſione hujus actionis, ipſa reſtitutio conſiſtit, quam edicto ſuo pollicitus eſt prætor *l. 1. §. ult. eodem tit.* à quo planè diverſum eſt judicium reſtitutorium, cujus eſt mentio in *d. l. 7. §. penult.* & quod datur in pupillum, qui fortè ex contractu factus eſt locupletior. Ex quibus etiam confutatur alia opinio Doctorum relata à *Jaſon. hîc numero 16.* qua hanc actionem ab aliis diſtinguunt, quod hæ ſimpliciter ob jus quæſitum competant; ſed pro illa ſit implorandum officium judicis, nam omnes actiones olim à prætore erant petendæ, ſed hanc ſaltem agnoſco rationem differentiæ; quod aliæ actiones, verbi cauſſa, ex contractu quæſitæ, ſimpliciter concedebantur, ſed hæc ſicut & aliæ reſtitutoriæ cauſſa co-

cognita

gnita dabantur, & ſæpe à prætore negabantur: Cætera explicata ſunt in *tract. de Act. diſput.* 3.

Intra annum.] Præcedens error quem confutavi, alii & graviori errori cauſſam dedit; ut nimirum ſtatuerent duplex tempus; alterum pro judicio reſcindente, alterum pro reſciſſorio, & illud quidem intra quadriennium continuum durare, quo referunt *l. ultim. Cod. de temp. in integr. reſtitut.* hoc autem finiri anno utili referunt hunc textum & cæteros, qui utilis anni faciunt mentionem, *l. in honorariis, 35. de obligat. & action. l. ult. Cod. ex quibus cauſſ. major. l. ab hoſtibus, 18. Cod. de poſtlimin. reverſis*, omnino abſurdè, cum nuſquam in Digeſtis & Codic. niſi utilis anni mentio fiat, & Juſtinianus in *d. l. ult. Cod. de tempor. reſtitut.* annum utilem in quadriennium continuum mutaverit. Et nimirum prætor petita reſtitutione protinus hanc actionem dabat, adeò aliud tempus conſtituere, intra quod ea moveatur penitus ineptum & ridiculum eſt; quoniam ipſa actio à prætore petebatur, qua petita & impetrata jam non amplius ſupereſt quæſtio, intra quod moveri poſſit. Itaque unicum tantum eſt tempus, intra quod reſtitutio & hæc actio reſciſſoria petitur, ut pluribus oſtendi *d. diſputat. 3. theſ. 29.* Et eſt nova iſta actio prætoria & falſum quod reſciſſo obſtaculo veterem dari actionem poſt Dd. *ſcribit Jaſ. h. t. num. 14.*

Illud autem ſingulare eſt, quod hoc tempus quadriennii continui, præter naturam aliarum actionum, non tantum introducendo negotio, & inſtituendæ actioni, ſed etiam finiendæ præfinitum eſt, *d. l. ultim. Cod. de tempor. reſtitut.* idemque probat *l. penult. & l. 5. Cod. eodem tit.* juncto textu, ex quo deſumpta eſt, in *l. 2. Cod. Theodoſian. de in integrum reſtituend.* & quod judicium quoque doli intra biennium voluit finiri. Conſtantinus in *l. ultim. Cod. de dolo.* Et hoc fortè, quæ hæc judicia ſunt extraordinaria, quæ dantur contra actus jure civili perfectos. Nec diſſimile eſt; quod ſpeciali favore cauſſæ fiſcales intra ſex menſes finiendæ ſunt, *l. ultim. ubi Cujacius Cod. de jure fiſci*: & ſuper cauſſis excuſationum quæ agitatur controverſia; intra quatuor menſes abſolvi debet *l. quinquaginta, 38. de excuſat. tutor.* quæ tamen omnia accipienda ſunt cum mica ſalis, ut ſi qua juſta cauſſa interveniat, aut mora contradictoris, vel judicis tempora prorogentur, aut utique reſtitutio concedatur, *argument. l. ſi cum, 19. de excuſat.* quod enim ibi reſponſum eſt, in ſimilibus quoque cauſſis valere debet. Illud perſpicuum eſt, quod hîc annus currat à tempore ſublati impedimenti, ex quo agi poteſt, & abſens reverſus eſt, quod innuit hujus §. particula *tunc*, de quo *Jaſon hic num. 28. & 29.*

TEXTUS.

6. Item ſi quis in fraudem creditorum rem ſuam alicui crediderit, bonis ejus à creditoribus poſſeſſis ex ſententia præſidis permittitur ipſis creditoribus reſciſſa traditione eam rem petere, id eſt, dicere eam traditam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe.

COMMENTARIUS.

1. *Quibus caſibus competat actio Pauliana.*
2. *Quando hæc actio detur.*
3. *An hæc actio ſit perſonalis, nec ne, & an hoc §. de actione Pauliana agatur.*

PRoponitur hîc actio, qua ſuccurritur creditoribus, in quorum fraudem debitores, cum viderent ſe ſolvendo non eſſe, alienaverunt bona. Idque poteſt fieri tribus temporibus, 1. poſtquam † debitores 1
ceſſerunt bonis, aut etiam decretum ſuper vendendis bonis interpoſitum fuit. Ceſſio enim jus quidem in omnibus bonis tribuit creditoribus, ſed poſſeſſionem actualem non transfert; ut nihilominus, quædam clam creditores, de facto debitor alienare poſſit, 2. poſtquam ſaltem ex primo decreto contra debitorem latitantem immiſſio in bona ejus facta eſt; quæ & ipſa cum actualem poſſeſſionem bonorum non conferat, poteſt quid in fraudem creditorum alienari per debitorem. Denique etiam necdum ulla miſſio ſit facta in poſſeſſionem bonorum, poteſt tamen in fraudem creditorum, alienare debitor, qui cum incipit labi bonis, metuit, ne bonorum immiſſionem pati, aut etiam bonis cedere cogatur; patet ex *l. ſi quis, 13. & l. omnis, 17. & paſſim tot. tit C. quæ in fraudem creditorum* omnibus caſibus ſi quid ita in fraudem alienatum ſit, poteſt revocari per creditores, per actionem revocatoriam, quæ dicitur Pauliana, ita ut res alienata rurſum redeat ad bona debitoris, ut cum cæteris, verbi cauſa, vendi & ex ea creditoribus ſatisfieri poſſit. Tum enim demum competit hæc actio, ubi conſtat debitorem ſolvendo non eſſe, & ejus bona quæ jam tenet, non ſufficere creditoribus *l. 1. & 2. & 5. C. de his, quæ in fraudem credit. l. ait, 10. in princ. ff. eod.* Et datur ſcilicet regulariter adverſus eos, in

Digitized by Google

quos res tranſlata eſt à debitore; & datur creditoribus, *h.* §. ubi additur hic color & hæc formula, quod creditores dicant, eam rem traditam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe. Ex quibus verbis oſtenditur affinitas huius actionis cum duabus præcedentibus in quarum altera dicit actor rem uſucaptam, cum revera non eſſet; in altera dominium non amiſſum & non uſucaptam rem, cum tamen revera eſſet; ad eundem modum in hac dicunt creditores actores, rem non eſſe traditam & in bonis debitoris manſiſſe, cum tamen revera tradita eſſet, & ex bonis debitoris exiſſet. Quod notandum eſt contra Hottomannum, qui contra formulam *hujus* §. nihil movet; cum tamen, quod de prioribus duabus actionibus traditur, falſum & nugatorium eſſe ſcribat: & eſt verò ubique eadem ratio. Sicut autem actionis, de qua in §. *præcedenti*, quæ reſciſſa uſucapione dari dicitur, hic effectus eſt, ut poſſeſſor rem reſtituere cogatur, ut maximè jure civili ejus dominus factus ſit, ita hujus Paulianæ effectus eſt, ut cum reſciſſa traditione competat, id eſt, perinde competat, ac ſi debitor rem non tradidiſſet, ſed aliundè ad poſſeſſorem perveniſſet, eam poſſeſſor creditoribus agentibus reſtituere neceſſe habeat. Sed quo jure agunt creditores, & actionem hanc movent, quæ in rem eſt juxta hunc §. quod ſeries ipſa & connexio arguit, & verbum petendi, quod actionum in rem proprium eſt. Reſpondeo eam ſpeciali edicto prætoris eſſe accommodatam creditoribus, & ideò non tam nativam (de qua diſtinctione infrà agemus) eſſe quam dativam. Et quidem cauſſam ejus dandi hanc fuiſſe: poſtquam jam jus creditoribus eſt quæſitum in bonis debitoris. Nam, ut diximus, non datur creditoribus hæc actio, niſi poſtquam debitorem ſolvendo non eſſe, & cætera ejus bona creditoribus non ſufficere conſtat: quod tum demum exactè conſtat, ubi bona à creditoribus poſſeſſa, & jus bona vendendi iiſdem permiſſum eſt, per ſecundum decretum prætoris: quo caſu curator ferè bonis dari ſolet, qui & creditorum nomine, aut ſi quem ipſi creditores ad hoc conſtituerint, ex-
2 perietur hac actione. Idque eſt, quod † innuitur *hoc* §. per verba, *bonis eius à creditoribus poſſeſſis*, quod nimirum tum demum hæc actio detur, non etiam antè, cum dubitari poteſt, an bona cætera ſufficiant creditoribus. Et igitur Donellus *hunc* §. vitioſè planè, & per fallaciam compoſitionis & diviſionis hæc verba ita accepit, ac ſi ſignificarent, pro iis demum bonis revocandis competere hanc actionem, quæ debitor cum jam bona poſſeſſa eſſent, alienavit: quod perſpicuè falſum eſt: & non ad tempus factæ alienationis, ſed intentandæ hujus actionis ea verba pertinent: idque eſt, quod poſt Doctores notat *Jaſon num.* 26. non eſſe locum remedijs revocatoriis, niſi excuſſis omnino bonis debitoris: *& de eodem num.* 66. Igitur hoc modo creditores bona alienata revocant à poſſeſſoribus, ut cum cæteris vendantur, & ex iis, creditoribus, quorum cauſſa potior eſt, ſatisfiat. Atque hæc eſt actio Pauliana, quam hoc §. paucis attingit, & perſtringit Juſtinianus: eaque eſt communiſſima omnium Interpretum opinio: à qua temerè diſceſſionem fecit Donellus hîc, quem pauci, & exigui judicii † homines ſecuti ſunt, ex hac præcipuè ratione,
quod, ut antè diximus, hoc §. ſcopus Juſtiniani fuit 3
proponere actionem realem. Atqui actio Pauliana potius videtur perſonalis, per argumenta, quæ adduxi ad *Treutler. de benefic. credit. theſ.* 5. *& in meo tract. de actionib. diſput* 3. *theſ.* 39. Et quod actio Pauliana magis ſit perſonalis, ab ipſis Interpretibus vulgò communius probari video. Ita enim *gloſſ. hic*, ad verba, *eam rem petere*. movet hoc dubium, quare hæc actio ſit propoſita inter actiones in rem, cum ipſa perſonalis tamen ſit: & reſpondet, id ob ſimilitudinem fieri, quam habet iſta actio cum prioribus duabus, hactenus, quod dicatur & in Pauliana aliquid, quod non eſt revera factum, vel potius non eſſe factum, quod revera factum eſt: & *gloſſ. in l. ait*, 10. *§. ſi quis particeps, quæ in fraud. creditor.* adeo ait eſſe perſonalem hãc actionem, ut & in rem ſcriptam eſſe neget. Et ut maximè in rem ſit ſcripta, tamen conſtat, eas, quæ tales ſunt, origine in perſonam eſſe, nec illa ſimilitudo relata in gloſſ. hîc ſatis eſſe videtur, pro methodo hac defendenda, qua Juſtinianus hic eſt uſus. Nec Interpretes cæteri dubitant, quin actio Pauliana, ex delicto aut quaſi contractu deſcendat: Et ex delicto quidem, ſi qui rem accepit à debitore, fraudem participaverit: ſed ex quaſi contractu, ſi non participaverit: ut tractat & confirmat *Jaſon in hoc* §. *num.* 104 *& ſequentib. & num.* 112. *in fin.* intrepidè tenendum ait, quod non ſit hæc actio dativa, ſed nativa, & quod habeat materiam præexiſtentem. Mihi verò iſtæ traditiones non admodum ſapiunt. Et ut maximè dolus ſit delictũ, & aliquid delinquat, qui rem emit à debitore, quem ſcit in fraudem debitorum alienare, nihil tamen egit cum creditoribus, in quos propriè nec deliquiſſe videri poteſt: & actiones ex delicto non ſolent dari ad evocandam rem, ſed ad pœnam aut utique ad intereſſe: nec formula illa, quam

quam hîc proponit Juſtinianus, neceſſaria eſſet, ſi ex delicto ageretur, imò planè actio ex delicto inepta eſt: quorſum enim attineret, dicere rem manſiſſe in bonis debitoris, ſi ſaltem de rei dolo coercendo ageretur. Illud longè autem improbabilius eſt, quod Jaſon contendit, etianſi poſſeſſor non fuerit conſcius fraudis, ſed rem bona fide acceperit, & ſcilicet ex cauſa lucrativa, (nam qui titulo oneroſo rem accepit bona fide, hac actione non tenetur) tamen eum obligatum videri ex quaſi contractu. Etenim quaſi contractus habent aliquam, licet tacitam conventionem, quæ hîc planè nulla eſt, cum poſſeſſor nihil planè egerit cum creditoribus: neque verò qualitas tituli, quod vel oneroſus vel lucrativus eſt, facere poteſt, ut magis vel minus actio ſit ex quaſi contractu. Et diſſimile planè exemplum eſt, quod Jaſon affert de eo, qui indebitum accepit: quoniam hîc inter ſolventem & accipientem negotium geritur, ut explicatum eſt ad §. *penult. ſuprà, de oblig. quaſi ex contract.* Itaque cenſeo veriſſimam eſſe Ultramontanorum, quam refert, & malè improbat Jaſon *hic num.* 112. Quod hæc actio Pauliana ſit potius dativa, quàm nativa: & quod æquitatis conſideratione prætor hanc actionem conceſſerit creditoribus, omnimodo quidem contra eum, qui rem tenet ex cauſſa lucrativa, ſed ſi ex cauſſa oneroſa, tum demum, ſi fraudis particeps fuerit: nimirum quia putavit potiorem habendam rationem creditorum, qui certant de damno vitando, quàm ejus, qui captat lucrum: Jaſon autem ita argumentatur:

> Omnis actio perſonalis vel eſt ex contractu vel ex maleficio, & vel vero vel quaſi, & adeò eſt nativa.
> Atquin hæc actio eſt perſonalis.
> Ergo, &c.

Nego *primò* majorem eſſe univerſalem & ſine exceptione: quod ſuprà oſtendi exemplo actionum, quæ ſunt ex pactis legitimis, & alias ſpeciali quadam æquitate conceduntur. Et verò cur non poſſit quædam actio perſonalis eſſe dativa? & quod talis ſit actio de peculio probavi *in tract. de Actionib. diſput. 8 theſ 9.*

Quod autem in aſſumptione pro vero ponitur, omnino apud me controverſum eſt, propter hunc §. qui hanc actionem refert inter reales actiones, & utitur verbo petere, quod actionum in rem proprium eſt, neque actionis formula, convenit ullo modo actionibus in perſonam, ut quod contra poſſeſſorem tertium hæc actio datur, cum quo nihil actum eſt, certum indicium eſt, actionem eſſe potius realem.

Verùm ex quo jure tandem in rem, vel quo jure dabitur hæc actio: ſiquidem nec dominium creditores habent, & neque hic de caſu hypothecariæ, ſed ſpecialis actionis tractamus. Donellus hinc & ex his cauſſis negavit in hoc §. agi de actione Pauliana, ſed confinxit agi de actione quadam hypothecaria, qua creditores perſequuntur bona in fraudem alienata.

Sed obſtat, quod ſuprà probavimus, competere hanc actionem, etiam ubi quid alienatum fuit, antequam bona poſſideri ceperint, tum ſi jure pignoris alicujus perſecutio fieret, non eſſet neceſſarium creditores dicere, quod res in bonis debitoris manſerit, quippe per alienationem rei oppignoratæ, certum eſt, non tolli jus pignoris, ſed hoc rem quocunque eat, comitatur.

Fateor habere iſtam actionem quaſi ſpeciem quandam hypothecariæ actionis, ſi ponas quid alienatum fuiſſe à debitore, cum jam immiſſio in bona facta eſſet, quomodo conſtat contrahi jus pignognoris, quod prætorium appellatur, ſed enim dicam hanc ipſam Paulianam eſſe quaſi hypothecariam, & quaſi ad exemplum ejus introductam. Nam hypothecaria, de qua §. ſequenti, proprie competit, ubi ex Lege vel conventione res obligata eſt, quæ conventio hîc deficit: ut quaſi ſpeciali actiona fuerit opus, quæ ſcilicet eſt Pauliana, ſed quæ longè latius pateat, quàm hypothecaria: & nimirum, quia *primò*, ut jam dictum, competit etiam pro rebus alienatis, antequam pignus prætorium conſtitutum.

Secundò, quia datur non tantum, ubi res alinatæ, ſed etiam ubi actiones, ut ita dicam, alienatæ, & ſcilicet debitor debitorem ſuum in fraudem creditorum ſuorum liberavit *l. hac*, 14. *in princip. quæ in fraudem creditorum.* & quæcunque tandem in fraudem facta ſunt, revocantur. Ex quo fit, ut omnino ſtatuam, hanc actioem eſſe dativam, & mera conſideratione æquitatis à prætore introductam: itaque planè mixtæ naturæ, & quæ modo realis, & inter alia in terminis *l. ait*, 10. § *& fructus*, 20. *l. ult.* §. 1. *quæ in fraudem creditorum.* modò perſonalis naturam imitetur. Itaque Juſtinianus in hoc libro & tit. non propoſitum haberet naturam actionum ſingularium plenè exſequi, cum ſub actiones reales retuliſſe actionem Paulianam, non quaſi illa ſemper & omnibus caſibus, & purè in rem eſſet, aut actionis in rem naturam ſemper imitaretur.

taretur: ſed quia etiam & ſuis caſibus eſſet in rem, & utique hujus naturam & conditionem ſequeretur: veluti cum datur contra poſſeſſorem, qui nihil cum creditoribus egit, & qui titulo lucrativo rem tenet. Et facit, quod nec actio, de qua *in § præced.* omnibus caſibus eſt in rem. veluti in ſpecie *l. Julianus*, 17. §. 1, *l. ſi quis*, 42. *& l. ſi quis*. 43. *Ex quibus cauſ. major.* Et hinc etiam eſſe puto, cur hæc actio dicatur in factum *d. l. hac*, 14. *quæ in fraudem credit.* de quo tractat *Jaſon hic num* 97. (Alias enim actiones in factum dicuntur, quæ aliis actionibus ſunt ſubſidiariæ *§. ult. ſuprà ad Legem Aquil. l. non debet*, 11. *in fin. de dolo malo.*) quoniam eſt natura ſua extraordinaria ex nulla certa cauſa competens, ſed pro ut res & æquitas poſcit, accommodatur. Nam & alias, quæ id genus actiones ſunt prætoriæ à prætore deficientibus aliis actionibus accommodatæ, in factum appellari ſolent, ut *in l. fin. in princ. De eo per quem fact. erit.* Atque hæc quidem ad explicandam naturam iſtius actionis hic proponere viſum fuit: cæteræ ex ſupra citatis *ad Treutler part. 2. diſput. de benefic. credit. theſ. 5. & ex tract. de actionib. diſput. 3. theſ. penult.* huc repeti volumus. Unicum addo, quod Theoph. cujus non levis eſt autoritas, hanc actionem, de qua hoc §. agitur, & in rem & Paulianam appellat.

TEXTUS.

4. Item Serviana & quaſi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipſius prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quaſi Serviana autem eſt, qua creditores pignora hypothecaſve perſequuntur. Inter pignus autem & hypothecam, ad actionem hypothecariam, quantum attinet, nihil intereſt: nam de qua re inter debitorem & creditorem convenerit, vt ſit pro debito obligata, utraq, hac appellatione continetur: ſed in aliis eſt differentia: nam pignoris appellatione eam rem proprie contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, maximè ſi mobilis ſit: at eam quæ ſine traditione, nuda conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus.

COMMENTARIUS.

1. *Hypothecaria actio qua.*
2. *Serviana ad quid detur.*
3 *Et an in omnibus ſpeciebus pignoris habeat locum.*
4. *Differentia pignoris & hypthecæ.*

MOnuimus ſuprà *ad § quibus modis re contr. obl.* actionem pignoratitiam ab actione hypothecaria accuratè eſſe diſtinguendam. Illa eſt ex contractu perſonalis, & datur debitori: pro repetenda re pignorata, ubi debitum ſolutum, aut alio modo obligatio pignoris finita eſt. Hæc eſt in rem, *l. 17. de pignor. l. 18. C. eod. l. 3. §. ad exhib. l. ſi cum*, 66. *in princ. de evictionib.* & non naſcitur ex aliqua conventione, ſed ubi per conventionem res pignori nexa eſt, propter jus in re quæſitum creditori, ex edicto prætoris, non ſoluto debito, & obligatione pignoris adhuc durante, creditori datur ad rem perſequendam, ut porro morante debitore; re diſtracta debitum conſequatur. Nam quod ſcriptum eſt *in l. ſi tibi*, 17. §. 2. *de pact.* ex pacto naſci actionem hypothecariam, paulò pinguius dictum accipiendum eſt: quod nimirum conventio de pignore nuda quoque faciat, ut res pignori nexa ſit: quo nexu poſito, ex edicto prætoris competit actio hypothecaria, ut alibi pluribus oſtendi. Planè ut ad *d. §. ult. quibus modis re contr. ob.* diximus, pignoratitia actio paulò abuſivè uſurpatur aliquando pro actione hypothecaria, *l. 3. § 3. ad exhib. l. Tutius*. 9. *in fin. princ. quibus modis pignor. ſolv. l. rem*, 41. *de pignor act. l. communi*, 7. §. *inter*, 12. *communi dividund. l. duobus*, 19. *l. penult.* §. 1 *de except. rei judic. l. natural.* 13 *in princip. de condict. indebit.* Actio autem hypothecaria † in genere eſt, qua creditor rem quamcunque pignori obligatam perſequitur. 1 Itaque non animadverto, cur eam appellationem hic quaſi propriam faciat Juſtinianus actioni quaſi Servianæ: cum nulla ratio dari poſſit, cur non & ipſa Serviana dici debeat & poſſit hypothecaria, niſi fortè quod cum initio tantum pro rebus coloni hæc actio introducta eſſet, proprium ſibi nomen fecit ab authore Servio, prætore, quæ poſtea ad quæcunque pignora producta nomine hypothecariæ appellata fuit, cum illa proprium jam nomen haberet: ſed quæ ſanè ab objecto rectè & ipſa vocatur hypothecaria, & hinc videntur etiam ita ſeparari *in l. 3. §. 3. ad exhibend.* Inprimis autem cum præter conventionale, ſint & aliæ ſpecies pignoris, videndum eſſet, an pro omnibus hypothecaria competat,

petat, ſed prius de actione quæ in ſpecie Serviana vocatur, agendum eſt. Et Juſtin. Servianam a competere † pro rebus coloni, quæ Locatori fundi pro mercede ſunt obligatæ, quem textum olim ſecuti Iac. De Ra. & Petr. de Bellapert. negaverunt Servianæ actioni locum eſſe pro rebus inquilini obligatis pro mercede, & autor reliquos omnes communiſſime veteres, ut inprimis ex *Nic. de Neap. & Iaſon hic n. 23. & 24.* apparet, non tantum improbare eam opinionem, ſed etiam ut abſurdam & manifeſte falſam exploderere & irridere. Atqui cum niſi ut ea verba hujus §. ea ſolidius confutanda, aut probanda erat. Et video eos unico uti fundamento, quod eadem ſit ratio coloni & inquilini. Ad quod ego facile reſpondeo, paritatem rationis feciſſe, ut actio primo introducta pro rebus coloni, etiam porrigeretur poſtea ad res inquilini, & ſcilicet pro his perſequendis actio quaſi Serviana daretur. Et potuit non deſuiſſe ratio, quæ moveret prætorem, ut initio locatori fundi tantū proponeret actionem in rem, vel quod locator iſte minus providere poteſt, ne res ſibi obligatæ alienentur, vel quod alias prætor non ſati putabat conſultum locatori, cum coloni fere ſint in re tenui, & locator ſibi ſpeciatim de rebus quibuſdam caviſſet. Etenim & hic omnino ſentio contra Dd. Servianam ad eas res pertinere, quas colonus nominatim pro mercede fundi obligavit, quod & ita Theoph. hic proponit, quomodo in § *adipiſcēda 3. infra de interdict. in fin.* Salvianum Interd. dicitur competere ad perſequendas res, quas colonus pignori pepigit. Et proprium eſt prædiorum urbanorum, ut quæ in ea invecta ſunt, etiam citra conventionem expreſſam, tacito pignori teneatur: quam ſententiam ſolide confirmavimus ad *Treutl. de pignorib. & in Tr. de pignorib.* ideoque nihil addo. Solet autem aliquando actio Serviana in genere uſurpari, ut etiam quaſi Servianam comprehendat *l. 1. C. de Salu. interd. l. 3. de pignorib. l. ſi creditor 18. de pignor. act.* De quaſi Serviana ait Juſti. quod ea creditores res pignora hypothecasve perſequantur. Ipſa appellatio quaſi Servianæ oſtendit & arguit, per productionem id fuiſſe receptum, ut quod primo tantum pro locatoribus & in rebus coloni obligatis introductum erat, poſt, omnibus creditoribus ex quacunque cauſa, ad res quaſcunque perſequendas concederetur, quod an ab ipſo prætore edictum ſuum producente, an à ICtis factum eſſe dicamus, parum intereſſe puto. Sed videndum an in omnibus ſpeciebus pignoris, & videlicet, etiam prætorii, judicialis & legalis, ea actio habeat locum. Et de legali vix dubium eſſe poteſt, quod nulla actio alia hic ſit, & inutilis vero hypotheca futura, ſi ejus perſecutio non ſit, & cenſetur Lex eo jure & effectu hypothecam dediſſe, quo etiam per conventionem conſtituitur hypotheca, facit *l. ubi 26. C. de iure dot. l. aſſiduis 12. C. qui potior in pign.* & in primis quod in *l. ult. C. de pact. convent.* datæ ſe poſſe tetur Juſtinianus hypothecam, ſi nihil inter partes conventum ſit; & igitur in locum conventionalis hypothecæ: Pro prætorio pignore ſufficere videtur actio Pauliana, juxta paulo ante dicta: ſed imo tamen non ſufficit, quippe quæ competat tantum pro rebus alienatis per debitorem, poteſt autem quid alia ratione & modo ad alium perveniſſe, poteſt etiam poſſeſſio jam per creditores actu apprehenſa, aliquo caſu amiſſa eſſe, ubi ſane ceſſante actione Pauliana, hypothecaria neceſſaria videtur, quam & nominatim dediſſe videtur, *Inſt. in l. 2. Cod. de præt. pignor. uti Cyn. Salicet. & alii communiter ibid.* annotarunt.

Porro cum hæc actio ſit in rem, in ceteris, actionum quoque in rem † naturam imitatur. Et proinde ex parte Rei poſſeſſio requiritur, ex parte actoris, jus pignoris, quod quomodo cōſtituatur, proprio loco & in materia pignorum explicatur: prout tamen vel contra ipſum debitorem, vel contra tertium poſſeſſorem, & hunc vel cauſam à debitore habentem, vel non, agitur, ita & probatio variat: ut ſcilic. aliquando rem fuiſſe in bonis debitoris, neceſſe ſit probare: aliquando, ſimplicem obligationem pignoris probaſſe ſufficit, de quo pleniſſime, *Iob. Fab. Ang. & Iaſ.* hic tractant, & nos diximus in *Tract. de Action. diſſ. 3.* Eidem & arbitraria hæc actio eſt, ſicut ea quæ jure dominii competit. de quo dicemus aliquid *inf. ad § præterea 31.* Ait Juſtin. 2

Inter pignus & hypothecam.] Nihil differre pignus & hypothecam ait, quo ad actionem hypothecariam: quo ſenſu & ICtus in *l. 5. §. 1. d. pign.* (inſcriptio enim eſt, ad formulam hypothecariam) inter iſta nihil niſi nominis ſonum intereſſe ait. Et pro ratione ſubjicit, quod de quacunq; re convenerit, ut ſit pro debito obligata, utraque hac appellatione contineatur, id eſt & pignoris & hypothecæ: ut verbum *utraque* ſic ſexti caſus: minus autem recte illi, qui utramque rem intelligunt in actionem hypothecariam venire: quod quidem per ſe verum eſt: ſed ſenſus horum verborum non eſt; neque enim de duplici re, ſed in genere de re

Ggggg obliga-

ligata pro debito, de duplici autem appellatione & nomine loquutus eſt Juſtinianus. Et falluntur Ruſſardus & Contius, qui notant, quod pro *appellatione* Theophilus legerit *actione*. Theophilus enim, ut alias, non verbum verbo reddidit, ſed mentem Juſtiniani expreſſit, quod ſive mihi tradideris rem, ſive ſaltem hypothecæ obligaveris, poſſim movere actionem quaſi Servianam, quod rectiſſime dicitur: poſitis nimirum terminis habilibus, ſi poſſeſſionem rei mihi pignori datæ amiſero: quod ſi enim eam adhuc penes me habeam, Servianæ actioni locus non eſt; Itaque pignus qua pignus conſideratum, id eſt, qua adhuc illud poſſideo, in actionem pigneratitiam non venit, ſed amiſſa poſſeſſione jam habet naturam hypothecæ, & perinde hactenus eſt ac ſi hypothecæ ab initio obligatum eſſet. Et hactenus accipiendũ eſt, quod nihil inter hæc duo intereſſe dicitur quo ad actionem hypothecariam, cæteroquin & quo ad actionem iſtam pertinet, nõ parum intereſt, quo ad alia. Nam 1. rem tantum hypothecæ obligatam perſequi nõ poteſt creditor, niſi debitor ſit in mora, & de ſolvendo legitime fuerit interpellatus *l. debitores 10. C. de pignorib.* Atqui ſi creditor poſſeſſionem pignoris ſibi à debitore initio traditam amiſerit, ratio manifeſta ſuadet, quod protinus amiſſa poſſeſſione pro ea recuperanda actione hypothecaria uti poſſit, ut ipſi rei pro ſecuritate debiti incumbere liceat, juxta initio tempore contracti debiti dictam Legem.

Deinde jure noviſſimo ex *N.* 4. poſſeſſor actione hypothecaria niſi excuſſis & debitore, &, ſi qui ſunt fidejuſſoribus, conveniri non poteſt, quod itidem ſecus habet, ubi poſſeſſio pignoris amiſſa eſt, quam ut ſtatim in priſtinum ſtatum reponatur ratio ſuadet. & communiter quoque admittunt Doctores de qua re & aliis plenius egimus in Tract. de pignoribus.

Sed in aliis differentia eſt.] ICſus *in l. plebs. 238. de verb ſign.* ait pignus dictum à pugno, quaſi quod manu tradatur, & ob id proprie in rebus mobilib. tantum conſiſtere. Unde nata altera differentia, †
3 quod cum mobiles fere res pignori tradi ſoleant, (quod alias earum pignoratarum nullus aut exiguus futurus ſit effectus, ut quæ occultari & corrumpi facile poſſit) pignus ſit, ubi poſſeſſio tranſlata eſt in creditorem, hypotheca autem, ubi poſſeſſio manet penes debitorem *h. text. & l. ſi rem 9. §. 2. l. cum & 35. §. 1. de pignor. act.* unde & pigneratitius contractus, cum res traditur §. *ult. ſup. quib mod. recontr. obl.* & pigneratitia actio, qua repetitur pignus *d. l. 9. §. 3. l. debitor. 40. §. ult. de pign. act.* Cæterum videtur illa in *d. l. 238. de verb. ſign.* magis alluſio eſſe, quam vera notatio: cum nec mobilib. quidem rebus omnibus conveniat: neq; enim ſervus, aut bos &c. pugno apprehenditur. Et, ſi rem accuratius putemus, pignus, Latinum, hypotheca Græcum verbum eſt: & non minus ſuppoſitum eſt pro ſecuritate debiti, imo & magis, quod creditori traditum eſt, eoque & proprie loquendo hypotheca erit, ſed ita diſtinguere placuit ICtis.

TEXTUS.

8. In perſonam quoq; actiones ex ſua juriſdictione propoſitas habet prætor, veluti de pecunia conſtituta: cui ſimilis videbatur receptitia; ſed ex noſtra conſtitutione (cũ & ſi quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ conſtitutæ transfuſum eſt) & ea quaſi ſupervacua juſſa eſt cũ ſua autoritate à noſtris Legibus recedere. Item prætor actionem propoſuit de peculio ſervorum, filiorumq; familiarum: & eam ex qua quæritur, an juraverit actor, & alias complures.

COMMENTARIUS.

1 *Receptitia actio qualis.*
2 *Actio de pecun. conſt. an ſolum pro rebus fungibilibus.*
3 *Cur hic ex pacto nudo detur actio.*

POſt actiones prætorias in rem ſequuntur quædam perſonales: exempla enim tantum proponere voluiſſe Juſtin. ex fine *hujus* §. apparet. Et proponit tres ſpecies, de quarum ſingulis mox ſingulos ſubjicit §§. de conſtituta pecunia de peculio, ut eam quæ ex jurejurando datur. Et de actione conſtituti interim iſto §. præmittit, quod in eam quodammodo transfuderit actionem, quæ dicebatur receptitia: eaque conſtitutio extat *in l. 2. C. de conſtit. pecun.* Notant *Cujac. in parat. C. d. t. & Hotto. hic:* 1 quod receptitia actio † in ſpecie data fuerit cõtra argentarios, qui quaſi publicum officium exercebant, ſi aliquid ſe ſoluturos recepiſſent: unde etiam nomen acceperit hæc actio: & facit conjecturam, quod in extremo *d. l. 2.* fit argentariorum mentio; ſed & expreſſe Theophilus hic de receptitia, 2

tia, ἀργυρίζει, inquit, τραπεζίτου ἀντιφωνοῦντος. id eſt, competit, argentario conſtituente. Illud autē dubium eſt, apud me, quod à pleriſq; & ab Hot. quoq;
2 hic tradi video, actionem de conſtituta † pecunia tantum competiiſſe pro rebus fungibilibus, receptitiam autem pro quibuſcunq; rebus: ut enim de hoc dubitem illud facit, quod argentarii tantū in pecunia negotiari, & fere pecuniam tantum numeratam tractare & ſolvere ſolebant: neq; iſtud mihi ex d. l. 2. *C. de conſt. pec.* videtur colligi poſſe: quāvis id quoque tradat Theoph. hic quod actio receptitia anguſtior fuerit olim reſpectu perſonarum, cum ſoli argentarii ea tenerētur: ſed latius patuerit ratione rerum, quod quævis res in eam venirent. Haud ſcio an Theophilo fidem habere hic debeam: maxime quod prætor argentariorum exemplo videtur hoc introduxiſſe, ut reliqui quoq; cives, & nimirum actione conſtitutæ pecuniæ tenerentur: nec ulla apparet ratio, cur prætor eam ſolum ad res fungibiles reſtrinxerit, ſi argentarii ob quaſcunque res tenebantur. Apparet autem hinc ultro, quæ ratio ſit, ob quam hic ex pacto † nudo
3 actionem dederit prætor: nimirum ut dixi, argentariorum exemplo motus: cui & hoc accedit, quod Theophilus hic ſcribit, coercendæ improbitati eorum primum introductam actionem hanc fuiſſe, qui in jus vocati, ut dilationem impetrarent, promiſiſſent creditori, citra ſtipulationē, id eſt hoc ſe facturos conſtituiſſent, ut intra certum tempus ſatisfieret creditori. Itaq; & dubitatum fuiſſe, an hæc actio danda eſſet in hæredes, imo an eſſet annalis & pœnalis, apparet ex *l. 1. & 2. C. de conſtit. pec. l. item 18. §. ult. D. eod.* Et ruunt itaq; & futilia ſunt, quæ tā prolixe & operoſe hac de re diſputant Dd. ut inprimis videre eſt apud *Iaſonem hic n. 46. & ſeqq.* cujus diſputationem examinavi *Tract. de Act. diſp. 8. th. 3.*

Item actionem de peculio.] Diſerte hic Juſtinianus actionem de peculio refert inter actiones perſonales: nec deſunt tamen qui eam proprius accedere ad naturam actionum in rem arbitrantur, de qua re prolixe dixi *in Tract. de action. diſp. 8. theſi 9.*

An actor juravit. tit.] De ea paulo poſt dicemus *ad §. Item ſi quis 11.*

TEXTUS.

9. De conſtituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque vel pro ſe vel pro alio ſoluturos ſe conſtituerint: nulla ſcil. ſtipulatione interpoſita; nam alioquin ſi ſtipulanti promiſerint, jure civili tenentur.

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſi per modum ſtipulationis conſtitutum ſit.*
2 *Quid ſi quod vitium ſit in ſtipulatione tali.*
3 *An civili nudæ obligationi accedat fidejuſſor.*

Hic aliquanto amplius, de actione conſtitutæ pecuniæ dicemus conſtitutum eſt nudum pactum, quo quis ſe ſoluturum conſtituit. Quæ res occaſionem dederit, ut hic ex nudo pacto actio daretur, attigimus ad *§. præf.* Diximus ibid. prætorem hoc egiſſe, ut coerceret & ipſe improbitatem eorū qui in jus vocati fidem, quam de ſolvendo, ut dimitterentur, dederant, fefelliſſent. Sed ut fere fieri ſolet, ampliatus poſtea fuit uſus conſtituti, ut etiam debitum alienum recte conſtitueretur: utique non ut eo demum caſu obtineret, quo quis, ut alius in judicium vocatus, dimitteretur, ſe pro eo ſoluturum conſtituit: textus enim juris indefinite loquuntur. Et hactenus differt à fidejuſſione conſtitutum: quod & proprium & alienum debitum conſtituitur, nemo autem pro ſeipſo fidejubet. tum quod cum fidejuſſio requirat ſtipulationem, conſtitutum & nudo pacto perficitur *h. §. in fin.* Et quid ſi igitur per modum ſtipulationis fiat † conſtitutum, conſtituis te ſoluturum? Cōſtituo: an actio ex conſtituto, an ex ſtipulatione, an utramq; dabitur? Late & intricate hanc rem diſputant Interpp. hic & inprimis *Iaſon. n. 21. & ſeqq.* cujus tractationem excuſſi *Tract. de Actionib. diſp. 8. th. 3.* nihil abſurdi habet, ſi dicamus, poſtquam prætor ex conſtituto actionem admiſit, utramque actionem concurrere: cæteroquin ſi cui iſta opinio non placeat, manet nihilominus utilitas conſtituti, cum ſæpe accidat, ut citra formam ſtipulationis quis vel pro ſe, vel pro alio conſtituat ſe ſoluturū: &, ſi forte qua in parte inutilis ſit ſtipulatio,
† actionem ex conſtituto locum habere dicemus: 2
quod contra ſententiam Jaſonis & Interpp. defendam, etiam ubi quis interroganti an conſtituat ſe ſoluturum, annuerit ſe id facturum non obſtante *l. 1. § 3. de verb. obl.* ubi dicitur, ſi quis interroganti annuerit, nec naturalem naſci obligationē. Hoc enim. ut tractavimus *ſup. ad pr. tit. de verb. obl.* procedit, ubi fuit animus contrahendæ ſtipulationis. At enim cum conſtitutum contrahatur nudo pacto, qui egerunt de conſtituendo, rationem hanc juris intellexiſſe, ei ſe accommodaſſe & in dubio paciſci voluiſſe intelligentur. Notant cōmuniter

Dd & poſt eos *Jaſon n 33. & ſeqq.* aliam quoq; differentiam inter conſtitutum & ſtipulationem, quod hæc accidat etiam civili obligationi tantum: illud non item, ſed oporteat utique aut civilem mixtam aut naturalem tantum adeſſe *l. 1. §. 6. & l. 3. §. 1. de conſt. pecun.* Et hoc omnino liquidū haberi debet, poſtquā præſertim Juſt. nominatim *in l. 2. C. de conſtit. pec.* improbat jus vetus, quo etiam indebitum actio recepititia poterat peti: indebitum autem dicitur, quod civiliter tantum debetur, quippe quod reperi poteſt ſolutum *l. qui exc. 40. in pr. de condict. indeb.* Sed quod illud attinet, quamvis id Jaſon pro non dubio ponat, quod etiam pro civiliter † tantum debito recte accedat fidejuſſor, falſum eſſe probavimus ad §. 1. *ſup. de fidejuſſorib.* neq; hic repetere libet.

TEXTUS.

10. Actiones autem de peculio, ideo prætor adverſus patrē dominumve comparavit: quia licet ex contractu filiorū ſervorumve ipſo jure non teneantur: æquum tamen eſt, peculio tenus (quod veluti patrimonium eſt filiorum, filiarumque, item ſervorum,) condemnari eos.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa actionis de peculio.*
2 *Actio de peculio non conſumit obligationem principalem.*
3 *An actiones duæ, de quibus in* l. 44. de pecul. *ſint diverſæ nec ne.*
4 *Actio de peculio non eſt ex contractu, ſed magis dativa.*

De actione de peculio non indiligenter egiſſe videmur *in tract. de act. diſp.* 8. & dicemus aliquid *tit. ſeq.* Hoc ſaltem ad iſtum §. notandū: quod ſicut actio noxalis, non eſt propria actio, ſed actionum ex delicto, quæ civiliter intentantur, adjectio, de quo *infra tit.* 8. ita quoque actio de peculio non
1 eſt actio propria, † ſed adjectio actionum ex contractu filii aut ſervi, v. c. filius accepit commodatum aut depoſitum, in ipſum filium actiones, ſicut contra quemvis alium ſui juris dantur: ſed in patrem eſt actio depoſiti & commodati de peculio: quam prætor in patrem dari permiſit, quia, ut hoc §. dicitur æquum putavit, ut peculio tenus teneatur & condemnetur: quoniam nimirum ex contractibus filii adquirit, & concedendo peculium etiam jus contrahendi dediſſe intelligitur *arg. l. 1. §. 5. de adq. poſſ.* ut proinde qui cum filio contrahit, ſimul patris perſonam ſpectaſſe & ejus quoq; fidem quadantenus ſecutus videatur. Recte vero peculio tenus tantum non in ſolidum dominum & patrem teneri voluit prætor: quoniam non ulterius, ſed hactenus, quà vires peculii ſe porrigerent, jus contrahendi eſt conceſſum: & intuitu patris & domini hoc eſt quaſi patrimonium ſervorum & filiorum fam. quomodo ratio hujus §. explicanda eſt, quod peculium veluti patrimonium ſit ſervorum & filiorum: cæteroquin in filio illa ratio claudicat: quia etiamſi nullum peculium filius habeat, tamen ſe & ſupra vires peculii filiusfam. & in ſolidū teneretur *l. filiusfam. 39. de oblig. & act.* idq; eſt quod Dd dicunt, voluntatem patris vel domini non eſſe abſolutam, ſed limitatam ratione quantitatis conceſſæ in peculium. Revera autem ex obligatione & contractu iſta actio de peculio non deſcendit: quia nihil revera contraxerunt pater & dominus: idque probatur per *l. 50. §. 3. de pecul.* ubi negatur, quod per actionem de peculio conſumatur obligatio, quæ inter ſervum & alium contracta eſt, & omnino, quod fuerit deducta in judicium. Atque hinc videtur explicandum, quod hoc §. dicitur, patrem & dominum ex contractu filii & ſervi nō teneri ipſo jure, id eſt non teneri ex mera & ſtricta ratione juris: ſed tantum actionem cōtractus intuitu æquitatis in dominum & patrem per prætorem eſſe productam: quæ explicatio meo judicio rectior eſt, quam quod vulgo ita accipiunt, non teneri patrem & dominum jure civili, licet hæc explicatio firmetur ex §. 1. *infr. de perp. & temp. act. in pr.* Sed ne tandum inſuper & illud, latiorē quandam poteſtatem contrahendi habere filium quam ſervum, & ex quibuſdam cauſis & contractibus filii dari actionē de peculio, quæ ex iiſdē contractibus ſervi in dominum negatur, veluti ſi fidejuſſerit, ſi novaverit, ſi cōpromiſerit ſervus, dominus nec de peculio tenetur, ut tractavimus *ſup. ad § præterea, quibus mod. oblig. toll.* & tamen teneretur de peculio pater, ſi filius interceſſerit aut compromiſerit, *l. 3. § ſi filiusf. 5. cum §. ſeq. de pecul.* Adnotemus quædam ad verba textus.

Actiones de peculio.] Quod actio de peculio ſit in perſonā, probat hic locus, quod Juſt. expreſſe eam inter actionus perſonales refert: & utique conſtat eam non naſci ex ullo jure quod actor in re habeat, & paſſim pater dicitur debitor, quomodo non ſolet appellari, qui conveniri poteſt actione in rem.

Degea.

Digitized by Google

Degenerat tamen hæc actio, ut in quibuſdam reali magis quam perſonali ſimilis videatur, quoniam cum perſonalis actio ſemper ſit contra eundem, hæc actio peculium ſequitur, v. c. ſi dominus ſervum cum peculio alienaverit *l. & ancillarum* 27. §. *de peculio*, quoniam ſcilicet prætor propter peculium & peculio tenus voluit dominum teneri: de quo dixi plene *Tract. d. act. diſp.* 8. *th.* 9.

Adverſus patrem & dominum] Salva nihilominus † obligatione, quæ cum ſervo & filio con-
2 tracta eſt: Et nimirum hoc effectu, ut licet cum patre actum ſit, actio civilis contra filium maneat ſalva: ſi actum ſit cum domino, ſervus naturaliter maneat obligatus, & ſi quandocunque liber factus, ſolvat, repetere non poſſit *l.* 14. *de oblig. & act.* Et huc pertinet, quod dicitur in *l. ſi quis* 44. *de pecul.* eum, qui cum filio contraxit, duos habere debitores, patrem & filium ipſum; & nimirum ita, ut in filium actio civilis detur. Idem autem de ſervo non dicitur, quia κατ' ἐξοχὴν debitor dicitur, qui exigi & in judicio conveniri poteſt. Ceteroquin quatenus verbum debitoris latius ſumitur, ut etiam naturaliter obligatus contineatur, etiam, qui cum ſervo contraxit debitores duos habet, dominum de peculio, & ſervum in ſolidum, eo effectu, ut dixi, ut debitum ſibi à ſervo manumiſſo ſolutum, poſſit retinere. Idque probatur textu paulo ante citato in *l. eo* 50. §. 2. *de peculio*, ubi dicitur, quod etiamſi actio de peculio inſtituta ſit, tamen ſervus pro naturali ſua obligatione, quæ in judicium deducta non ſit, recte det fidejuſſorem.

Apparet autem hoc ita intelligi, ut maneat naturalis obligatio, quatenus per actionem contra dominum inſtitutam actor conſecutus non eſt. Itaque ſi ſervus ex contractu ſuo centum debeat, ſi actor ex peculio conſecutus ſit quinquaginta, in reſiduum manebit obligatus ſervus. Idemque in filio eſt, quod ſi hic conventus undecunque ſolverit pecuniam, actio de peculio ſublata & pater liberatus erit.

Ubi quærunt Dd. an actio quæ contra filium
3 & † patrem competit juxta *d. l.* 44. ſint diverſæ, an una eademque actio. Mihi res expedita videtur, per ea quæ ſuperius dicta ſunt, actionem de peculio non eſſe propriam actionem, ſed alterius actionis, v. c. ex vendito, empto, commodato, adjectionem. Ita enim conſequitur, eſſe eandem ſpecie (eadem enim numero eſſe non poteſt) actionem, cum nova ſaltem qualitate, quomodo & v. c. actio furti noxalis, ob delictum ſervi, eſt eadem ſpecie actio cum actione furti, quæ datur contra hominem liberum, qui furtum ipſe admiſit, ſed habet novam qualitatem.

Ex contractibus filiorum.] Ex cauſa enim delictorum actio de peculio non datur, *l. ex pœna lib.* 58. *de R. I.* licet ſi filius ex cauſa delicti pecuniariæ condẽnatus ſit, ita quaſi novatione facta actione judicati de peculio pater recte cõveniatur *l.* 3. §. *Idem* 11. *de pecul.* & diximus *tit. praeced. ad §. pen.* Sed an igitur hæc actio de peculio ex † contractu eſt? Equidem ſi contractum non eſſet, actio hæc locum non haberet; verum tamen propterea ex contractu hæc actio nata dici non poteſt; ut demonſtravimus plurib. in *tract. de action. diſp.* 8. *theſ* 9. ubi probavimus, hanc actionem potius dativam quam nativam eſſe, cui ſententiæ adſtruendæ duo hic fundamenta addo. 1. quod ſi exiſteret aliqua ſufficiens materia & cauſa hujus actionis, (ex hac enim nota æſtimant Dd. actionem quam vocant nativam) etiam extitiſſet ante edictum prætoris, & inique feciſſent jura civilia, quæ actionem negaſſent; nec prætor quidquam addidit, ex quo nova ſtatui poſſit obligatio; neque generalis illa conceſſio peculii facere poteſt, ut hæc actio eſſe dicatur ex obligatione aliqua in ſingulis ſpecialibus caſibus 2. quæ obligatio inſtituta actione non deducitur in judicium, ex illa non poteſt actio dici nata. Atquin obligatio cõtracta v. c. cum ſervo, actione de peculio inſtituta contra dominum, non deducitur in judicium. Ergo &c. Aſſumptio probatur ex ſæpe citata *l. eo* 50. §. 2. *de peculio.* Et faciunt quæ paulo ante de natura hujus actionis comitante peculium ſervi alienati diximus. 4

Peculio tenus.] Ergo non in ſolidum: & fruſtra objicitur ab Interpp. tum quod filius & pater habeantur pro una perſona; tum quod pater habeat inſtar hæredis quæ ad *pr. h. §.* refert *Iaſon hic.* Etenim comparatio patris & hæredis, tantum in quibuſdam caſibus locum habet, regulariter autem falſa & nulla eſt, quoniam peculium profectitium eſt ipſius patris proprium: hæres autem bona aliena accipit, & repræſentat defunctum, & in omne ejus jus ſuccedit. Nec minus inepte unitas perſonarum huc affertur; quippe quæ maxime pertinet ad jus adquirendi per filium: Et ad prius illud pertinet amplius, quod quiſque voluntate propria & facto ſuo adquirit hæreditatem; atquin pater citra ullum factum ſuum de peculio obligatur. Intelligimus plane hic peculium profectitium, quod ex conceſſione patris filius habet & tenet, nomine au-

tem adventitii peculii, quod pater & adminiſtrator poſſidet ipſe, & in quo uſumfructum habet, ex contractu filii conveniri non poteſt; de quo etiam tractat *Iaſon hic n.10. & ſeqq.*

TEXTUS.

11. Item ſi quis poſtulante adverſario juraverit, deberi ſibi pecuniã quam peteret, neque ei ſolvatur: juſtiſſime accommodat ei talem actionem; per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, ſed an juraverit.

COMMENTARIUS.

1 *Iuramenti deciſorii effectus.*
2 *De natura actionis quæ dicitur eſſe ex jurejurando.*
3 *Ad* l.13.§.3.& 4.de jurejur. *& an ſuperſit vetus actio.*
4 *Ad* l.7.§.7.de publ. act.

TErtium hoc exemplum eſt actionis prætoriæ in perſonam, quæ naſcitur ex juramento. Di-
1 citur enim jusjurandum novationis vim habere † & proficiſci ex conventione *l. qui juraſſ. 26. §. ult. de jurejur. junct. l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolut.* quamvis conventio per ſe ad producendam actionem efficax eſſe non potuiſſet, nec juramentum, eã ſecutum, niſi autoritas prætoris acceſſiſſet; quæ ideo acceſſit, quod qui defert jusjurandum creditori ſine actore, quaſi hoc præmittere & paciſci videtur, ſe ſoluturum, ſi actor juraverit ſibi deberi. Itaque quia propter hoc factum, & quod juxta volũtatem rei juravit creditor, actio detur, ideo actio ipſa in factum appellatur *l. actori 8. C. d. de reb. cred.* quoniam hoc ſolum quæritur an juratum ſit, non jam hoc amplius, an debeatur, *h. §.* non ſecus ubi judicatum eſt, hoc ſolum in actione judicati quæritur, an judicatum ſit, qua de cauſa hæc inter ſe comparantur, judicatum eſſe & juratum eſſe *l. poſt rem 56. de re judicata.* Et nimirum apparet, non eſſe hoc ex libera volũtate debitoris deferentis juramentum, ſed cum alias metuat condemnationem diffiſus exceptionum probationi, aut quod nullas habet, mavult decidi rem per juramentum, quod forte creditorem metu religionis ſuſcepturum nõ eſſe arbitratur. Et proinde, dicitur quoq; eſſe juramentum inſtar judicii *l. qui 26. in fin. de jurejur.* vel quia jurare quis cogitur, aut juramentum referre quod rum cogitur omnino præſtare, qui detulit, aut ob hoc ipſum condemnatur; aut potius quia juramẽto præſtito perinde eſt, atq; ſi legitimis probationib. præcedentib. condemnatus reus fuiſſet, quod relata juramenti & rei judicatæ comparatio confirmat; & probant textus in *l. 5. §. 2. de juram.* ubi JCtus ait, poſt juramentum non amplius quæri an debeatur, quod juramento ſatis probatum videatur; itemque in *l. ſed ſi 11. §. ult. eod. tit.* perinde haberi quod juratum eſt, ac ſi probatũ eſſet. Ex quo colligi & effici videtur, actionem quæ ex juramento datur, non eſſe ſemper in perſonã. Quid n. ſi qui urgebatur actione in rẽ poſſeſſore deferente, vel rurſus poſſeſſor actore deferẽte, rem ſuam eſſe juraverint? Cum ita dominium probatum intelligatur, amiſſa poſſeſſione, pro ea iterum conſequenda, actio non niſi in jure quod actor in re habeat, fundari poſſe videtur: & quod ei qui juravit hæreditatem ſuam eſſe, utilis petitio hæreditatis detur, ſatis probat *d. l. 11 §. ult. de jurejur.* & de vindicatione ſingulari *l. ſi duo 13. §. 1. eod. tit. & in l. ſed & ſi 7. §. ſi petenti 7. de publ.* ubi ei qui juravit, Publiciana datur quæ utiq; in rem eſt. Dicendum ne erit aliam eſſe actionẽ † in factum, de qua hic agitur; aliam actionem uti- 2
lem in rem, quæ propter præſumptam probationẽ dominii competit juxta *dd. textus*? At enim in *d. l. 11. §. 5. h. t.* dicitur, actionem in factum dari, quæ nõ alia poteſt eſſe quam ex jurejurando: tum etiam, ſi qua alia ex ratione juris competeret actio, nihil opus fuiſſet prætorem introducere actionem novam. Quæ itidem controverſia incidit, ubi ex cauſa contractus eſt juratum: nam & hic utilem contractus actionem dari reſponſum eſt in *d. l. ſi duo 13. §. 3. & 4. de jurejur.* Vetus hæc controverſia eſt, an a-
liqua † utilis actio & quando, concurrat cum actio- 3
ne in factum ex jurejurãdo, & an hæc ſit nova actio, an aliarum actionum adjectio, de quo dixi *tract. de act. th. 4. diſp. 8.* Et iſtud initio nil movet, quod ſi competiiſſet utilis actio, non opus fuiſſet nova actione: quoniam poſtquam prætor edicto ſuo hanc autoritatem juramento tribuit, & ut probationis loco eſſet admiſſum fuit, ut qui juravit utili actione experiri poſſet; quæ alias locum non habuiſſet. Tum etiam ratio perſpicua eſt, cur utilis actio tantum competat poſt juramentum; quia juramentum tãtum ficta probatio eſt. Ceteroquin petitor, qui inſtituta actione in rem, dominum ſe eſſe judici approbavit, & rem reſtitutam accepit, an iſta quandocunque poſſeſſione dubio procul directa actio-

actione experietur. Sed illud quæritur, quis locus ſupereſſe poſſit utili actione, aut potius an non ineptus ſit futurus & male conſultus, qui inſtituat utilem actionem in rem, juxta *d. l. 11. §. ult. & l. 13. §. 1. de iureiur.* cum expeditiſſimam habeat actionem in factum ex juramento, in quo nulla probatione oneretur, ſed ſufficiat ſaltem oſtendere, quod juratum ſit. An dicimus, actionem utilem nullam aliam eſſe, quam actionem in factum quã prætor, aut potius novam qualitatem tantum introduxerit? An quod actio prior cum actione iſta in factum prætoria concurrat? Et ſicut actio prior per ſententiam non tollitur, ſed nova accedit actio judicati, ut probavimus ad §. 1. *quib. mod. toll. oblig.* nec impedire novam hanc actionem, quo minus actio priſtina adhuc inſtituatur; cujus & poſſunt eſſe aliquæ utilitates, imo quæ & neceſſaria, aliquando videtur, & v. e. ubi juratum eſt ſuper contractu bonæ fidei; qui cum habeat varias præſtationes, & vero juramentum ſtricti juris ſit, ſit juratum ſimpliciter fuerit venditum, aut ſocietatem contractam eſſe, actio in factum non videtur porrigi poſſe, ad omnes præſtationes horum contractuum, & ob id neceſſaria eſſe ipſius contractus actio. Unde recte reſponſum eſt in *d. l. 13. §. 3. & 4.* in terminis modo dictis, agi ex empto & pro ſocio; cũ præſertim ex hujuſmodi contractibus mutuæ obligationes naſcantur, &, ſi emptor juraverit, venditam ſibi eſſe rem, etiam ei contra quem juratum eſt, actio ex vendito detur *d. l. 13. §. 3 in f. de iureiur.* Et hic obſervandum, agi de jurejurando, non quod in judicio poſt litem cont. ſub judice pedaneo præſtitum fuit; poſt hoc enim ſequitur ſententia, nec adeo hæc actio in factum locum habet, ut tractavimus *d. diſp. 8 de action. th* 4. Sed quod præſtitum eſt jure apud prætorem, necdum conſtituto judicio, aut data actione, itaq; longe facilius eſt & concinnius, ut hic ex contractu ſuper quo juratum eſt, actio detur quam ut poſt rem judicatam actio prior rurſus in judicium deducatur; cum & per ſententiam omnia capita controverſa decidantur, ſed juramentum etiam ſimpliciter ſuper contractu interponatur. Quod ſi juraverit quis v. e. ex mutuo ſibi centum deberi, expeditius ipſa actione in factum utetur. Conſtat porro, ut diximus, etiam in actionib. in rem jurari, per *ſupra dd. textus*; quo facto ſane vix dici poterit, quod actio in factum, quæ ſc. concurrit cum utili actione in rem, ipſa ſit in perſonam; utcunq; non detur contra quemcunque poſſeſſorem ſed tantum contra eum, contra quem eſt juratum *d. l. 7. §. 7. de publ. act. d. l. 11. §. 1. & ult. de iurei. & l. nam 9. §. ult. de iureiur.* quoniã aliis quã inter quos res acta eſt, juramentum nec prodeſt nec nocet *l. 3. § pen. inf. de iureiur.* Hoc autẽ non ſufficit, ut propterea actio poſſit vere & proprie dici in perſonam eſſe; utpote quæ in dominii quodam jure, quod cẽſetur probatum eſſe, fundetur. Et tamen quandam iſtud ſimilitudinem cum actione in perſonam intro ducit, ſicut & hoc, quod diximus ante, conventionem partium quandam cauſam præbere huic actioni. At defendendam plane hanc Juſtin. methodum ſatis eſt, pleriſq; caſib. hanc in perſonam eſſe actionem. Probatur autem & hic concurſus actionis utilis, in rem, cum actione in factum, ex *d. l. 11. §. ult. de jurejur.* ubi ei, qui juravit, hæreditatem ſuam eſſe, utilis actio datur, quo etiam referri ſolet *l. 13 §. 1. de iureiur.* & in *d. l. 7. § 7. de Publician. action.* eidem datur Publiciana; atqui in *d. l. 11. §. 1.* actio in factum proponitur. Itaque poſito hoc concurſu nulla pugna eſt inter *d. l. 11. § 1. & d. l. 7. §. 7.* Sed magis quæritur cur in ſpecie *dict. leg. 7. §. 7.* non itidem 4
utilis † actio detur, ſed Publiciana præponatur. An eadem eſt ibi publiciana, quæ aliis locis utilis vocatur? Sed enim Publiciana reſpective ad civilem vindicationem, utilis recte dicitur: Sed alio ſenſu in *d. l. 11. § ult. de iureiur.* actio utilis dicitur: ideo videlicet, quia juramentum non vera, ſed ficta probatio eſt, nec prætor verum & Quiritarium dominium efficere poteſt, ideoq; in ſpecie quoque *d. l. 13 § 3 & 4. de iureiur.* recte Interpp communiter intelligunt actionem utilem empti, aut pro ſocio: An potius, cum Jaſone in *§. ſed iſta 3. ſup. h. t. n. 66.* (ubi plures citat) ex *rubrica* textũ explicamus & ibi actum Publiciana fuiſſe dicimus. An potius quẽadmodũ verus dominus, qui tamen de dominio plane probando dubitat, poteſt Publicana actione uti, quemadmodũ tractavimus *diſp. 3. de action.* ita poterit etiam, qui juravit rem ſuam eſſe, pro arbitrio ſuo, aut utilem actionem in rem, perinde ac ſi probaſſet dominium, aut Publicianam intentare; eoque magis, quod hæc eſt prætoria; & illa quoq; autoritate prætoris, qui jurantem perinde tuetur ac ſi probaſſet vere ſe dominũ eſſe, robur accepit. Quod autem attinet *d. l. 13. §. 1. de iurei.* diximus ad §. 1. *ſup. h. t. inf.* ibi acceſſionem longi temporis facere ut actio utilis contra quemcunque poſſeſſorem detur, quæ alias citra eam locum tantum haberet cõtra eum, qui detulit juramentum, per textus paulo ſuperius citatos; & errat omnino gloſſa hic, dũ ſtatuit, ſi res tradita ſit actori, qui juravit rem ſuam eſſe,

Digitized by Google

quos res tranſlata eſt à debitore; & datur creditoribus, *h.* §. ubi additur hic color & hæc formula, quod creditores dicant, eam rem traditam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe. Ex quibus verbis oſtenditur affinitas hujus actionis cum duabus præcedentibus in quarum altera dicit actor rem uſucaptam, cum revera non eſſet; in altera dominium non amiſſum & non uſucaptam rem, cum tamen revera eſſet; ad eundem modum in hac dicunt creditores actores, rem non eſſe traditam & in bonis debitoris manſiſſe, cum tamen revera tradita eſſet, & ex bonis debitoris exiſſet. Quod notandum eſt contra Hottomannum, qui contra formulam *hujus* §. nihil movet; cum tamen, quod de prioribus duabus actionibus traditur, falſum & nugatorium eſſe ſcribat: & eſt verò ubique eadem ratio. Sicut autem actionis, de qua in §. *præcedenti*, quæ reſciſſa uſucapione dari dicitur, hic effectus eſt, ut poſſeſſor rem reſtituere cogatur, ut maximè jure civili ejus dominus factus ſit, ita hujus Paulianæ effectus eſt, ut cum reſciſſa traditione competat, id eſt, perinde competat, ac ſi debitor rem non tradidiſſet, ſed aliundè ad poſſeſſorem perveniſſet, eam poſſeſſor creditoribus agentibus reſtituere neceſſe habeat. Sed quo jure agunt creditores, & actionem hanc movent, quæ in rem eſt juxta hunc §. quod ſeries ipſa & connexio arguit, & verbum petendi, quod actionum in rem proprium eſt. Reſpondeo eam ſpeciali edicto prætoris eſſe accommodatam creditoribus, & ideò non tam nativam (de qua diſtinctione infrà agemus) eſſe quam dativam. Et quidem cauſſam ejus dandi hanc fuiſſe: poſtquam jam jus creditoribus eſt quæſitum in bonis debitoris. Nam, ut diximus, non datur creditoribus hæc actio, niſi poſtquam debitorem ſolvendo non eſſe, & cætera ejus bona creditoribus non ſufficere conſtat: quod tum demum exactè conſtat, ubi bona à creditoribus poſſeſſa, & jus bona vendendi iiſdem permiſſum eſt, per ſecundum decretum prætoris: quo caſu curator ferè bonis dari ſolet, qui & creditorum nomine, aut ſi quem ipſi creditores ad hoc conſtituerint, ex-
2 perietur hac actione. Idque eſt, quod † innuitur *hoc* §. per verba, *bonis eius à creditoribus poſſeſſis*, quod nimirum tum demum hæc actio detur, non etiam antè, cum dubitari poteſt, an bona cætera ſufficiant creditoribus. Et igitur Donellus *hunc* §. vitiosè planè, & per fallaciam compoſitionis & diviſionis hæc verba ita accepit, ac ſi ſignificarent, pro iis demum bonis revocandis competere hanc actionem, quæ debitor cum jam bona poſſeſſa eſſent, alienaret: quod perſpicuè falſum eſt: & non ad tempus factæ alienationis. ſed intentandæ hujus actionis ea verba pertinent; idque eſt, quod poſt Doctores notat *Jaſon num.* 26. non eſſe locum remedeiis revocatoriis, niſi excuſſis omnino bonis debitoris: *& de eodem num.* 66. Igitur hoc modo creditores bona alienata revocant à poſſeſſoribus, ut cum cæteris vendantur, & ex iis, creditoribus, quorum cauſſa potior eſt, ſatisfiat. Atque hæc eſt actio Pauliana, quam hoc §. paucis attingit, & perſtringit Juſtinianus: eaque eſt communiſſima omnium Interpretum opinio: à qua temerè diſceſſionem fecit Donellus hîc, quem pauci, & exigui judicii † homines ſecuti ſunt, ex hac præcipuè ratione,
quod, ut antè diximus, hoc §. ſcopus Juſtiniani fuit 3
proponere actionem realem. Atqui actio Pauliana potius videtur perſonalis, per argumenta, quæ adduxi ad *Treutler. de benefic. credit. theſ.* 5. *& in meo tract. de actionib. diſput* 3. *theſ.* 39. Et quod actio Pauliana magis ſit perſonalis, ab ipſis Interpretibus vulgò communius probari video. Ita enim *gloſſ. hic*, ad verba, *eam rem petere*. movet hoc dubium, quare hæc actio ſit propoſita inter actiones in rem, cum ipſa perſonalis tamen ſit: & reſpondet, id ob ſimilitudinem fieri, quam habet iſta actio cum prioribus duabus, hactenus, quod dicatur & in Pauliana aliquid, quod non eſt revera factum, vel potius non eſſe factum, quod revera factum eſt: & *gloſſ. in l. ait*, 10. §. *ſi quis particeps*, *quæ in fraud. creditor.* adeo ut eſſe perſonalem hãc actionem, ut & in rem ſcriptam eſſe neget. Et ut maximè in rem ſit ſcripta, tamen conſtat, eas, quæ tales ſunt, origine in perſonam eſſe, nec illa ſimilitudo relata in gloſſ. hîc ſatis eſſe videtur, pro methodo hac defendenda, qua Juſtinianus hîc eſt uſus. Nec Interpretes cæteri dubitant, quin actio Pauliana, ex delicto aut quaſi contractu deſcendat: Et ex delicto quidem, ſi qui rem accepit à debitore, fraudem participaverit: ſed ex quaſi contractu, ſi non participaverit: ut tractat & confirmat *Jaſon in hoc* §. *num.* 104 *& ſequentib. & num.* 112. *in fin.* intrepidè tenendum ait, quod non ſit hæc actio dativa, ſed nativa, & quod habeat materiam præexiſtentem. Mihi verò iſtæ traditiones non admodum ſapiunt. Et ut maximè dolus ſit delictũ, & aliquid delinquat, qui rem emit à debitore, quem ſcit in fraudem debitorum alienare, nihil tamen egit cum creditoribus, in quos propriè nec deliquiſſe videri poteſt: & actiones ex delicto non ſolent dari ad evocandam rem, ſed ad pœnam aut utique ad intereſſe: nec formula illa, quam

quam hîc proponit Juſtinianus, neceſſaria eſſet, ſi ex delicto ageretur, imò planè actio ex delicto inepta eſt: quorſum enim attineret, dicere rem manſiſſe in bonis debitoris, ſi ſaltem de rei dolo coercendo ageretur. Illud longè autem improbabilius eſt, quod Jaſon contendit, etiamſi poſſeſſor non fuerit conſcius fraudis, ſed rem bona fide acceperit, & ſcilicet ex cauſa lucrativa, (nam qui titulo oneroſo rem accepit bona fide, hac actione non tenetur) tamen eum obligatum videri ex quaſi contractu. Etenim quaſi contractus habent aliquam, licet tacitam conventionem, quæ hîc planè nulla eſt, cum poſſeſſor nihil planè egerit cum creditoribus: neque verò qualitas tituli, quod vel oneroſus vel lucrativus eſt, facere poteſt, ut magis vel minus actio ſit ex quaſi contractu. Et diſſimile planè exemplum eſt, quod Jaſon affert de eo, qui indebitum accepit: quoniam hic inter ſolventem & accipientem negotium geritur, ut explicatum eſt ad §. *penult. ſuprà, de obligat. quaſi ex contract.* Itaque cenſeo veriſſimam eſſe Ultramontanorum, quam refert, & malè improbat Jaſon *hic num.* 112 Quod hæc actio Pauliana ſit potius dativa, quàm nativa: & quod æquitatis conſideratione prætor hanc actionem conceſſerit creditoribus, omnimodo quidem contra eum, qui rem tenet ex cauſſa lucrativa, ſed ſi ex cauſſa oneroſa, tum demum, ſi fraudis particeps fuerit: nimirum quia putavit potiorem habendam rationem creditorum, qui certant de damno vitando, quàm ejus, qui captat lucrum: Jaſon autem ita argumentatur:

> Omnis actio perſonalis vel eſt ex contractu
> vel ex maleficio, & vel vero vel quaſi,
> & adeò eſt nativa.
>
> Atqui hæc actio eſt perſonalis.
>
> Ergo, &c.

Nego *primò* majorem eſſe univerſalem & ſine exceptione: quod ſuprà oſtendi exemplo actionum, quæ ſunt ex pactis legitimis, & alias ſpeciali quadam æquitate conceduntur. Et verò cur non poſſit quædam actio perſonalis eſſe dativa? & quod talis ſit actio de peculio probavi *in tract. de Actionib. diſput. 8 theſ 9*.

Quod autem in aſſumptione pro vero ponitur, omnino apud me controverſum eſt, propter hunc §. qui hanc actionem refert inter reales actiones, & utitur verbo petere, quod actionum in rem proprium eſt, neque actionis formula, convenit ullo modo actionibus in perſonam, ut quod contra poſſeſſorem tertium hæc actio datur, cum quo nihil actum eſt, certum indicium eſt, actionem eſſe potius realem.

Verùm ex quo jure tandem in rem, vel quo jure dabitur hæc actio: ſiquidem nec dominium creditores habent, & neque hic de caſu hypothecatiæ, ſed ſpecialis actionis tractamus. Donellus hinc & ex his cauſſis negavit in hoc §. agi de actione Pauliana, ſed confinxit agi de actione quadam hypothecaria, qua creditores perſequantur bona in fraudem alienata.

Sed obſtat, quod ſuprà probavimus, competere hanc actionem, etiam ubi quid alienatum fuit, antequam bona poſſideri ceperint, tum ſi jure pignoris alicujus perſecutio fieret, non eſſet neceſſarium creditores dicere, quod res in bonis debitoris manſerit, quippe per alienationem rei oppignoratæ, certum eſt, non tolli jus pignoris, ſed hoc rem quocunque eat, comitatur.

Fateor habere iſtam actionem quaſi ſpeciem quandam hypothecariæ actionis, ſi ponas quid alienatum fuiſſe à debitore, cum jam immiſſio in bona facta eſſet, quomodo conſtat contrahi jus pignoris, quod prætorium appellatur, ſed enim dicam hanc ipſam Paulianam eſſe quaſi hypothecariam, & quaſi ad exemplum ejus introductam. Nam hypothecaria, de qua §. ſequenti, propriè competit, ubi ex Lege vel conventione res obligata eſt, quæ conventio hic deficit: ut quaſi ſpeciali actiona fuerit opus, quæ ſcilicet eſt Pauliana, ſed quæ longè latius pateat, quàm hypothecaria: & nimirum, quia *primò*, ut jam dictum, competit etiam pro rebus alienatis, antequam pignus prætorium conſtitutum.

Secundò, quia datur non tantum, ubi res alinatæ, ſed etiam ubi actiones, ut ita dicam, alienatæ, & ſcilicet debitor debitorem ſuum in fraudem creditorum ſuorum liberavit *l. hac*, 14. *in princip. quæ in fraudem creditorum*. & quæcunque tandem in fraudem facta ſunt, revocantur. Ex quo fit, ut omnino ſtatuam, hanc actioem eſſe dativam, & mera conſideratione æquitatis à prætore introductam: itaque planè miſtæ naturæ, & quæ modo realis, & inter alia in terminis *l. ait*, 10. § *& fructus*, 20. *l. ult.* §. 1. *quæ in fraudem creditorum.* modò perſonalis naturam imitetur. Itaque Juſtinianus in hoc libro & tit. non propoſitum haberet naturam actionum ſingularium plenè exſequi, cum ſub actiones reales retuliſſe actionem Paulianam, non quaſi illa ſemper & omnibus caſibus, & purè in rem eſſet, aut actionis in rem naturam ſemper imitaretur:

Digitized by Google

taretur ? ſed quia etiam & ſuis caſibus eſſet in rem, & utique hujus naturam & conditionem ſequeretur: veluti cum datur contra poſſeſſorem, qui nihil cum creditoribus egit, & qui titulo lucrativo rem tenet. Et facit, quod nec actio, de qua *in § præced.* omnibus caſibus eſt in rem. veluti in ſpecie *l. Julianus*, 17. §. 1, *l. ſi quis*, 41. *& l. ſi quis*, 43. *Ex quibus cauſ. major.* Et hinc etiam eſſe puto, cur hæc actio dicatur in factum *d. l. hac*, 14. *quæ in fraudem credit.* de quo tractat *Jaſon hic num* 97. (Alias enim actiones in factum dicuntur, quæ aliis actionibus ſunt ſubſidiariæ *§. ult. ſuprà ad Legem Aquil. l. non debet*, 11. *in fin. de dolo malo.*) quoniam eſt natura ſua extraordinaria ex nulla certa cauſa competens, ſed prout res & æquitas poſcit, accommodatur. Nam & alias, quæ id genus actiones ſunt prætoriæ à prætore deficientibus aliis actionibus accommodatæ, in factum appellari ſolent, ut *in l. fin. in princ. De eo per quem fact. erit.* Atque hæc quidem ad explicandam naturam iſtius actionis hic proponere viſum fuit: cæteraex ſupra citatis *ad Treutler part. 2. diſput. de benefic. credit. theſ. 5. & ex tract. de actionib. diſput. 3. theſ. penult.* huc repeti volumus. Unicum addo, quod Theoph. cujus non levis eſt autoritas, hanc actionem, de qua hoc §. agitur, & in rem & Paulianam appellat.

TEXTUS.

4. Item Serviana & quaſi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipſius prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quaſi Serviana autem eſt, qua creditores pignora hypothecasve perſequuntur. Inter pignus autem & hypothecam, ad actionem hypothecariam, quantum attinet, nihil intereſt: nam de qua re inter debitorem & creditorem convenerit, vt ſit pro debito obligata, utraq, hac appellatione continetur: ſed in aliis eſt differentia: nam pignoris appellatione eam rem proprie contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, maximè ſi mobilis ſit: at eam quæ ſine traditione, nuda conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus.

COMMENTARIUS.

1. *Hypothecaria actio qua.*
2. *Serviana ad quid detur.*
3 *Et an in omnibus ſpeciebus pignoris habeat locum.*
4. *Differentia pignoris & hypotheca.*

MOnuimus ſuprà *ad § quibus modis re contr. obl.* actionem pignoratitiam ab actione hypothecaria accuratè eſſe diſtinguendam. Illa eſt ex contractu perſonalis, & datur debitori: pro repetenda re pignorata, ubi debitum ſolutum, aut alio modo obligatio pignoris finita eſt. Hæc eſt in rem, *l. 17. de pignor. l. 18. C. eod. l. 3. §. ad exhib. l. ſi cum, 66. in princ. de evictionib.* & non naſcitur ex aliqua conventione, ſed ubi per conventionem res pignori nexa eſt, propter jus in re quæſitum creditori, ex edicto prætoris, non ſoluto debito, & obligatione pignoris adhuc durante, creditori datur ad rem perſequendam, ut porro morante debitore; re diſtracta debitum conſequatur. Nam quod ſcriptum eſt *in l. ſi tibi*, 17. §. 2. *de pact.* ex pacto naſci actionem hypothecariam, paulò pinguius dictum accipiendum eſt: quod nimirum conventio de pignore nuda quoque faciat, ut res pignori nexa ſit: quo nexu poſito, ex edicto prætoris competit actio hypothecaria, ut alibi pluribus oſtendi. Planè ut ad *d. §. ult. quibus modis re contr. ob.* diximus, pignoratitia actio paulò abuſivè uſurpatur aliquando pro actione hypothecaria, *l. 3. § 3. ad exhib. l. Tutius 9. in fin. princ. quibus modis pignor. ſolv. l. rem, 41. de pignor act. l. communi, 7. §. inter, 12. communi dividund. l. duobus, 19. l. penult. §. 1 de except. rei judic. l. natural. 13 in princip. de condict. indebit.* Actio autem hypothecaria † in genere eſt, qua 1 creditor rem quamcunque pignori obligatam perſequitur. Itaque non animadverto, cur eam appellationem hic quaſi propriam faciat Juſtinianus actioni quaſi Servianæ: cum nulla ratio dari poſſit, cur non & ipſa Serviana dici debeat & poſſit hypothecaria, niſi fortè quod cum initio tantum pro rebus coloni hæc actio introducta eſſet, proprium ſibi nomen fecit ab authore Servio, prætore, quæ poſtea ad quæcunque pignora producta nomine hypothecariæ appellata fuit, cum illa proprium jam nomen haberet: ſed quæ ſanè ab objecto rectè & ipſa vocatur hypothecaria, & hinc videntur etiam ita ſeparari *in l. 3. §. 3. ad exhibend.* Inprimis autem cum præter conventionale, ſint & aliæ ſpecies pignoris, videndum eſſet, an pro omnibus hypothecaria competat,

petat, ſed prius de actione quæ in ſpecie Serviana vocatur, agendum eſt. Et Juſtin. Servianam
a competere † pro rebus coloni, quæ Locatori fundi pro mercede ſunt obligatæ, quem textum olim ſecuti Jac. De Rav. & Petr. de Bellapert. negaverunt Servianæ actioni locum eſſe pro rebus inquilini obligatis pro mercede, & miror reliquos omnes communiter veteres, ut in primis ex *Nic. de Neap. & Iaſon hic n. 23. & 24* apparet, non tantum improbaſſe eam opinionem, ſed etiam ut abſurdam & manifeſto falſam explodere & irridere. Atqui cum nihil ut ea verba hujus §. ea ſolidius confutanda, aut probanda erat. Et video eos unico uti fundamento, quod eadem ſit ratio coloni & inquilini. Ad quod ego facile reſpondeo, paritatem rationi feciſſe, ut actio primo introducta pro rebus coloni, etiam porrigeretur poſtea ad res inquilini, & ſcilicet pro his perſequendis actio quaſi Serviana daretur. Et potuit non deſuiſſe ratio, quæ moveret prætorem, ut initio locatori fundi tantū proponeret actionem in rem, vel quod locator iſte minus provide e poteſt, nete ſibi obligata alienentur, vel quod alias prætor non ſatis putabat conſultum locatori, cum coloni fere ſint inopes, & locator ſibi ſpeciatim de rebus quibuſdam caviſſet. Etenim & hic omnino ſentio contra Dd. Servianam ad eas tantum res pertinere, quas colonus nominatim pro mercede fundi obligavit, quod & ita Theoph. hic proponit, quomodo in § *adipiſcē dæ 3. infra de interdict. in fin* Salvianum Interd. dicitur competere ad perſequendas res, quas colonus pignori pepigit. Et proprium eſt prædiorum urbanorum, ut quæ in ea invecta ſunt, etiam citra conventionem expreſſam, tacito pignori teneantur: quam ſententiam ſolide confirmavimus ad *Treutl de pignorib. & in Tr. de pignorib.* ideoque nihil addo. Solet autem aliquando actio Serviana in genere uſurpari, ut etiam quaſi Servianam comprehendat *l. 1. C de Salv. interd. l. 3. de pignorib. l. ſi creditor 18. de pignor. act.* De quaſi Serviana ait Juſti. quod ea creditores pignora hypothecasve perſequantur. Ipſa appellatio quaſi Servianæ oſtendit & arguit, per productionem id fuiſſe receptum, ut quod primo tantum pro locatoribus & in rebus coloni obligatis introductum erat, poſt, omnibus creditoribus ex quacunque cauſa, ad res quaſcunque perſequendas concederetur, quod an ab ipſo prætore edictum ſuum producente, an à ICtis factum eſſe dicamus, parum intereſſe puto. Sed videndum an in omnibus ſpeciebus pignoris, & videlicet, etiam prætorii, judicialis & legalis, ea actio habeat locum. Et de legali vix dubium eſſe poteſt, quod nulla actio alia ibi ſit, & inutilis vero hypotheca futura, ſi ejus perſecutio non ſit, & cenſetur Lex eo jure & effectu hypothecam dediſſe, quo e iam per conventionem conſtituitur hypotheca, facit *l. ubi 26. C. de iure dot. l. aſſiduis 12. C. qui potior in pign.* & in primis quod *in l. ult. C. de pact. convent.* dare ſe poſitetur Juſtinianus hypothecam, ſi nihil inter partes conventum ſit; & igitur in locum conventionalis hypothecæ: Pro prætorio pignore ſufficere videtur actio Pauliana, juxta paulo ante dicta: ſed imo tamen non ſufficit, quippe quæ competat tantum pro rebus alienatis per debitorem, poteſt autem quid alia ratione & modo ad alium perveniſſe, poteſt etiam poſſeſſio jam per creditores actu apprehenſa, aliquo caſu amiſſa eſſe, ubi ſane ceſſante actione Pauliana, hypothecaria neceſſaria videtur, quam & nominatim dediſſe videtur, *Iuſt. in l. 2. Cod. de præt. pignor. uti Cyn. Salicet. & alii communiter ibid.* annotarunt.

Porro cum hæc actio ſit in rem, in ceteris, actionum quoque in rem † naturam imitatur. Et proinde ex parte Rei poſſeſſio requiritur, ex parte 1
actoris, jus pignoris, quod quomodo cōſtituatur, proprio loco & in materia pignorum explicatur: prout tamen vel contra ipſum debitorem, vel contra tertium poſſeſſorem, & hunc vel cauſam à debitore habentem, vel non, agitur, ita & probatio variat: ut ſcilic. aliquando rem fuiſſe in bonis debitoris, neceſſe ſit probare: aliquando, ſimplicem obligationem pignoris probaſſe ſufficit, de quo pleniſſime, *Ioh. Fab. Ang. & Iaſ.* hic tractant, & nos diximus *in Tract. de Action. diſp. 3.* Itidem & arbitraria hæc actio eſt, ſicut ea quæ jure dominii competit. de quo dicemus aliquid *inf. ad § præterea 31.* Ait Juſtin.

Inter pignus & hypothecam.] Nihil differre pignus & hypothecam ait, quoad actionem hypothecariam: quo ſenſu & ICtus *in l. 5. §. 1. d. pign.* (inſcriptio enim eſt, ad formulam hypothecariam) inter iſta nihil niſi nominis ſonum intereſſe ait. Et pro ratione ſubjicit, quod de quacunq. re convenerit, ut ſit pro debito obligata, utraque hac appellatione contineatur, id eſt & pignoris & hypothecæ: ut verbum *utraque* ſit ſexti caſus: minus autem recte illi, qui utramque rem intelligunt in actionem hypothecariam venire: quod quidem per ſe verum eſt: ſed ſenſus horum verborum non eſt; neque enim de duplici re, ſed in genere de re

ligata pro debito, de duplici autem appellatione & nomine loquutus eſt Juſtinianus. Et falluntur Ruſſardus & Contius, qui notant, quod pro *appellatione* Theophilus legerit *actione*. Theophilus enim, ut alias, non verbum verbo reddidit, ſed mentem Juſtiniani expreſſit, quod ſive mihi tradideris rem, ſive ſaltem hypothecæ obligaveris, poſſim movere actionem quaſi Servianam, quod rectiſſime dicitur: poſitis omnium terminis habilibus, ſi poſſeſſionem rei mihi pignori datæ amiſero: quod ſi enim eam adhuc penes me habeam, Servianæ actioni locus non eſt; Itaque pignus qua pignus conſideratum, id eſt, qua adhuc illud poſſideo, in actionem pignoratitiam non venit, ſed amiſſa poſſeſſione jam habet naturam hypothecæ, & perinde hactenus eſt ac ſi hypothecæ ab initio obligatum eſſet. Et hactenus accipiendũ eſt, quod nihil inter hæc duo intereſſe dicitur quo ad actionem hypothecariam, cæteroquin & quo ad actionem iſtam pertinet, nõ parum intereſt, quo ad alia. Nam r. rem tantum hypothecæ obligatam perſequi nõ poteſt creditor, niſi debitor ſit in mora, & de ſolvendo legitime fuerit interpellatus *l. debitores 10. C. de pignorib.* Atquin ſi creditor poſſeſſionem pignoris ſibi à debitore initio traditam amiſerit, ratio manifeſta ſuadet, quod protinus amiſſa poſſeſſione pro ea recuperanda actione hypothecaria uti poſſit, ut ipſi rei pro ſecuritate debiti incumbere liceat, juxta initio tempore contracti debiti dictam Legem.

Deinde jure noviſſimo ex *N. 4.* poſſeſſor actione hypothecaria niſi excuſſis & debitore, &, ſi qui ſunt fidejuſſoribus, converti non poteſt, quod itidem ſecus habet, ubi poſſeſſio pignoris amiſſa eſt, quam ut ſtatim in priſtinum ſtatum reponatur ratio ſuadet. & communiter quoque admittunt Doctores de quare & aliis plenius egimus in Tract. de pignoribus.

Sed in aliis differentia eſt.] ICtus *in l. plebs. 238. de verb ſign.* ait pignus dictum à pugno, quaſi quod manu tradatur, & ob id proprie in rebus mobilib.
3 tantum conſiſtere. Unde nata altera differentia,† quod cum mobiles fere res pignori tradi ſoleant, (quod alias earum pignoratarum nullus aut exiguus futurus ſit effectus, ut quæ occultari & corrumpi facile poſſit) pignus ſit, ubi poſſeſſio translata eſt in creditorem, hypotheca autem, ubi poſſeſſio manet penes debitorem *h. text. & l. ſi rem 9. §. 1. l. cum & 35. §. 1. de pignor. act.* unde & pignoratitius contractus, cum res traditur *§. ult. ſup. quib. mod. recontr. obl.* & pignoratitia actio, qua repetitur pignus *d. l. 9. §. 3. l. debitor. 40. §. ult. de pign. act.* Cæterum videtur illa in *d. l. 238. de verb. ſign.* magis alluſio eſſe, quam vera notatio: cum nec mobilib. quidem rebus omnibus conveniat: neq; enim ſervus, aut bos &c. pugno apprehenditur. Et, ſi rem accuratius putemus, pignus, Latinum, hypotheca Græcum verbum eſt: & non minus ſuppoſitum eſt pro ſecuritate debiti, imo & magis, quod creditori traditum eſt, eoque & proprie loquendo hypotheca erit, ſed ita diſtinguere placuit ICtis.

TEXTUS.

8\. In perſonam quoq; actiones ex ſua juriſdictione propoſitas habet prætor, veluti de pecunia conſtituta: cui ſimilis videbatur receptitia: ſed ex noſtra conſtitutione (cũ & ſi quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ conſtitutæ transfuſum eſt) & ea quaſi ſupervacua juſſa eſt cũ ſua autoritate à noſtris Legibus recedere. Item prætor actionem propoſuit de peculio ſervorum, filiorumq; familiarum: & eam ex qua quæritur, an juraverit actor, & alias complures.

COMMENTARIUS.

1 *Receptitia actio qualis.*
2 *Actio de pecun. conſt. an ſolum pro rebus fungibilibus.*
3 *Cur hic ex pacto nudo detur actio.*

POſt actiones prætorias in rem ſequuntur quædam perſonales: exempla enim tantum proponere voluiſſe Juſtin. ex fine *hujus §.* apparet. Et proponit tres ſpecies, de quarum ſingulis mox ſingulos ſubjicit §§. de conſtituta pecunia de peculio, ut eam quæ ex jurejurando datur. Et de actione conſtituti interim iſto §. præmittit, quod in eam quodammodo transfuderit actionem, quæ dicebatur receptitia: eaque conſtitutio exſtat *in l. 2. C. de conſtit. pecun.* Notant *Cujac. in parat. C. d. t. & Hotto-* 1
bic: quod receptitia actio † in ſpecie data fuerit contra argentarios, qui quaſi publicum officium exercebant, ſi aliquid ſe ſoluturos recepiſſent: unde etiam nomen acceperit hæc actio: & facit conjecturam, quod in extremo *d. l. 2.* fit argentariorum mentio; ſed & expreſſe Theophilus hic de receptitia. 2

tia, ἀργυρίζειν, inquit, [illegible]. id eſt, competit, argentario conſtituente. Illud autẽ dubium eſt, apud me, quod à pleriſq; & ab Hot. quoq;
2 hic traci video, actionem de conſtituta † pecunia tantum competiiſſe pro rebus fungibilibus, receptitiam autem pro quibuſcunq; rebus: ut enim de hoc dubitem illud facit, quod argentarii tantũ in pecunia negotiari, & fere pecuniam tantum numeratam tractare & ſolvere ſolebant: neq; iſtud mihi ex *d. l. 2. C. de conſt. pec.* videtur colligi poſſe: quãvis id quoque tradat Theoph. hic quod actio receptitia anguſtior fuerit olim reſpectu perſonarum, cum ſoli argentarii ea tenerẽtur: ſed latius patuerit ratione rerum, quod quævis res in eam venirent. Haud ſcio an Theophilo fidem habere hic debeam: maxime quod prætor argentariorum exemplo videtur hoc introduxiſſe, ut reliqui quoq; cives, & nimirum actione conſtitutæ pecuniæ tenerentur: nec ulla apparet ratio, cur prætor eam ſolum ad res fungibiles reſtrinxerit, ſi argentarii ob quaſcunque res tenebantur. Apparet autem hinc ultro, quæ ratio ſit, ob quam hic ex pacto † nudo
3 actionem dederit prætor: nimirum ut dixi, argentariorum exemplo motus: cui & hoc accedit, quod Theophilus hic ſcribit, coercẽdæ improbitati eorum primum introductam actionem hanc fuiſſe, qui in jus vocati, ut dilationem impetrarent, promiſiſſent creditori, citra ſtipulationẽ, id eſt hoc ſe facturos conſtituiſſent, ut intra certum tempus ſatisfieret creditori. Itaq; & dubitatum fuiſſe, an hæc actio danda eſſet in hæredes, imo an eſſet annalis & pœnalis, apparet ex *l. 1. & 2. C. de conſtit. pec. l. item 18. §. ult. D. eod.* Et ruunt itaq; & futilia ſunt, quæ tã prolixe & operoſe hac de re diſputant Dd. ut inprimis videre eſt apud *Iaſonem hic n. 46. & ſeqq.* cujus diſputationem examinavi *Tract. de Act. diſp. 8. th. 3*

Item actionem de peculio.] Diſerte hic Juſtinianus actionem de peculio refert inter actiones perſonales: nec deſunt tamen qui eam proprius accedere ad naturam actionum in rem arbitrantur, de qua re prolixe dixi *in Tract. de action. diſp. 8. theſi 9.*

An actor jurav. rit.] De ea paulo poſt dicemus *ad §. Item ſi quis 11.*

TEXTUS.

9. De conſtituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque vel pro ſe vel pro alio ſoluturos ſe conſtituerint: nulla ſcil. ſtipulatione interpoſita; nam alioquin ſi ſtipulanti promiſerint, jure civili tenẽtur.

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſi per modum ſtipulationis conſtitutum ſit.*
2 *Quid ſi quod vitium ſit in ſtipulatione tali.*
3 *An civili nuda obligationi accedat fidejuſſor.*

HIc aliquanto amplius, de actione conſtitutæ pecuniæ dicemus conſtitutum eſt nudum pactum, quo quis ſe ſoluturum conſtituit. Quæ res occaſionem dederit, ut hic ex nudo pacto actio daretur, attigimus ad *§. præf.* Diximus ibid. prætorem hoc egiſſe, ut coerceret & ipſe improbitatem eorũ qui in jus vocati fidem, quam de ſolvendo, ut dimitterentur, dederant, fefelliſſent. Sed ut fere fieri ſolet, ampliatus poſtea fuit uſus conſtituti, ut etiam debitum alienum recte conſtitueretur: utique non in eo demum caſu obtineret, quo quis, ut alius in judicium vocatus, dimitteretur, ſe pro eo ſoluturum conſtituit: textus enim juris indefinite loquuntur. Et hactenus differt à fidejuſſione conſtitutum: quod & proprium & alienum debitum conſtituitur, nemo autem pro ſeipſo fidejubet. tum quod cum fidejuſſio requirat ſtipulationem, conſtitutum & nudo pacto perficitur *h. §. in fin.* Et quid ſi igitur per modum ſtipulationis fiat † conſtitutum, conſtituis te ſoluturum? Cõſtituo: an actio ex conſtituto, an ex ſtipulatione, an utramq; dabitur? Late & intricate hanc rem diſputant Interpp. hic & inprimis *Iaſon. n. 21. & ſeqq.* cujus tractationem excuſſi *Tract. de Actionib. diſp. 8. th. 3.* nihil abſurdi habet, ſi dicamus, poſtquam prætor ex conſtituto actionem admiſit, utramque actionem concurrere: cæteroquin ſi cui iſta opinio non placeat, manet nihilominus utilitas conſtituti, cum ſæpe accidat, ut citra formam ſtipulationis quis vel pro ſe, vel pro alio conſtituat ſe ſoluturũ: &, ſi forte qua in parte inutilis ſit ſtipulatio, † actionem ex conſtituto locum habere dicemus: 2
quod contra ſententiam Jaſonis & Interpp. defendam, etiam ubi quis interroganti an conſtituat ſe ſoluturum, annuerit ſe id facturum non obſtante *l. 1. §. 3. de verb. obl.* ubi dicitur, ſi quis interroganti annuerit, nec naturalem naſci obligationẽ. Hoc enim, ut tractavimus *ſup. ad pr. tit. de verb. obl* procedit, ubi fuit animus contrahendæ ſtipulationis. At enim cum conſtitutum contrahatur nudo pacto, qui egerunt de conſtituendo, rationem hanc juris intellexiſſe, ei ſe accommodaſſe & in dubio paciſci voluiſſe intelligentur. Notant cõmuniter

Dd. & poſt eos *Jaſon n. 33. & ſeqq.* aliam quoq; differentiam inter conſtitutum & ſtipulationem, quod hæc accidat etiam civili obligationi tantum, aliud non item, ſed oporteat utique aut civilem mixtam aut naturalem tantum adeſſe *l. 1. §. 6. & l. 3. §. 1. de conſt. pecun.* Et hoc omnino liquidū haberi debet, poſtq. ā præſertim Juſt. nominatim *in l. 2. C. de conſtit. pec.* improbat jus vetus, quo etiam indebitum actione recepticia poterat peti: indebitum autem dicitur, quod civiliter tantum debetur, quippe quod repeti poteſt ſolutum *l. qui exc. 40. in pr. de condict. indeb.* Sed quod illud attinet, quamvis id Jaſon pro non dubio ponat, quod etiam pro civiliter † tantum debito recte accedat fidejuſſor, falſum eſſe probavimus ad §. 1 *ſup. de fidejuſſorib.* neq; hic repetere libet.

TEXTUS.

10. Actiones autem de peculio, ideo prætor adverſus patrē dominumve comparavit: quia licet ex contractu filiorū ſervorumve ipſo jure non teneantur: æquum tamen eſt, peculio tenus (quod veluti patrimonium eſt filiorum, filiarumque, item ſervorum,) condemnari eos.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa actionis de peculio.*
2 *Actio de peculio non conſumit obligationem principalem.*
3 *An actiones duæ, de quibus in l. 44. de pecul. ſint diverſæ nec ne.*
4 *Actio de peculio non eſt ex contractu, ſed magis dativa.*

De actione de peculio non indiligenter egiſſe videmur *in tract. de act. diſp.* 8. & dicemus aliquid tit. ſeq. Hoc ſaltem ad iſtum §. notandū: quod ſicut actio noxalis, non eſt propria actio, ſed actionum ex delicto, quæ civiliter intentantur, adjectio, de quo *infra tit.* 8. ita quoque actio de peculio non 1 eſt actio propria, † ſed adjectio actionum ex contractu filii aut ſervi, v. c. filius accepit commodatum aut depoſitum, in ipſum filium actiones, ſicut contra quemvis alium ſui juris dantur: ſed in patrem eſt actio depoſiti & commodati de peculio: quam prætor in patrem dari permiſit, quia, ut hoc §. dicitur æquum putavit, ut peculio tenus teneatur & condemnetur: quoniam nimirum ex contractibus filii adquirit, & concedendo peculium etiam jus contrahendi dediſſe intelligitur *arg. l. 1. §. 5. de adq. poſſ.* ut proinde qui cum filio contrahit, ſimul patris perſonam ſpectaſſe & ejus quoq; fidem quadantenus ſecutus videatur. Recte vero peculio tenus tantum non in ſolidum dominum & patrem teneri voluit prætor: quoniam non ulterius, ſed hactenus, qua vires peculii ſe porrigunt, jus contrahendi eſt conceſſum: & intuitu patris & domini hoc eſt quaſi patrimonium ſervorum & filiorumfam. quomodo ratio hujus §. explicanda eſt; quod peculium veluti patrimonium ſit ſervorum & filiorum: cæteroquin in filio illa ratio claudicat: quia etiamſi nullum peculium filius habeat, tamen ſe 1 & ſupra vires peculii filiusfam. & in ſolidū tenetur *l. filiusfam. 39. de oblig. & act.* idq; eſt quod Dd. dicunt, voluntatem patris vel domini non eſſe abſolutam, ſed limitatam ratione quantitatis conceſſæ in peculium. Revera autem ex obligatione & contractu iſta actio de peculio non deſcendit: quia nihil revera contraxerunt pater & dominus: idque probatur per *l. eo 50. §. 3. de pecul.* ubi negatur, quod per actionem de peculio conſumatur obligatio, quæ inter ſervum & alium contracta eſt, & omnino, quod fuerit deducta in judicium. Atque hinc videtur explicandum, quod hoc §. dicitur, patrem & dominum ex contractu filii & ſervi nō teneri ipſo jure, id eſt non teneri ex mera & ſtricta ratione juris: ſed tantum actionem cōtractus intuitu æquitatis in dominum & patrem per prætorem eſſe productam: quæ explicatio meo judicio rectior eſt, quam quod vulgo ita acceperunt, non teneri patrem & dominum jure civili, licet hæc explicatio firmetur ex §. 1. *infr. de perp. & temp. act. in pr.* Sed notandum inſuper & illud, latiorē quandam poteſtatem contrahendi habere filium quam ſervum, & ex quibuſdam cauſis & contractibus filii dari actionē de peculio, quæ ex iiſdē contractibus ſervi in dominum negatur, veluti ſi fidejuſſerit, ſi novaverit, ſi cōpromiſerit ſervus, dominus nec de peculio tenetur, ut tractavimus *ſup. ad § præterea, quibus mod. oblig. toll.* & tamen tenetur de peculio pater, ſi filius interceſſerit aut compromiſerit, *l. 3. § ſi filiusf. 5. cum §. ſeq. de pecul.* Adnotemus quædam ad verba textus.

Actiones de peculio.] Quod actio de peculio ſit in perſonā, probat hic locus, quod Juſt. expreſſe eam inter actiones perſonales refert: & utique conſtat eam non naſci ex ullo jure quod actor in re habeat, & paſſim pater dicitur debitor, quomodo non ſolet appellari, qui conveniri poteſt actione in rem.

Dege.

Degenerat tamen hæc actio, ut in quibuſdam reali magis quam perſonali ſimilis videatur, quoniam enim perſona is actio ſemper ſit contra eundem, hæc actio peculium ſequitur, v. c. ſi dominus ſervum cum peculio alienaverit *l. & ancillarum* 27. §. *de peculio*, quoniam ſcilicet prætor propter peculium & peculio tenus voluit dominum teneri i de quo dixi plene *Tract. d. act. diſſ.* 8. *th.* 9.

Adverſus patrem & dominum] Salva nihilominus
3 † obligatione, quæ cum ſervo & filio contracta eſt: Et nimirum hoc effectu, ut licet eum patre actum ſit, actio civilis contra filium maneat ſalva: ſi actum ſit eum domino, ſervus naturaliter maneat obligatus, & ſi quandocunque liber factus ſolvat, repetere non poſſit *l.* 14. *de oblig. & act.* Et huc pertinet, quod dicitur in *l. ſi quis* 44. *de pecul.* eum, qui cum filio contraxit, duos habere debitores, patrem & filium ipſum; & nimirum ita, ut in filium actio civilis detur. Idem autem de ſervo non dicitur, quia κατ' ἐξοχὴν debitor dicitur, qui exigi & in judicio conveniri poteſt. Ceteroquin quatenus verbum debitoris latius ſumitur, ut etiam naturaliter obligatus contineatur, etiam, qui cum ſervo contraxit debitores duos habet, dominum de peculio, & ſervum in ſolidum, eo effectu, ut dixi, ut debitum ſibi à ſervo manumiſſo ſolutum, poſſit retinere. Idque probatur textu paulo ante citato in *l. eo* 50. § 2. *de peculio*, ubi dicitur, quod etiamſi actio de peculio inſtituta ſit, tamen ſervus pro naturali ſua obligatione, quæ in judicium deducta non ſit, recte det fidejuſſorem.

Apparet autem hoc ita intelligi, ut maneat naturalis obligatio, quatenus per actionem contra dominum inſtituta actor conſecutus non eſt. Itaque ſi ſervus ex contractu ſuo centum debeat, ſi actor ex peculio conſecutus ſit quinquaginta, in reſiduum manebit obligatus ſervus. Idemque in filio eſt, quod ſi hic conventus undecunque ſolverit pecuniam, actio de peculio ſublata & pater liberatus erit.

Ubi quærunt Dd. an actio quæ contra filium
5 & † patrem competit juxta *d. l.* 44. ſint diverſæ, an una eademque actio. Mihi res expedita videtur, per ea quæ ſuperius dicta ſunt, actionem de peculio non eſſe propriam actionem, ſed alterius actionis, v. c. ex vendito, empto, commodato adjectionem. Ita enim conſequitur, eſſe eandem ſpecie (eadem enim numero eſſe non poteſt) actionem, cum nova ſaltem qualitate, quomodo & v. c. actio furti noxalis, ob delictum ſervi, eſt eadem ſpecie actio cum actione furti, quæ datur contra hominem liberum, qui furtum ipſe admiſit, ſed habet novam qualitatem.

Ex contractibus filiorum.] Ex cauſa enim delictorum actio de peculio non datur, *l. ex pœna lib.* 58. *de R. I.* licet ſi filius ex cauſa delicti pecuniariæ condemnatus ſit, ita quaſi novatione facta actione judicati de peculio pater recte conveniatur *l.* 3. §. *Idem* 11. *de pecul.* & diximus *tit præced. ad §. pen.* Sed an igitur hæc actio de peculio ex † contractu eſt? Equi- 4
dem ſi contractum non eſſet, actio hæc locum non haberet; verum tamen propterea ex contractu hæc actio nata dici non poteſt; ut demonſtravimus pluribus in *tract. de action. diſſ.* 8. *theſ* 9. ubi probavimus, hanc actionem potius dativam quam nativam eſſe, cui ſententiæ adſtruendæ duo hic fundamenta addo: 1. quod ſi exiſteret aliqua ſufficiens materia & cauſa hujus actionis, (ex hac enim nota æſtimant Dd. actionem quam vocant nativam) etiam extitiſſet ante edictum prætoris, & inique feciſſent jura civilia, quæ actionem negaſſent; nec prætor quidquam addidit, ex quo nova ſtatui poſſit obligatio; neque generalis illa conceſſio peculii facere poteſt, ut hæc actio eſſe dicatur ex obligatione aliqua in ſingulis ſpecialibus caſibus 2. quæ obligatio inſtituta actione non deducitur in judicium, ex illa non poteſt actio dici nata. Atqui obligatio contracta v. c. cum ſervo, actione de peculio inſtituta contra dominum, non deducitur in judicium. Ergo &c. Aſſumptio probatur ex ſæpe citata *l. eo* 50. §. 2. *de peculio.* Et faciunt quæ paulo ante de natura hujus actionis comitante peculium ſervi alienari diximus.

Peculio tenus.] Ergo non in ſolidum; & fruſtra objicitur ab Interpp. tum quod filius & pater habeantur pro una perſona; tum quod pater habeat inſtar hæredis quæ ad *pr. h. §.* refert *Iaſon hic.* Etenim comparatio patris & hæredis tantum in quibuſdam caſibus locum habet, regulariter autem falſa & nulla eſt, quoniam peculium profectitium eſt ipſius patris proprium: hæres autem bona aliena accipit, & repræſentat defunctum, & in omne ejus jus ſuccedit. Nec minus inepte unitas perſonarum huc affertur; quippe quæ maxime pertinet ad jus adquirendi per filium: Et ad prius illud pertinet amplius, quod quiſque voluntate propria & facto ſuo adquirit hæreditatem; atqui pater citra ullum factum ſuum de peculio obligatur. Intelligimus plane hic peculium profectitium, quod ex conceſſione patris filius habet & tenet, nomine autem.

actione experietur. Sed illud quæritur, quis locus ſupereſſe poſſit utili actione, aut potius an non ineptus ſit futurus & male conſultus, qui inſtituat utilem actionem in rem, juxta *d. l. 11. §. ult. & l. 13. §. 1. de jurejur.* cum expeditiſſimam habeat actionem in factum ex juramento, in quo nulla probatione oneretur, ſed ſufficiat ſaltem oſtendere, quod juratum ſit. An dicimus, actionem utilem nullam aliam eſſe, quam actionem in factum quã prætor, aut potius novam qualitatem tantum introduxerit? An quod actio prior cum actione iſta in factum prætoria concurrat? Et ſicut actio prior per ſententiam non tollitur, ſed nova accedit actio judicati, ut probavimus ad §. 1. *quib. mod. toll. oblig.* nec impedire novam hanc actionem, quo minus actio priſtina adhuc inſtituatur, cujus & poſſunt eſſe aliquæ utilitates, imo quæ & neceſſaria, aliquando videtur, & v. c. ubi juratum eſt ſuper contractu bonæ fidei; qui cum habeat varias præſtationes, & vero juramentum ſtricti juris ſi, ſit juratum ſimpliciter fuerit venditum, aut ſocietatem contractam eſſe, actio in factum non videtur porrigi poſſe, ad omnes præſtationes horum contractuum, & ob id neceſſaria eſſe ipſius contractus actio. Unde recte reſponſum eſt in *d. l. 13. §. 3. & 4.* in terminis modo dictis, agi ex empto & pro ſocio; cũ præſertim ex hujuſmodi contractibus mutuæ obligationes naſcantur, &, ſi emptor juraverit, venditam ſibi eſſe rem, etiam ei contra quem juratum eſt, actio ex vendito detur *d. l. 13. §. 3 in fi. de jurejur.* Et hic obſervandum, agi de jurejurando, non quod in judicio poſt litem contr. ſub judice pedaneo præſtitum fuit: poſt hoc enim ſequitur ſententia, nec adeo hæc actio in factum locum habet, ut tractavimus *d. diſp. 8 de action. th.* 4. Sed quod præſtitum eſt jure apud prætorem, necdum conſtituto judicio, aut data actione, itaq; longe facilius eſt & concinnius, ut hic ex contractu ſuper quo juratum eſt, actio detur quam ut poſt rem judicatam actio prior rurſus in judicium deducatur: cum & per ſententiam omnia capita controverſa decidantur, ſed juramentum etiam ſimpliciter ſuper contractu interponatur. Quod ſi juraverit quis v. c. ex mutuo ſibi centum deberi, expeditius ipſa actione in factum utetur. Conſtat porro, ut diximus, etiam in actionib. in rem jurari, per *ſupra dd. textus*; quo facto ſane vix dici poterit, quod actio in factum, quæ ſc. concurrit cum utili actione in rem, ipſa ſit in perſonam; utcunq; non detur contra quemcunque poſſeſſorem ſed tantum contra eum, contra quem eſt juratum *d. l. 7. §. 7. de publ. act. d. l. 11. §. 1. & ult. de jurej. & l. nam 9. §. ult. de jurejur.* quonia aliis quã inter quos res acta eſt, juramentum nec prodeſt nec nocet *l. 3. § pen. inf. de jurejur.* Hoc autẽ non ſufficit, ut propterea actio poſſit vere & proprie dici in perſonam eſſe; utpote quæ in dominii quodam jure, quod eſſe ſeror probatum eſſe, fundetur. Et tamen quandam iſtud ſimilitudinem cum actione in perſonam intro ducit, ſicut & hoc, quod diximus ante, conventionem partium quandam cauſam præbere huic actioni. At defendendam plane hanc Juſtin. methodum ſatis eſt, pleriſq; caſib. hanc in perſonam eſſe actionem. Probatur autem & hic concurſus actionis utilis, in rem, cum actione in factum, ex *d. l. 11. §. ult. de jurejur.* ubi ei, qui juravit, hæreditatem ſuam eſſe, utilis actio datur, quo etiam referri ſolet *l. 13 §. 1. de jurejur.* & in *d. l. 7. § 7. de Publician. action.* eidem datur Publiciana; atquin in *d. l. 11. §. 1.* actio in factum proponitur. Itaque poſito hoc concurſu nulla pugna eſt inter *d. l. 11. § 1. & d. l. 7. §. 7.* Sed magis quæritur cur in ſpecie *dict. leg.* 7. §. 7. non itidem 4 utilis † actio detur, ſed Publiciana præponatur. An eadem eſt ibi publiciana, quæ aliis locis utilis vocatur? Sed enim Publiciana reſpective ad civilem vindicationem, utilis recte dicitur: Sed alio ſenſu in *d. l. 11. § ult. de jurejur.* actio utilis dicitur: ideo videlicet, quia juramentum non vera, ſed ficta probatio eſt, nec prætor verum & Quiritarium dominium efficere poteſt, ideoq; in ſpecie quoque *d. l. 13 §. 3 & 4. de jurejur.* recte Interpp communiter intelligunt actionem utilem empti, aut pro ſocio: An potius, cum Jaſone in *§. ſed iſta 3. ſup. h. t. n. 66.* (ubi plures citat) ex *rubrica* textũ explicamus & ibi actum Publiciana fuiſſe dicimus. An potius quẽadmodũ verus dominus, qui tamen de dominio plane probando dubitat, poteſt Publicana actione uti, quemadmodũ tractavimus *diſp. 3. de action.* ita poterit etiam, qui juravit rem ſuam eſſe, pro arbitrio ſuo, aut utilem actionem in rem, perinde ac ſi probaſſet dominium, aut Publicianam intentare; eoque magis, quod hæc eſt prætoria; & illa quoq; autoritate prætoris qui jurantem perinde tuetur ac ſi probaſſet vere ſe dominũ eſſe, robur accepit. Quod autem attinet *d. l. 13. §. 1. de jurej.* diximus ad §. 1. *ſup. h. t. inf.* ubi acceſſionem longi temporis facere ut actio utilis contra quemcunque poſſeſſorem detur, quæ alias citra eam locum tantum haberet cõtra eum, qui detulit juramentum, per textus paulo ſuperius citatos; & errat omnino gloſſa hic, dũ ſtatuit, ſi res tradita ſit actori, qui juravit rem ſuam eſſe,

eſſe, ei competere Publicianam contra quemvis poſſeſſorem; quod pugnat cum *l. 7. §. 7. de Publ.* & ceteris ante adductis textib. Eadem enim utilis actionis in rem ratio eſt, quæ & ipſa contra quemvis poſſeſſorem daretur, ſi hoc in Publicianaa admitteretur. Nec movet, quod adducit; ubicunq; eſt titulus & bona fides, & ita jus uſucapiendi, ibi Publicianæ ordinariæ contra quoſvis poſſeſſores eſſe locum. Etenim negandum eſt, quod jusjurandum vere ſit loco tituli, & abſolute: ſed omnino pro titulo eſt quo ad deferentem, cujus factum, alteri præjudicium afferre non poteſt: vid. late poſt Joh. Fab. & alios *Jaſonem hic n. 51.*

Apparet autem, hunc §. non loqui de juramento promiſſorio quod contractibus adjicitur, ſed de juramento deciſorio, & nec hoc quidem omni. Non n. loquitur de juramento, quod Dd. vocant ſuppletorium & neceſſarium quod judex parti defert ſolus, quæ non ſatis probavit, juxta *l. ex admonendi 31. de jurejur.* A parte autem defertur juramentum, vel poſt litem conteſtatam, permittente ex cauſa judice, vel ante litem conteſtatam. Illud judiciale dicitur, & magis eſt, ut nec ad hoc pertineat hic §. quoniam poſt hoc juramentum ſequitur ſententia, quã judex ſemel acceptus pronunciare cogitur: & ipſe approbat delationem: Ceteroquin poſtquam quis judicẽ accepit, jam ad neceſſitatem probandi ſe adſtrinxiſſe intelligitur; nec adeo ipſi permittendum eſt, ut deſultoria levitate onus probandi imponat adverſario, quod ante facere debuiſſet. Itaque ad poſteriorem hanc ſpeciem, pertinuit principaliter Edictum prætoris, jurisjurandi extra judicium præſtiti, ubi actio ordinaria aliqua deficiebat, ut proinde prætorem ſuccurrere oportuerit. Sed hæc prolixius exſequi ratio inſtitutionum patitur.

TEXTUS.

12. Pœnales quoque actiones prætor bene multas, ex ſua Juriſdictione introduxit: veluti adverſus eum, qui quid ex albo ejus corrupiſſet: & in eum, qui patronum vel parentem in jus vocaſſet: item adverſus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit, & alias innumerabiles.

COMMENTARIUS.

1 *Pœna album corrumpentis cui ap, licetur.*
2 *Quo ſenſu juriſdictio prætoria dicatur perpetua.*
3 *De raptione in jus: & an ea Edicti fuerit cauſa.*

PLenius illuſtrare vult Juſtin. quod *ſup. §. 3. & ſeqq.* de actionibus prætoriis in perſonam proponit: exemplo nimirum alterius ſpeciei actionum perſonalium, quæ ſunt ex delictis: de quarũ actionum diſtinctione plenius dicemus in *§. ex maleficiis 18. inf. h. t.* Hic tantum obiter verba textus percurremus: cum nec actionum hic relatarum eſſentiam & naturã ullo modo explicet Juſtinianus, ſed tantum exempli loco nomina illarum ſere tantum proponat: nec ejus ſcopus fuit, omnium actionum naturas hoc titulo tradere ſed generales tantum diviſiones actionum proponere, aliquibus actionibus paulo plenius explicatis. Et ait Juſtin.

Prætor bene multas.] In fin. ait, alias eſſe innumerabiles Quod per hyperbolen dictum eſt, ut intelligamus multas & varias eſſe: haud dubie enim actiones pœnales prætoriæ, de quibus agit h. § numerari poſſunt Pro *bene multas* alii legunt, *permultas*, alii *pene multas*, a l. ſimpliciter *multas*.

Qui quid ex albo] Album ſignificat matriculam vel tabulam, in quam aliquid refertur & ſcribitur: notat *Goth. ad rub. de albo ſcrib.* Hic ſignificat tabulam in qua prætores edicta ſua publice proponere ſolebant, quod poſt alios notat *Hottom. hic* Doctores vulgo inepte explicant murum aut parietem dealbatum. Qui ita quid propoſitum corrumpit, graviter delinquit, & ipſam rempubl quodammodo lædit, quia dignitatem magiſtratus offendit: itaq; prætor in eum propoſuit judicium populare; quoniam non privatim alicui damnum infertur, ſed ut dixi, publica magiſtratus dignitas læditur: cujus adeo vindicta omnibus datur. Itaque diſputant Dd. an pœna quæ † irrogatur delinquenti applicetur fiſco an patri. Et recte concludunt communiter referente *Jaſone hic n. 39.* applicari parti; quoniam ut ſupra diximus, hæc in duobus eſt natura popularium actionum, ut pœnam & lucrum ipſe qui agit, conſequatur. Objicit tamen cum aliis *Angel. hic* doctrinam Bartoli, quod quando prætor non proponit actionem, ſed ſimpliciter irrogat pœnam, tum intelligatur introducta accuſatio & criminalis perſecutio, ex qua pœna applicetur fiſco: hic autem non actionem, ſed ſimpliciter judicium à prætore proponi *l. 7. in princ de jurisd.* Bonidem ha-

Digitized by Google

dem hactenus Jaſ. recte reſpondet, quod apparet
ex h. §. judicium de actione eſſe explicandum. Sed
in eo non leviter errat, quod exiſtimat; niſi ad hunc
modum per alium textum judicium explicetur,
in dubio per judicium criminalium accuſationem
intelligi: quoniam imo in dubio per judicium in-
telligi privatam actionem verum eſt: quod proba-
re innumeris locis poteſt, & edicere ſemper ita
prætor ſolebat, ſe judicium daturum: & perſpicu-
um eſt huic rei argumentum, quod prætor urba-
nus & peregrinus, qui ſolebant edicta proponere,
merum imperium non habebant: eoq; nec eorum
erat criminalia judicia proponere: ceteroquin
generalius loquendo, verbum quoque actionis ac-
cuſationem comprehendit. Male etiam hic Hotto-
man. reprehendit Tribonianum, quod actionem
publicam & popularem hoc titul. propoſuerit:
quoniam ut oſtendimus *ſup. ad pr. h. tit.* recte ſub de-
finitionem ibi propoſitam populares quoque a-
ctiones referuntur. Pœnam autem communiter
ſtatuunt quinquaginta aureorum: quoniam cum
in dubio mitior interpretatio in pœnis ſit facien-
da, (quam rationem ex Dd. refert *hic Iaſon num. 39.*)
variet lectio in *d. l. 7. in pr. de juriſdict.* & alibi *quin-
gentorum*, alibi *quinquaginta* legatur: quam varieta-
tem ibidem poſt Accurſ. etiam Ruſſa'd. annotavit,
& poſterius hoc, *quinquaginta*, etiam Hottomann.
hic & *Duar. c. diſput.* 48. probarunt. Editio tamen
Florentina habet, *quingentorum*. quam & vulgatæ
antiquiores editiones ſequuntur. Et fruſtra à *Goth.
in d. l. 7.* citatur *l. pen. de in jus voc.* quia longe gravius
peccat, qui publicam autoritatem lædit, quam
qui aliquem ex perſonis prohibitis ſine venia in jus
vocat. Ineptius ab eodem adducitur *lex* 10. *de accu-
ſat.* ubi quinquaginta aureis paupertas æſtimatur.
Vindicatur autem ita læſa majeſtas prætoris: ita-
que inepta eſt dubitatio Hottomanni, cur non
ſuffecerit actio L. Aquiliæ: inepta etiam reſpon-
ſio, quod hæc actio tantum ad privatum damnum
pertineat. Etenim hic non de chartæ aut alterius
materiæ ruptæ æſtimatione, quod ridiculum eſſet,
ſed de vindicta dignitatis publicæ quæritur. Ait
2 porro JC. us in *d. l. de juriſdict.* ita † puniri, qui ru-
perit quod juriſdictionis perpetuæ cauſa propoſi-
tum fuit: quædam enim proponebantur in cau-
ſis ſingulis, veluti citationes peremptoriæ partium
& c. ad quas hæc pœna non pertinet. Atqui cum
prætoris juriſdictio annua eſſet *infr. in pr. de perp. &
temp. act.* nihil videtur à prætore juriſdictionis per-
petuæ cauſa proponi potuiſſe. Reſpondetur, per-
petuum hoc non accipi abſolute, ſed ſecundum
quid, & oppoſitive ad ea, quæ in ſingulis propone-
bantur cauſis: ut perpetuum hic dicatur, quod eo
fini proponitur, ut duret per totam juriſdictionem
prætoris, & in univerſum in omnibus cauſis obti-
neat: quomodo hoc explicant *Hott. & Duar. dd. lo-
cis.* Et tamen addendum eſt, quod monuimus ad §.
prætorum ſup. de jur. nat. actiones prætorias pleraſ q;
etiam poſt annum & prætoris finitam juriſdictio-
nem duraſſe, & igitur proprie quoque juriſdictio
perpetua dici & explicari hic poterit.

In eum qui patronum &c.] Altera hæc actio præto-
ria pœnalis eſt: contra eos qui eas perſonas quas nō
ut oportebat nec ante impetrata venia in jus voca-
runt. Quidam enim omnino interim vocari non
poſſunt *leg. 2. de in jus voc.* quidam poſſunt quidem,
ſed ut ante venia à prætore ejus rei petatur, inter
quos ſunt patroni, parentes, *l. 4. de in jus voc. & h.*
§. Si quis contra fecerit, actio pœnalis eſt in quin-
quaginta aureos *l. pen. d. t.* eaque ut recte hic D. L.
non popularis, ſed privata, & illis tantum com-
petens, quibus facta eſt injuria. Cauſam edicti hāc,
cum aliis quibuſdam notat Hottoman. hic, quod
per vocationem veterem in jus, vis inferebatur vo-
cato, quippe quod obtorto quoq; collo in jus ra-
piebantur, qui ultro eos ſequebantur. Quam cau-
ſam falſam eſſe oſtendo. 1. quod in *l. quāvis* 11. *de in
jus voc.* dicitur, ceſſare pœnam ſi filiū vel libertum
† pœnituerit, vel ſi patronus vocatus non venerit. 3
Atquin raptio jus violenta in patronum & pa-
rentem non poteſt nuda pœnitentia purgari: tum
qui violenter rapitur non poteſt non venire: &
quod magis eſt dicitur in *d. l.* 11. remitti pœnam, ſi
quis nō invitus ſit vocatus: atquomodo poteſt eſſe
non invitus, qui rapitur? 2. quia in *l. quæſitum* 16.
eod. tit. permittitur liberto nomine pupilli ſine ve-
nia patronum ſuum in jus vocare: nemo autem di-
xerit violentam raptionem permiſſam eſſe. Sed ni-
mirum hoc ipſum, ut filius aut libertus patrem aut
patronum in jus ire juberent, permittendum ſine
venia non fuit: cum præſertim cognoſcendum
prius eſſet, an actio eſſet talis, quæ patris patroni-
ve famam lædere poſſet *l. ſed ſi* 10. § *pen. d. t.* Itaque
falſum eſt, quod ait Hotto. quod per vocationem
in jus vis fuerit illata: & quod apud Comicos & ali-
bi de raptione in jus legimus, alibi oſtendi, ad viles
tantum perſonas & deſertores vadimonii perti-
nuiſſe: & facit quod in *l. plerique* 18. *de in jus voc.* di-
citur, eum videri vim inferre, qui aliquem ex domo
ſua in jus vocat, id eſt ei quandam neceſſitatem ſe-

Digitized by Google

quendi aut ſatiſdandi imponit: qui autem rapit, non videtur vim facere, ſed vel maxime facit.

Adverſus eum qui vi exemerit.] Tertia hæc actionis pœnalis prætoriæ ſpecies eſt, ex Edicto *Ne quis eum &c. lib. 2 Dig. tit. 7.* in quam non venit certa quantitas irrogandi, ut in duabus præcedd. ſed tantum, quanti erat, ſuper quo reus in judicium vocabatur, utcunque etiam per injuriam & calumniam vocatus fuiſſet, *l. 4. § pen. & l. 5. §. 1. Ne quis eum &c.* nimirum propter improbum illud factum, quo quis vocatum in jus ad prætorem, exemit: quo ipſo dignitas & autoritas prætoris lædi intelligitur.

Cujuſve dolo malo alius exemerit.] Gl. duas opiniones proponit; unam, quæ hæc verba refert ad eandem actionem, de qua jam diximus, ex Edicto *Ne quis eum &c.* alteram, quæ per ea novam actionem pœnalem proponi cenſet, ex edicto *De eo per quem factum erit &c lib. 2. Digeſt tit. 10.* quem magis Gl. videtur probare, eandemque contra veteres pleroſque cum Angelo probat *Jaſon hic, n. 101.* ſed pravo judicio: & ipſa verba oſtendunt & eorum connexio, unam tantum deſignari actionem, ibi *qui exemerit cujuſve dolo alius exemerit*: ceteroquin ſi novam actionem proponere voluiſſet, eadem formula, qua in præced. v. e *item adverſus eum* uſus fuiſſet. Et edictum ſub *tit. 10. lib. 2. Digeſt* non pertinet ad eum qui dum in jus vocatur eximitur, ſed qui eum vocatus promiſiſſet ſe in certũ diem judicio ſe ſtiturum, per alium impeditus fuit quo minus ſe ſiſteret, atqui verba hujus *§. cujus dolo &c.* eundem caſum ſignificant, quo dolo alterius exemtus eſt qui in jus vocabatur. Et falſa adeo eſt ratio Jaſonis, quod hæ verba etiam conveniant *d. tit. 10.* ſed & inepta inſuper eſt, ut maxime ad eum applicari poſſint; cum non conveniat ſententiæ Imp. & inſuper tantum caput unum & quidem minus principale ejus edicti comprehenderit: principale autem eſt de eo qui ipſe impedit, quod utique non omittendum erat. Atquin per edictum *Ne quis eum &c.* non tantum coercetur & principaliter, qui ipſe vi exemit, ſed & is cujus dolo factum eſt ut eximeretur *l. 5. in pr. eo tit.* quem caſum poſterioribus his verbis Juſt. comprehendere voluit.

TEXTUS.

13. Præjudiciales actiones in rem eſſe videntur: quales ſunt, per quas quæritur, an aliquis liber an libertus ſit: vel de partu agnoſcendo. Ex quibus fere una illa legitimam cauſam habet, per quam quæritur, an aliquis liber ſit: cætera ſubſtantiam capiunt, ex ipſius prætoris juriſdictione.

COMMENTARIUS.

1 *Præjudiciales actiones cur dicantur.*
2 *An recte h. tit. de actionibus præjudicialibus tractetur.*

De actionibus præjudicialibus ſatis dixi multa ad *Trentl. de except. th. 4. & Tr. de act. diſp. 2. th. 19.* Et eſt prima quæſtio de ratione nominis † & appellationis. Et nimirum præjudicium ſeu præjudi- 2
cialis actio dicitur & eſt, quæ alteri actioni facit præjudicium, & qua deciſa ſimul aliæ quæſtiones deciſæ & dijudicatæ intelliguntur: eoq; prius dijudicanda eſt; & quæ forte rectior appellationis ratio eſt, quia hoc judicium prius eſt decidendum & terminandum. Nam alias ſi inde dicemus præjudiciales actiones appellatas, quod alteri cauſæ fiat præjudicium, jam omnes pene actiones fient præjudiciales. Exempli cauſa, ſi mota petitione hereditaris, quod judicium univerſale eſt, interim quis ſpeciale judicium ſuper re, quæ in univerſale illud judiciũ deducta eſt, movere velit, repellitur exceptione ne judicio univerſali fiat præjudicium, *l. ult. in pr C. de petit. hered.* quia per particulare judicium fieret præjudicium hereditatis petitioni: neque tamen ſpeciales illæ actiones præjudicia aut præjudiciales actiones jure noſtro appellantur. Ita in *l. fundum 16. de except.* ſi fundum petam, & pendente judicio, petam ſervitutem ad fundum eundem, dicetur interim differendam hanc actionem, quippe per quam fiat præjudicium actioni principali in rem, quoniam non niſi domino fundi ſervitus deberi poteſt: & tamen nemo actionem pro ſervitute appellat præjudicialem: ſed nec actio in rem pro fundo natura ſua præjudicialis eſt, ut prius decidenda ſit, ſed ex accidenti fit talis, propter motam actionem de ſervitute: quo ſenſu magis præjudiciale eſt judicium univerſale petitæ hæreditatis, quod ante alias actiones expediendum eſt *arg. d. l. ult. C. de petit hered.* propius ad rem, ſi quis ab aliquo, tamquam patronus petat obſequium aut operas, aut contra ſe famoſam actionem dari poſſe neget, alter autem ſe libertum eſſe neget, & ingenuum eſſe dicat, qui caſus proponitur in *l. ult. ſi ingen. eſſe dic.* hæ quæſtiones ſunt præjudiciales, hoc

ſenſu

Digitized by Google

ſenſu quod præjudicium per eas fit controverſiæ de ingenuitate. Atquin dicitur in *d l. ultim.* eas interim differri, & præjudicium reddi; An ingenuus ſit an libertus: ut ex eo rurſus apparet, præjudicium non præcipue dici, eo quod ante alias quæſtiones ſit decidendum: ſed utiq; & hoc ſenſu, quod aliis cauſis & quæſtionibus facit præjudicium: quoniam hoc deciſo an ſit ingenuus quis necne, ceteræ omnes quæſtiones, quarũ mentio in *d l. ult.* deciſæ ſimul ſunt & expeditæ, minime autem inde ita dictæ ſunt quod agatur de magno præjudicio, ut videtur velle *Iaſon hic n* 13 *&* 39 qui tamen recte notat *n.* 1. *& ſeqq.* quaſdam actiones dici præjudiciales alio ſenſu. & tum ratione eminentiæ, unde judicium criminale præferatur civili *l fin. C de ord. iud.* tum ratione contingentiæ, ut in ſpecie 16. *&* 18. *de except.* Putat autem fere Hotto. hic, actionem qua quæritur an quis liber ſit an ſervus, non omnino proprie, ut ceteras duas quæ hoc §. proponuntur, eſſe præjudicialem: ex hac ratione, ſi recte intelligo: quod inter dominum & ſervum nulla actio eſſe poſſit. Verum s. ſi ponamus quem in poſſeſſione libertatis eſſe, quamcunque hic actionem inſtituat, ſi conventus eum ſervum ſuum eſſe dicat, prius hoc decidendum eſt, & hoc deciſum ſimul alia multa decidit: neq; enim in ſpecie per actionem tractari id neceſſum eſt de quo quæritur: ſicuti nec quæ proponuntur in *d. l. ultim.* ſi ingen. eſſe diceretur, ita tractatur. Et nimirum qui ſervus eſt omnia alteri acquirit, & in ejus dominio eſt, à quo plurima alia dependent, quæ omnia ſimplici pronuntiatione, ſervum quem aut liberum eſſe videri, deciduntur. Illud porro addendum, videri has tres actiones tantum exempli cauſa propoſitas: Dari enim plures illud judicio eſt, quod Juriſconſultus ait in *l* 1. §. 2. *de rei vind.* liberos à parentibus, peti poſſe præjudiciis, & pertinet enim hoc quoque ad ſtatum perſonæ, an quis ſit filiusfa. an ſui juris: quam deciſionem multa quoque conſequuntur. Quin & amplius præjudicio hoc diſceptari, an quæ uxor ſit necne † reſpondit JCtus in *leg* 3 §. *ult. de liber. agnoſ.* nam hoc & ad ſtatum pertinet; præſertim ſi ex juris veteris ratione de uxore quæ per coemptionem in manum viri convenit, diſceptetur.

Proxima hinc quæſtio eſt, an hæ actiones vere & recte dicantur eſſe in rem an magis in perſonam, quam olim veterum quorundam ſententiam fuiſſe fert *Iaſon hic num.* 21. ſed nihil hic addere libet, quia prolixe eam tractavi *d. Tract. de action. diſp.* 2. *th.* 19. *& præcipue ad Treutl. de exception th.* 4. Movet & hunc ſcrupulum Hott. hic, quod † hæ actiones 2
præjudiciales non recte tractentur ſub hoc tit. quo contineantur privatæ tantum actiones: hæ autem non ad rem aliquam quæ in dominio ſit aut obligatione competant, ſed ſint pro ſtatu quod inſuper actio, qua aſſeritur libertas, popularis magis ſit, quippe in qua ex populo cuilibet aſſertori eſſe licuerit, quo refert *l.* 2. *ne de ſtat. defunct. l.* 3. *de hom. lib. exhib.* quod hæc cauſa quodammodo publica eſſe videatur: & quod in *l. ſed hæ* 35 §. *non ſolum* 2. *de procurat.* actio privata ſeparetur à præjudicio. Addit quod nec ſit in perſonam, nec in rem, quoniam res non deducatur in controverſiam cujus ſit dominium. Item quod actiones privatæ fuerint inſtitutæ apud recuperatores & pedaneos judices, ſed de cauſis ſtatus judices majores & ipſi magiſtratus judicaverint Sed iſta non ſunt tanti. Nam 1. actio de ſtatu vel re ad ſtatum pertinente, diverſa eſt ab ipſo ſtatu, cujus tractatio primo objecto juris continetur, 2. oſtendimus jam non ſemel, quod etiam populares actiones ſub definitione actionis in *pr. h tit.* propoſita contineantur. 3. falſum eſt, quod revera & principaliter hæ actiones cauſam publicam concernunt, ſed tantum eo reſpectu, quod publice intereſt, ne quis opprimatur & in ſervitute detineatur, cum liber ſit: itaque permiſſum fuit civibus ſe præbere aſſertores iis, qui in ſervitute injuſta detinebantur, qui inſtar procuratorum erant, cum res utique ad eos ipſos pertineret, qui vindicabantur in libertatem. 4. eſſe has actiones in rem, paulo ante citatis locis probavimus: nec ut actio in rem dicatur, neceſſe eſt, ut ejuſmodi res ſit quæ eſt in commercio: ſed eſt quædam actio in rem & vindicatio juris, cujus ſpeciem hæ actiones conſtituunt: & eſt ea quædam ſubtilis vindicatio: ceteroquin vix actio negatoria poſſet mereri nomen actionis in rem. 5. dubium eſt, an in cauſis ſtatus potuerit & ſolitus fuerit olim dari judex: & affirmativam doctiſſimi viri non uno & textu & aliorum autorum teſtimonio tuentur; & ut maxime demus (nec enim hic pluribus id tractare libet) ipſos magiſtratus de cauſa ſtatus cognoviſſe, vitioſe tamen hinc actiones præjudiciales ab iſto tractatu removerentur: quippe cũ & perſecutiones extraordinariæ pro fideicommiſſis & ſalariis eſſent cognitionis prætoriæ, quæ tamen inepte propterea à nomine & natura actionum excluduntur: & maxime inepta eſt hæc ratio ad ſeculum & ætatẽ Juſtiniani, qua jam & longe ante ve-

non poſſe actorem ſuam rem ita ab aliquo petere: *ſi apparet eum dare oportere.* Nec enim quod actoris eſt: id ei dari oportet: ſcilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res, quæ jã actoris eſt, magis ejus fieri poteſt. Plane odio furum, quo magis pluribus teneantur actionibus, effectum eſt, ut extra dupli aut quadrupli pœnam, rei recipiendæ nomine fures etiam teneantur hoc actione. *ſi apparet eos dare oportere:* quamvis ſit adverſus eos etiam hæc actio in rem, per quam rem ſuam quis eſſe petit.

Commentarius.

1 *Formulam, & verba dare, facere, non convenire omnibus actionibus in perſonam.*
2 *Dare quid ſit in ſpecie.*
3 *Quomodo condictio detur contra furem.*
4 *An ſpectetur hic & favor actoris.*
5 *Utilitates hujus condictionis, & an actor teneatur probare dominium.*
6 *Ad l. 15. de rei vindic.*

Concludit hactenus & huc uſq; traditam actionum diviſionem, in perſonales & reales: & hoc quaſi pro corollario ex §. 1. *ſup. h. t.* colligere & ſubjicere videtur. Tradidit enim ibi actione in rem in ſpecie dicta ita experiri quemque, ut dicat rem quam alius poſſidet, ſuam eſſe: actionem autem in perſonam ita quem experiri, ut dicat alterum ſibi dare facere oportere: ex qua nimirum oppoſitione formularum, quæ actionum diſparatis ſpeciebus accommodantur, hic inferre videtur: non poſſe eũ qui rem ſuam eſſe intendit, hac formula uti, ut dicat, adverſarium ſibi dare oportare: efficit enim formularum & actionum oppoſitio: ut eum in actione in rem quis petat rem ſuam, per actionem in perſonam, rem alienam petere intelligatur, quam Reus ipſi debet, & hoc fine petere ut ejus dominium conſequatur. Ex quo tanto magis verum eſſe convincitur, quod ſup. *ad d. §. 1. h. tit.* diſputavimus, formulam iſtam *Aio te mihi dare facere oportere*, non convenire omnibus † actionibus
1 perſonalibus, ſed tantum his, quæ condictiones in ſpecie dicuntur: Longe enim hi falluntur, qui ceteras omnes actiones in perſonam ad faciendum competere putant: nam ut oſtendimus *ad d. §.* verbum *facere*, non alio hic ſenſu ſumitur, quam alibi in obligationum diviſione *l. 2. d. V. O. inpri* & inprimis in *§. ult. Inſt. de verb. obligat.* ubi quod ſe ſubjicienda ſtipulatione pœnali monet Juſtinianus, argumento evidentiſſimo eſt, quid per verbum, faciendi, ibi intelligat. Et ſane ſi abuti verbis vel ſaltem laxius iis uti velimus, rectius de reſtitutione rei verbum *dandi*, quam *faciendi* prædicabitur: nam & pignori, & commodato & precario rem dare dicimur, cujus tamẽ dominium non transferimus: & quod quis acceptam à nobis, poſtea reddere dicitur; id utique ei nos recte dicimus dediſſe: & quod quis reddit, quid ni hoc etiam dare dicatur. Quod eo etiam pertinet, ut intelligamus, in formula, *Aio te mihi dari oportere*, † verbum *dandi*, in ſpecie uſurpari, ut docet *hic §.* pro dominii translatione: ſiquidem ait Juſtinianus, *dari* id demum intelligi, quod ita datur, ut fiat ejus cui datur: quo ſenſu & verbum iſtud uſurpatur à Juriſconſulto in *leg. ubi* 75. *§. ultim. de verb. oblig.* facit *l. nemo* 82 *eod.* ubi Juris conſultus, cum myſterio, ut Dd. loqui ſolent, ait poſſe quem ſtipulari, rem ſuam ſibi *reſtitui*, tacite innuens, fruſtra quem ſtipulari, rem *ſuam ſibi dari facit l. non videntur* 167. *de Reg. Iur. & leg. ſcire* 29. *§. 1. de V. O.* Et probabile eſt in ſtipulationibus, præſertim hanc ſcrupuloſitatem aut ſubtilitatem verborum obſervatam fuiſſe, & vel maxime in formulis actionum. Sed ſane recte hic obſervat Hotto. hunc locum, qui ita verbi iſtius *dare* propriam ſignificationem urget, ex veteri ICto deſcriptum videri. Vix enim eſt, ut formulis per novas conſtitutiones ſublatis, & admiſſo, ut quiſque actionem congruẽtibus ſaltem verbis inſtituat, hęc accuratio amplius obſervetur, & inepte egiſſe credatur, qui jure dominii rem ſuam, & ſibi dari petit, cum ſalva etiam ſermonis Latini ratione, *dare*, pro *reſtituere & tradere* accipi & explicari poſſit. 2

Ceteroquin hoc ſenſu, quod Juſtin. hic verbum *Dare* uſurpat, ultro perſpicuum eſt, non poſſe quem recte petere, ut res ipſi detur, cujus jam dominus eſt: nam ut ſubjicit *Iuſtinian. in verſ. nec res.* quæ res jam actoris eſt, ejus amplius fieri non poteſt. Implicaret enim contradictionem, Rei cujus dominus ſum, in me dominium transferri, nec quiſquam dominium transferre poteſt, niſi qui dominus eſt, duo autem ut ejuſdem rei domini in ſolidum ſint, fieri non poteſt. Et huc pertinet quod ait ICtus in *l. & an* 14. *§. pen. de exc. rei jud.* rem eandem ſæpius quidem mihi deberi poſſe, ſed amplius quam

rem, commodatarium &c. juxta § *furti 13. cum ſeqq. ſup de fur.* non autem ut propterea dominium co. gatur probare, qui hac condictione experitur: neq; enim fur referre poteſt quæſtionem dominii ſicut poteſt, qui convenitur rei vindicatione, qua poſſeſſor: & qui vincit, licet nihil probet, ubi a rei dominium non probat. Neque in actionibus perſonalibus ex quarum numero cōdictio eſt, actori incumbit neceſſitas probandi dominii: maxime cum fur conveniatur ita, ut dare jubeatur. Itaque ſi v. c. qui commodavit rem, experiatur condictione furtiva, non neceſſe habebit, ſe probare dominium: & ſatis eſt ut ſe dicat dominum; & præſumetur in præjudicium furis dominus eſſe. Atque ita non cōtrahitur mutuum niſi dominus fuerit, qui numeravit pecuniam: neq; tamen qui agit ex mutuo, oneratur probatione dominii: quod & notat ex Dd. *Jaſon inf. in § ſequens 16 h. t. num. 11. & 12.* Aliam utilitatem tradunt, quod poſſeſſor contra quem competit rei vindicatio liberatur rei interitu: ſed condictio re quoque perempta habeat locum. Quam itidem improbat & impugnat Hottom. eo quod etiam rei vindicatio perpetuetur ex mora *l. item ſi 15. inf. de rei vindicat.* fur autem ſit in perpetua mora *l. 81. & ult. de condict. fur.* ſed miror hominis judicium: cum ipſe mox ſcribat, eo commodiorem eſſe condictionem, quod rei vindicatio competat contra poſſeſſorem tantum: condictione autem teneatur fur, licet non poſſideat: hoc enim ipſum volunt, qui hoc tradiderunt. Et nimirum diſtinguendi ſunt caſus inſtitutæ & inſtituendæ actionis. Condictio ſemper locum habet, licet fur ante eam inſtitutam rem poſſidere deſierit; quod ſecus eſt in rei vindicatione. Et quamvis fur dolo rem ſubripuerit, poteſt tamen ſine dolo ſed & ſine culpa poſtea poſ-
6 ſeſſionem amittere. Atquin in *d. l. 15. de* † *rei vindicat* agitur de rei vindicatione jam inſtituta, ſed & inſuper quod ob moram & quod non ſtatim reſtituit, condēnatur poſſeſſor, qui poſt litem cont. amiſit poſſeſſionem, non eſt generale ſed ſpeciale, ubi petitor rem acceptam fuiſſet diſtracturus, ut ibidē ſcriptum eſt; ceteroquin conſtat, ſi reus etiam poſt lit. cont. amiſerit ſine culpa poſſeſſionem, ab inſtituta rei vindicatione eum abſolvendū eſſe *l. ſin autem 27. in pr. de rei vind.* & amplius in *d. l.* 17. agitur de re quæ petiit, poteſt autem poſſeſſio rei petitæ, ſine dolo Rei ad alium pervenire.

TEXTUS.

15. Appellamus autem, in rem quidem actiones, vindicationes: in perſonā vero actiones, quibus dare aut facere oportere intēditur, condictiones. Condicere enim eſt denuntiare priſca lingua. Nunc vero abuſive dicimus, condictionem, in perſonam actionem eſſe, qua actor dari ſibi oportere intendit: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

COMMENTARIUS.

1 *Vindicatio, vindiciæ.*
2 *Condicere, condictio.*

V*Indicationes.*] Nimis prolixe de hoc verbo hic agit Hottom. & vix videtur probanda notatio nominis † a vindico. Licet enim olim ſpecies quæ- 1
dam vis alicujus interveniret, cum uterque vindicabat rem, quam vim Gellius feſtucariam, Cicero alibi quotidianam appellare videtur: tamen utique vim non dicere ſed facere dicimur. Prorſus nihil aliud eſt vindicare aliquid, quam id ſibi aſſerere, ſive illud ſit poſſeſſio interim, ſive proprietas: & cum olim eſſent vindicationes mutuæ, eveniebat, inde ut videretur ipſa quoq; poſſeſſio dubia & controverſa, & propterea ſententia ferenda eſſet ante omnia ſuper poſſeſſione, penes quem ea interim eſſe deberet, dum de principali & ipſa proprietate negotium perageretur. Et huc pertinet locus Aſconii in orat. 3 *Verrin. quæ eſt de præt. urbana.* Lis, inquit vindiciarum eſt, cur litigatur de ea re apud prætorem, cujus incertum eſt quis debeat eſſe poſſeſſor: & ideo qui eam tenet ſatisdat &c. licet enim alter rem teneret, ut hic ait Aſconius, tamen quia alter intendebat poſſeſſionem ad ſe pertinere, dicebatur controverſa poſſeſſio: Itaq; lis vindiciarum ſignificat controverſiam de toto negotio ſimul & proprietatis. Qua in re haud dubio hic Hottomannus errat, qui refert tantum ad quæſtionem de poſſeſſione; ſicut nec minus errat, dum putat, vindicias poſſeſſionem ipſam ſignificare: quod a verbi proprietate alieniſſimum eſt. Nec movet, quod apud *Livium lib. 3.* & alibi legimus; poſtulare vindicias, & dare vindicias: vel quia verba à proprio ſignificatu in alium per metaphoram transferuntur: vel quia nihil aliud ibi ſignificat, *poſtulare vindicias*, quā petere, ut vindiciæ dicantur pro poſtulante; nam & ita loquuntur autores *vindicias dicere*; nemo autem utique dicit poſſeſſionem: &
rurſus

rurſus id dicitur per tropum, & ſignificat, in lite vindiciarum ſententiam ſecundum hunc vel illum dicere. Et vindiciarum verbum varie uſurpatum adeoque ſæpe figurate & metaphorice, vel illud argumento eſt, quod Feſtus in voce *ſuperſtites*, & in voce *vindiciæ* ipſas res de quibus controverſia eſt, vindicias fuiſſe appellatas, autor eſt; & poſtea, ubi v. c. fūdus vindicabatur, glebas quæ ex agro ſumptæ in jus afferebantur, & in iis tanquam in toto agro vindicabatur, ut ſcribit *Gell. lib.* 20 *cap.* 9. ex quo loco ipſo, dum ait in re & in agro vindicaſſe litigātes, apparet, *vindicare*, quid proprie ſit, nimirum, ut dixi, rem ſibi aſſerere. Hodie conſtat vindicationem dici actionem in rem ſuper proprietate, de qua diximus *ſup. ad* §. 1. *h. t. & late in Tract. de act. diſp.* 2.

2 *In perſonam actiones † condictiones.*] Condicere, inquit Feſtus, eſt, dicendo denuntiare, & condictio eſt in diem certum ejus rei, de qua agitur, denuntiatio. Et ſolebant olim litigatores accepta formula & judice à prætore dato, certum diem & fere perendinum conſtituere, in quem ſe apud judicem ſiſterent, & invicem ſibi ita, ut eum adeſſent denuntiare. Ita *Aſcon. in* 3. *Verrinam*, comperendinatio eſt, inquit ab utriſque litigatoribus invicem ſibi denunt atio in perendinum diem: quod pluribus confirmat Hottom. hic. Quod ſi ita eſt, cum hæc denuntiatio in omnibus actionibus, adeo & realibus interveniret, oporteret, ut hoc nomen condictionis commune etiam poſſit eſſe actionibus in rem: quod ideo poſt actionum in perſonam proprium factum ſuſpicatur Hottomannus, quoniam actiones in rem aliud ſpeciale nomen habebant, ut dicerentur vindicationes. Conſequitur & hoc, fruſtra eſſe Doctores, dum hic diſputant, an opus ſit admonitione extrajudiciali de ſolvendo, antequam Reus in jus vocetur: quoniam iſta denuntiatio & condictio poſt vocationem in jus & judicē acceptam fiebat. Ab actu itaq; iſto, appellata fuit ipſa actio, à qua alias longe diverſa eſt denuntiatio: atque ita hæc quoque eſt appellatio abuſiva: ſed magis adhuc, quod iſtud nomen actionum perſonam certæ ſpeciei proprium factum eſt, ut *inf.* §. Juſt. ſcribit; quamquā poſſit Juſt. & ita accipi quod hoc ipſum velit improprie & abuſive actiones in perſonam dici condictiones. Verendum autem eſt, ne quod dictum modo de denunciatione invicem facta, parum conveniat huic loco: & fore olim etiam acturus, qui aliquem ſibi obligatum habebat, neceſſe habuerit prius monere reum & ei denuntiare ut ſolveret, *arg. l.* 10. *C. de pignor.* quod & Cujac. hic notat, & cōfirmat autoritate Donati, qui ad iſta verba Terentii in Phorm. Act. 2. ſc. 2. *ego me cognatum dicam & ſcribam dicam*, annotavit. *A denunciatione in perſonam ne poſſet dicere mihi non denunciaſti.* Illud autem omnino eſt obſervandum, quod hic in fin. proponit Juſtinianus condictionem ſignificare actionem in perſonam, qua quis intendit ſibi dari (& fieri) oportere. Ex hoc enim confirmatur, quod ſupra ad §. 1. *h. t.* ſcripſi, formulam hanc, *Aio te dare facere oportere*, non eſſe communem omnibus actionibus in perſonam, ſed tantum quibuſdam, & omnino his, quæ vocantur condictiones.

TEXTUS.

16. Sequens illa diviſio eſt, quod quædam actiones rei perſequendæ gratia comparatæ ſunt, quędam pœnę perſequendæ, quędam mixtæ ſunt. Rei perſequendæ cauſa comparatæ ſunt omnes in rem actiones. Earum autem actionum, quę in perſonam ſunt, eæ quidem quæ ex contractu naſcuntur, fere omnes comparatæ videntur, rei perſequendæ cauſa, veluti, quibus mutuā pecuniam, vel in ſtipulatum deductam petit actor: item commodati, depoſiti, mādati, pro ſocio, ex empto vendito, locato conducto. Plane ſi agatur depoſiti eo nomine, quod naufragii, tumultus, incendii, ruinæ cauſa depoſitum ſit, in duplum prętor actionem reddit, ſi modo cum ipſo apud quem depoſitum ſit, aut cum ejus herede de dolo ipſius agitur, quo caſu mixta eſt actio.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ ſint pœnales actiones.*

HÆc diviſio poteſt ex ſupra relatis §§. intelligi, quibus Juſtin. quaſdam actiones perſecutorias in §§. 8. 9. 10. & 11. & poſt in §. *pœnales* 12. pœnales actiones propoſuit. Sed id ibi alio fine nō fecit, quā ut exempla actionum prætoriarum referret: Hic autem actionum generalem diviſionem & quidem accuratius & plenius proponit. Diviſio ab objecto, quod actio perſequitur, ſumpta eſt. Pœnales † a- 1
ctiones

Digitized by Google

actiones proprie loquendo ſunt, quib. actor perſequitur quod vel quantum ſibi non abeſt, ut, duplũ, triplum quadruplum: quamvis Dd. communiſſime in §. *pœnales* 12 *ſup. h. t. ubi Iaſ. in pr. & nu. 91. cum ſeqq.* jam quaſdã actiones pœnales appellent, aut apellatas putent à parte Rei, ubi perſequitur actor aliquid, quod ſibi abeſt, cum reo nihil adeſt: & ſane (oſtendimus *Tract. de act. diſp.* 1 *th.* 2.) ita videtur & hoc ſenſu actio pœnalis dici in *l. fin. in pr. de eo per quem fact. & in l.* 1. §. 5. *&* 8. *ne vis fiat ei &c.* Sed tamen prior uſurpatio & frequentior & uſui juris quin & rationi magis accõmoda eſt. Et cum pœnæ perſequendæ cauſa hoc loco Juſtin. pœnales actiones comparatas dicat, utique non poteſt dici perſequi pœnam, qui quod ſibi abeſt perſequitur, & quod ſua intereſt, licet Reo nihil adſit: ceteroquin etiam ultra centuplum poſſet dici actio competere; & ita actio v. c. L. Aquiliæ qua datur ad intereſſe juxta §. *illud* 10. *ſup. ad L. Aquil.* pœnales dicenda eſſet, quod tamen recte non fieret: imo & dicenda eſſet pœnalis, cum v. c. homo occiſus eo tempore integer & plurimi fuit, & veram æſtimationem actor perſequitur, quod tamen abſurde diceretur, & contra §. *his autẽ* 9. *ſup. ad L. Aquil* § *vi autem* 19 *inf. h. t.* utiq; enim & hic nihil reo adeſt. Et ad hãc rationem actio ex delicto *ſi vẽt. nom. mul &c.* quæ eſt ex dolo in factum, perſecutionẽ continere dicitur *l.* 1 § 4. *d. t.* tamen competit in mulierem, licet ei nihil adſit *d. l.* 1. §. 3. Hoc inde adnotandum eſt, quod & ipſum pertinet ad ejus quod jam dixi, confirmationem, pœnam hic intelligi quantitatem ex edicto vel Lege delicto irrogatam. Ideoque nihil huc pertinere, pœnam, (quæ ita dicitur) conventionalem: quæ enim hanc perſequitur, actio procul dubio ad rei perſecutorias pertinet. Atqui poteſt & in ſtipulationem deduci duplum, triplum & quadruplum: *l ſi divum* 56. *in princ. de evict.* Et an igitur hæc actio pœnalis appellanda erit, quæ ex ejuſmodi ſtipulatione competit? utique ex delicto non eſt iſta actio: & tamen nec dici poteſt rei perſequendæ gratia comparata, cum triplũ aut quadruplum adeo id, quod actori non abeſt, perſequatur. Videtur ſane iſtud ad pœnam conventionalem pertinere: quæ, ut ex Dd. notavimus ad §. *alteri* 18 *ſup. de inutili. ſtip.* cõcipitur vel ſub certæ quãtitatis mentione, vel, ut loquuntur Interpp. per nomina multiplicativa, ut in *d. l.* 56. dum permittente jure, v. c. emptor ita intereſſe ſuum æſtimare videtur, ſi ipſi poſtea res evincatur: ne difficili probatione ejus quod intereſt, gravetur, juxta §. *ult. ſup. de V. O.* Et id inde deſcendit, quod alias ex ratione juris, & forte ex Edicto Ædilium duplam ſtipulari licebat, quam & promittere venditor cogebatur *l.* 2. *de evictio.* Jam verba textus quædam videamus.

Quædam mixta ſunt.] Hinc notat Jaſon poſt Dd. ſub ſimplicibus mixtum non contineri. Sed inepta probatio eſt, poteſt enim hæc ſpecies aliquãdo perſpicuitatis gratia proponi, poteſt & omitti, ut factũ eſt in § 1. *ſup. h. titul.* Quot modis autem actio mixta dicatur, dicemus ad § *quædam* 20. *inf. h. t.*

Omnes in rem actiones.] Vel hinc apparet, manifeſto errare, qui propterea quod in litẽ juratur, actionem faciunt pœnalem, ut *gl. in* §. *pœnales* 12. *ſup h. t.* quæ tamen cõmunius reprobatur: nec male reſpõdent Dd. quod licet ob contumaciam res æſtimetur pluris, tamen hoc fiat ex officio judicis, quod nimirum ſubſervit actioni: ut intelligamus, non fieri ex ipſa per ſe natura actionis, ſed magis ex accidenti, & eo quod poſt litem conteſtatam contingit.

Fere omnes.] Poſſit exiſtimari particula *fere* adjecta propter iſtum caſum, quem paulo ante tituli ex *l.* 56. *in pr. de evict.* Sed magis, ut intelligat caſum quem mox ſubjicit, in *verſ. plane* ubi ſimul concurrit delictum.

Veluti quibus.] Conſtat plane eſſe plures quam hic enumerantur: itaque exempla ſunt nimis multa: & vel genera contractuum proponere, vel una aut altera relata ſpecie clauſulam debuiſſet ſubjicere, ut *inf.* § *pœnales* 12. *h. t.*

Plane ſi depoſiti.] Apparet ultro non ſimpliciter eſſe hanc actionem in duplum, (quod ridiculum ſit dicere) ſed contra inficiantem & qui frangit fidẽ *l.* 1. §. *hoc autem* 4 *depoſ.* Et ratio eſt in *d* §. 4. *&* 2. *d l.* 1. quoniam his caſibus non eſt locus electioni, ſed cuilibet occurrenti fidem quis habere, & ejus fidei rem committere cogitur: quod ipſum anſam inficiandi præbet: & proinde pœnali propoſita actione ab inficiando abſterrere voluit prætor, cum & pluſquam improbum ſit, ex aliena calamitate, improbiſſimum captare lucrum: quo etiam in *d.* §. 4. videtur reſpexiſſe ICtus, dum ait perfidiæ crimen creſcere.

Si cum ipſo, aut cum herede.] Et eñ quo igitur alias poſſit agi depoſiti? cum nullo utique: cum ſit actio perſonalis: Juſtin. hoc ideo adjecit, ut ſignificaret actionem tum demum in duplum in heredẽ dari, ſi ipſe, ex dolo & inficiatione propria conveniatur, ſecus ſi ob dolum defuncti, tum enim actio tantum in ſimplum eſt in heredem *l.* 1. §. 1 *l, dolo* 18. *depoſiti.* ideoque addit hic Juſtin. cum herede de dolo *ipſius* ſcilicet heredis. Neque obſtat quod

 ex cau-

ex cauſa contractus actio ex dolo defuncti in ſolidum in heredes datur *l. ex depoſiti 12. de O. & A. cum ſimilib.* Aliud enim eſt, dari in ſolidum, & dari in duplum. Et hactenus actio pœnalis eſt, & ex delicto dari intelligitur, cujuſmodi actiones in heredes non dantur.

TEXTUS.

17. Ex maleficiis vero proditæ actiones aliæ tantum pœnæ perſequendæ cauſa comparatæ ſunt: aliæ tam pœnæ quam rei perſequendæ, & ob id mixtæ ſunt. Pœnam tantum perſequitur quis actione furti: ſive enim manifeſti agatur quadrupli: ſive non manifeſti, dupli: de ſola pœna agitur: nam ipſam rem propria quis actione perſequitur, id eſt ſuam eſſe petens: ſive ipſe fur eam rem poſſideat, ſive alius quilibet: Eo amplius adverſus furem etiam condictio eſt rei. Vi autem bonorum raptorum actio eſt mixta: quia in quadruplo rei perſecutio continetur: pœna autem tripli eſt, ſed & Legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mixta eſt: non ſolum ſi adverſus inficiantem in duplum agatur, ſed interdum & ſi in ſimplum quiſque agat: veluti ſi quis claudum aut luſcũ hominem occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, ſecundum jam traditam diviſionem. Item mixta eſt actio contra eos, qui relicta ſacroſanctis Eccleſiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommiſſi nomine dare diſtulerint, uſque adeo ut etiam in judicium vocarentur: tunc enim & ipſam rem vel pecuniam, quæ relicta eſt: dare compelluntur, & aliud tãtum pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.

COMMENTARIUS.

1 *Male omiſſæ actiones ex delictis perſecutoria.*
2 *Actio L. Aquilia an ſit pœnalis.*

SUbdiviſio in *pr.* §. eſt actionum pœnalium in puras & mixtas. Sed cum dicat de actionibus proditis ex maleficiis, non ſine vitio omittit tertium membrum. Nam & ſunt multæ † actiones ex delictis, rei perſecutoriæ, non pœnales, quas per judicẽ quaſi receniuimus in §. *ult. ſup. de furt.* Et tanto minus id hic omittendum erat, quod in §. *præced.* ubi de perſecutoriis egit, tantum fecit mentionem actionum in rem & actionum perſonalium ex contractu: ut quis in errorem induci & exiſtimare poſſit, omnes actiones ex delictis eſſe pœnales: quod omnino falſum eſt. Et ita nimirum & vulgatæ & ceteræ editiones habent, ut in textu propoſui. Hotomannus tamen poſt verba, *comparatæ ſunt*, addit hæc verba *aliæ rei*: cujus lectionis etiam in notis meminit Ruſſardus: & optat, ejus lectionis autores ad aliquæ manuſcripta provocare: & ita eos legere ait, propter condictionem furtivam: quam etiam ſolam producit Hotom. Valde inſubtiliter, cum & multæ ſint aliæ rei perſecutoriæ ex delicto: & omnino, ut oſtendi in *Tract. de action. diſput.* 4. condictio furtiva vere nõ ſit ex delicto, quippe cum detur jure quodam dominii, & ſit non nativa, verum dativa, odio furum contra rationem juris introducta, ut docet §. *ſic itaque* 14. *ſup. h. t.* Et ſuſpecti ſunt, qui ita ad manuſcripta provocant: & vulgatiſſimam lectionem, quæ etiam Theoph. adſtipulatorem habet, confirmat, quod Juſt. tantum exempla actionum ex maleficiis pœnalium & mixtarum ſubjicit. Sed ſane, ut dixi, illud membrum actionum ex delicto perſecutoriarum omittendum non erat. 1

Pœnam tantum actione furti.] Hoc propoſuimus & pluribus textibus aliis probavimus ad §. *ult ſup. de furt.* quod actio furti ſit mere pœnalis.

Ipſam rem propria actione.] Intelligit actionem in rem: ut ex *ſeqq. h.* §. apparet: quod & traditur in § *ſic itaq. ſup h. t.* ſicut & quod de condictione furtiva in *verſ. eo amplius h. t.* ſubjicit: idem in *l. ancilla.* 12. *C. de furtis l. ult. C. de noxal. act.*

Vi bon rapt acti mixta eſt] Omnes reliquæ pœnales actiones præter actionem furti mixtæ ſũt; quod de ſingulis quæ ſequuntur, probabimus. Et de hac actione præter hunc text. idem traditur in *ſ. pr. ſup. vi bon rap* Et ibi ſpecialem rationem actionis furti explicavimus.

Sed & L. Aquil. actio] Contra inficiantem hæc perſpicue mixta eſt, quippe in duplum, ita ut rei perſecutio inſit: de qua pœna in *l. 2. §. 1. l inde* 23. § *pen. ad L. Aquil. l. contra* 4. *cum l. ſeq. C. eod.* ſed iſtud non ſatis

ſatis ad uſum juris, quod actio L. Aquiliæ etiam extra hunc caſum, & tum quoq; ubi in ſimplū agitur, mixta appellatur, *h.* §. ſane cum eo ſenſu Juſt. hanc actionem quoque in §. *his autem* 9. *ſup. ad L. Aquil.*
2 appellet pœnalem, † eo quod Reus aliquando in longe plus teneatur quam damni dedit, qua æſtimatio retro initur: adeoq; quod verā æſtimationem quæ tempore damni dati eſt, pro pœna habetur, & cum ſimul utiq; in æſtimatione ſit, quanti res tunc fuit, cum corrumperetur, hoc ſenſu mixta dici poterit. Ceteroquin in *Tract. de Act. diſp* 5 *& ſup. ad L. Aquil.* diximus, quod fictione quadam juris credatur occiſus homo eo tēpore quo plurimi fuerit: qua fictione admiſſa, recte ſimpliciter rei perſecutoriam iſtam actionem dicemus. Sed & hoc monuimus, ſimplum dici tū oppoſitive ad duplum: tum oppoſitive ad omne id quod non revera abeſt, actori: quo reſpectu hæc actio dicetur mixta: & priori reſpectu nihilominus in ſimplum.

Item mixta ex actio] Supplendus eſt hic locus ex §. *ult ſup. de obl. quæ ex cont. & ex* §. *ſed furti* 26. *inf. h. t.* quibus locis dicemur, non ſolum ob moram eſſe hanc actionem ex teſtamento pro legatis ad pias cauſas in duplum, ſed etiam propter inficiationem creſcere. Opinionem autem Dd. quod ex ſola re fiat mor piis locis, adeo heres teneatur in duplum, licet interpellatus non fuerit, confutavimus in *Tract. de Act. diſp.* 5. *th.* 22. & facit contra eam ſatis aperte textus in *l. ſancimus* 46. §. *ut aut. m* 7. *C. de Epiſcop. & cler.* quamvis enim textus ille in vulgatis codicibus non extet & ſit ex Græca conſtitutione Juſtiniani inſertus à Neotericis: tamen cum videatur hujus juris autor ipſe eſſe Imperator Juſtinianus, recte etiam ejus conſtitutionis Græcis utimur, in tractatione quæſtionis controverſæ, quæ aliis textibus deciſa non eſt: quamvis hic textus ſufficere poſſit, quod tum demum teneatur heres in duplum, ſi dare diſtulerit, uſque dum in judicium vocaretur; quod ſane ante extrajudicialem interpellationem fieri non ſolet. Quæ hic tractant latiſſime Dd. de hac actione & inprimis Jaſon, & alia multa impertinentia non attingo.

TEXTUS.

19. Quædam actiones mixtam cauſam obtinere videntur, tam in rem quam in perſonam: qualis eſt familiæ erciſcundæ actio, quæ competit coheredibus, de hereditate dividenda. Item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos cōmune aliquid eſt, ut id dividatur. Item finium regund. actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare, &, ſi unius pars videbitur prægravari, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

COMMENTARIUS.

1 *Actiones quos modis mixtæ dicantur.*

Videtur hic §. inſertus occaſione ejus, quod de mixtis actionibus in *præced.* dictum erat: ut intelligeremus non hoc unico modo dici actiones † 1
mixtas, quod ſint ſimul pœnales & rei perſecutoriæ: ſed etiam hoc ſenſu, quod ſimul ſint in rem & perſonam. Quod vel ſolum poteſt ſufficere, ad coarguendum A. Fabrum qui hæc verba in *princ.* §. *hujus, tam in rem, quam in perſonam*: vult expungi; quibus ſublatis apparet nihil, cur iſte §. *præced.* ſit ſubjectus: imo ineptus ſit Juſt. ſi non explicat, quo ſenſu actiones iſtas mixtas eſſe intelligeret: quandoquidem de una ſpecie mixtarum jam egerat, & pluribus modis actiones miſtæ dicuntur. Et præter iſtas duas ſignificationes mixtarum actionum, ſupereſt & tertia, actionum ex delicto, (quæ origine ſunt perſonales) in rem ſcriptarum, qualis eſt actio *quod met: cauſ.* Eſt & quarta, actionum in quibus uterq. & actoris & rei vicem obtinet, quo ſenſu itidem actiones hic relatæ mixtæ ſunt, item quæ interdicta retinendæ poſſeſſionis § *p n inf inf. de Interdict.* Quod autem actiones hic relatæ, & quomodo ſint revera in rem & in perſonam, accurate & prolixe explicavi in *Tract de act diſp.* 2 *th.* 7 & plenius in *exercitat. ad Fabrum decad.* 94 *err.* 3. & 4. neque huc tranſcribere libet.

In quibus tribus] Verba hæc, *quod permittatur judici &c.* nō eo pertinent, ut ſignificent, has actiones eſſe bonæ fidei, (quod videri poſſit *arg* § *in bonæ* 30. *inf. h t.*) actio enim fin. regund. ſtricti juris eſt: neque hic de præſtationibus judiciorum bonæ fidei agitur: ſed de eo, quod ipſa rerum conditio, quæ in hoc judicium veniunt, expoſcit. Nimirum res communes aliquando & quædam, nullam realem & naturalem patiuntur diviſionem, veluti homo, equus, &c. aliquando non commodam recipiunt

 aut

aut æqualem diviſionem. Ita ut non ſemper partes ipſarum rerum pro diviſo fieri, aliquando non æquales partes fieri poſſint, ſed neceſſum ſit uni aut totum, aut majorem rei partem adjudicare. Quibus caſibus res dupliciter deducitur ad æqualitatem: ut pro eo quod unus plus accepit ex rebus communibus, alteri res alia adjudicetur: quo caſu habet diviſio ad inſtar permutationis: & ut pro eo quod quis plùs accepit, alteri in proportionatam ſummam pecuniæ condemnetur: cujus exæquationis hoc loco meminit Juſtinianus: & habet hoc caſu diviſio inſtar emptionis: de qua re late etiam dixi in *exercitationib. meis ad Fabrum decad. 98. cap. 4. & 6.* Iſti autem exæquationi frequentius locus eſt in judicio fam. erciſc. & comm. divid. rarius autem in judicio finium regundorum, ut docet § *pen. in f. de off. jud.*

TEXTUS.

20. Omnes autem actiones vel in ſimplum conceptæ ſunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur. In ſimplum agitur, veluti ex ſtipulatione, ex mutui datione, ex empto vendito, locato conducto, mandato, & deniq; ex aliis quam plurimis cauſis. In duplum agimus: veluti furti nec manifeſti, damni injuriæ ex L. Aquilia, depoſiti ex quibuſdam cauſis. Item ſervi corrupti, quæ competit in eum cujus hortatu conſiliove ſervus alienus fugerit, aut contumax adverſus dominum factus eſt, aut luxurioſe vivere ceperit, aut denique quolibet modo deterior factus ſit; in qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo abſtulerit ſervus æſtimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum eſt ſecundum ea quæ ſupra diximus.

COMMENTARIUS.

1 *An actio in ſimplum, & perſecutoria, convertantur*
2 *An actio quadam perſequatur ultra quadruplum.*

Alia diviſio actionum, quæ tamen non multum abit ab ea, quæ in §. *ſequens ſup.* tradita fuit: actiones in ſimplum, rei perſecutoriæ, reliquę pœnales ſũt. Nec aliud habet, quod poſt Joh. Fab. & alios reſpondeat *Iaſ. n. 1. in f.* pro informatione juvenũ & pleniori clarioriq; declaratione hanc diviſionem adjectã eſſe. Et tamen meminiſſe debebant Interpp. ejus quod tradiderũt *ſup. ad § pœnales 12. h. t.* eã quoque dici actioné pœnalem & ex † parte rei, quæ in- 1
tereſſe actoris perſequitur, ubi Reo nihil abeſt. Quo poſito falſum omnino erit, quod idẽ ſit actio in ſimplum & rei perſecutoria; ſed omnino quædã in ſimplum pœnalis erit: quod & ex §. *vi aũt 19. ſup. h. t.* probatur ubi Juſt. actionem L. Aquil. etiam quæ in ſimplum competit, mixtam & adeo pœnalem eſſe ſcribit, ut ibi explicavimus. Ex quo rurſus apparet, minime hæc converti, actionem eſſe in ſimplum, & eſſe rei perſecutoriam.

Ulterius nulla actio † extenditur.] Dixi nõ ſemel eam actionem proprie pœnalem eſſe, qua perſequitur actor quod ſibi non abeſt, & ita coercetur culpa & dolus rei, ut accidit in omnibus actionibus, quæ ſunt in duplum, triplum quadruplum, quantitate ex nominatim definita: quo ſenſu verum eſt, quod hic dicitur, nullam actioné eſſe ultra quadruplũ. Et cevera ineptæ ſunt objectiones, quas poſt gl. movent *Interpp. ex § illud 10. ſup. ad L. Aquil. l. 3. §. ult. de incend. ruin naufrag. l. Iulian. 13 in pr. de act. empt. l. 1. in pr. de vi arm.* Revera enim ibi actor perſequitur ſimplum, & nimirum quod ſibi culpa rei abeſt, & in quo ei damnum datum eſt. Neq; enim conſideramus totum illud corpus, in quod & per quod damnum datum eſt, ſed univerſum damnũ quod datum eſt, & quod ex culpa rei actor ſenſit: v. c. ſi quis vile dolium pro pauculis florenis, ſciens vitioſum, ignoranti emptori vendiderit, etiam æſtimationem vini quod in dolium condidit emptor, & quod vitio dolii periit, præſtare cogitur, *d. l. 13. in pr. de action. empt.* quod & in tigno vitioſo vendito, quod ruina ſua, ruinam aliam ſecum traxit: itemq; in ſervo herede inſtituto, & ante eam aditam occiſo obtinet. Quidquid enim ſua intereſt actor non vero triplum aut duplum ejus perſequitur: ex quo hoc æſtimandum eſſe jam ſæpe dictũ eſt. Extra hunc caſum, poteſt aliquando Lex, non habita conſideratione æſtimationis rei, in qua delictum commiſſum eſt, graviorem pœnam conſtituere, quæ longe longeq; æſtimationem quadrupli excedat, ut in *l. pen. C. de ſerv. fugit.* Cetera quoq; bene removet *gl. hic* & Egidius in *Tract. de action. diſp. 5. th. pen.* Et an pœna conventionalis poſſit excedere quadruplum, tractavimus in §. *alteri 18. ſup. de inutilib. ſtipulat.*

Veluti

Veluti ex ſtipulatione.] Aliquando tamē & in quadruplum ex ſtipulatu agitur, ut in ſpecie *l. ſi dictam 56. in pr. de evict.* ſed diximus in §. *ſequens ſub.* tanti permiſſum eſſe æſtimare intereſſe ſuum: ut hoc reſpectu perſecutio ſimpli videatur.

In duplum agimus.] Quinque actiones referuntur, quibus ad duplum agitur: furti nec manifeſti, damni ex L. Aquil. depoſiti, ex quibuſdam cauſis, ſervi corrupti, & ex teſtamento ad legatum piæ cauſæ relictum. Et hoc tantum fuit propoſitū Juſtiniano, ut doceret eas eſſe in duplum: an autem eodem omnes modo ſint in duplū, & ex ſe & ſemper, & aliæ harem differentiæ ex aliis & propriis locis petendæ ſunt. Enimiturum actio furti mere pœnalis in duplum, ceteræ omnes mixtæ ſunt, ut in duplo ſit rei perſecutio: quod docuit Juſt. in §. *ex maleficiis* 18 *cum ſeq. ſup. h. t.* ſed & actio L. Aquiliæ, & depoſiti, in tumultu & incendio, itemq; jam dicta actio ex teſtamento, contra inficiantem, & hæc poſterior inſuper ex mora in duplum ſunt, ut docet §. *ſed furti* 26. *infr. h. tit.* ceteræ, furti & ſervi corrupti, ſemper & etiam citra moram & contra confitentē ſunt in duplum *d.* §. 26. De actione ſervi corrupti illud notandum, quod utiliter quoq; cōpetit pro filio corrupto *l. ut tantū* 14. §. 1. *de ſerv. corr.* circa quod v. quædam poſt Dd. tractata *à Iaſone num.* 21. *hic.* Quod de hortatu conſiliove hic dicitur, & an ob conſilium malum quis teneatur, tractavimus ad §. *tua tantum* 6. *ſup. Mandati.* Atque hæ ſunt, ut ita dicam nobiliores & frequentiores actiones in duplum. Exempla alia & plura ſunt in *l. 7. C. de iur. fiſc N. 123. c. 28 in f. auth. h. ſed hodie C. de Epiſc. & Cler. l. ſancimus 29 C. de Epiſc. aud. in conſt. 2. C. de vet. iur. enucl. Incipit. Tanta circa nos* § *eandem* 22. *in fi l. 2. C. ut lit. pend l. un. C. ne rei mil. comit. l. 4. C fi. regund l. 1. C. de ſuſcept. lib. 10. l. pen. Cod. Locati. l. 1. in pr. & l. 5. §. 1. de publ.* & forte alibi.

TEXTUS.

21\. Tripli vero agimus, cum quidam majorem vera æſtimatione quantitatē in libello conventionis inſerunt, ut ex hac cauſa viatores, id eſt, executores litium, ampliorem ſummam ſportularum nomine exigerent: tunc enim id quod propter eorū cauſam damnū paſſus fuerit, Reus in triplum ab actore cōſequetur: ut in hoc triplum etiā ſimplum, in quo damnum paſſus eſt, connumeretur. Quod noſtra conſtitutio introduxit, quæ in noſtro Codice fulget, quam procul dubio certum eſt, ex Lege condictitia emanare.

COMMENTARIUS.

1 *Viator quis, Item executor Catholicianus.*
2 *De ſportulis.*

Apparet ex hoc §. viatoribus & executoribus litiū pro quantitate & re petita ſportulas quoq; & mercedes dandas fuiſſe, & à reo quoq;, non tantū ab actore: ſicut *N* 82. *c.* 9. judicib. quoq; ab utraq; parte vult ſportulas dari Juſtin. Nec animadverto, quare Hott. hic neget ſe iſtud cōcoquere poſſe. Equidem pro qualitate & quātitate operæ & laboris mercedē his perſonis conſtitui dariq; rationis eſt, nec tamen omnino abhorret à ratione, ut mercedis quantitas & ratio, ex quātitate ſūmæ aut rei petitæ ineatur: cum & videri poſſit, præſertim quoad executionem major opera requiri in exigenda majore quantitate, quamvis *Iaſon hic num.* 41. *poſt Dd.* notet, non amplius de conſuetudine obſervari, ut pro quantitate rei petitæ, majores præſtētur ſportulæ. Nec tam in Reo abſoluto, qui regulariter omnes expenſas litis conſequitur, procedit hæc actio, quam in reo condemnato in minorem quātitatem; ut videlicet, quanto minus pro ſportulis (quas ſemel acceptas viatores non reddunt) dare debuit, id, & imo juxta hunc §. ejus triplum ab Actore liter victore conſequatur, ut docet § *ſed hæc quidem* 35. *in fin. infr. h. t.* Itaque juris veteris ratione, ſecundum quam actor, qui plus petebat, cauſa cadebat &, reus omnino abſolvebatur, iſtud non convenit, ſed juri novo quod refertur in *d* §. 35.

Et ipſe Juſtinianus hoc loco teſtatur, hanc actionem in triplum mixtam, ex ipſius nova conſtitutione deſcendere. Ampliat hunc textum *Iaſon* cum aliis *numer.* 15. ut procedat, ſi ob plus petitum cauſa vel loco, majores ſportulas ſolvere coactus fuerit Reus. Ampliat deinde, ut etiam habeat locum in ſalariis advocatorum & procuratorum, quæ pro quantitate & gravitate cauſarum majora dari ſolent: licet fateatur *numer.* 17. contrariam opinionem communius obtinuiſſe, quam ego quoque veriorem eſſe puto contra Jaſonem, quoniam à ſportulis viatorum, ad ſalaria advocatorū vitioſe infertur; nec facile hujuſmodi pœnalia ſunt extendenda; & quod aliquando in pœnalibus

ex identitate rationis extenſio fit, ut diſputat Jaſon, particulaie, neque vetum eſt, in ſportulis viatorum, & ſalariis advocatorum rationem eandem militare. Limitat porro Jaſon hunc §. *poſt pl n. 44.* ut obtineat, ſi quis dolo malo majorem in libello quantitatem petierit, & ob hoc ipſum ut damno ſportularum afficeret reum; nec citra dolum videtur pœnali actioni in triplum locus eſſe: ſecus ſi per ignorantiam, aut errorem id factum ſit. Ex quo efficitur probabile, quod idem tractat *n. 25.* locum non eſſe huic actioni pœnali, ſi adjecerit actor libello clauſulam vulgatam, *Salvo jure ſuperflui.*

Viatores, id eſt, executores litium] Viator proprie ſignificat eum, qui iter facit. *Juven.*

Cantabit vacuus coram latrone viator.

Horat.

——abſentem cantat amicam.

Multa prolutus vappa nauta atq; viator.

Poſt ita ita dicti, qui magiſtratibus aderant, & eorũ juſſa exſequebantur. *Colum. in præfat.* Illis temporibus proceres in agris morabantur; & cum conſilium publicum deſiderabatur, à villis arceſſebantur in ſenatum; ex quo, qui eos evocabant, viatores nominati ſunt; quod jam ante eum Cicero ſcriptum reliquit, in *libro de Senectut.* magis poſtea pro iis acceptum & uſurpatum hoc verbi, qui in negotiis adhibebantur à magiſtratibus, & iis miniſtrabant, præcipue in citandis & vocandis reis. *Cicero in Vatinium.* miſeriſne viatorem, qui M. Bibulum extraheret domo: Sed officium eorum latius patuiſſe, dubium non eſt, & ex hoc maxime §. ubi Juſtinian. viatores de executoribus litium interpretatur. Sed magis tamen eſt, imo omnino ita habendum eſt, executores non dici hic, qui ſententiam exequuntur, ſed qui ea faciunt & exſequuntur, quæ ad cauſam & judicium pertinent; cum utique ſportulæ de quibus hic agitur, ante litem quoque conteſtatam dari videantur; & ii, qui exigunt cautionem executores dicuntur in *l. omnes 33. §. præterea 2. C. de Epiſc. & Cler.* quamvis non negaſſim, eorũ opera poſt in exſequenda ſententia magiſtratus fuiſſe uſos; ut etiam hoc reſpectu recte executores appellentur; ſed non eo ſenſu, quo id verbum ſumitur in *l. executorem Codic. de execution. rei judic.* ſcilicet pro eo, qui inſtar judicis, & forte ex cauſa judicati datus, ſententiam mandat executioni. Pertinent autem huc ii, quorum mentio in *auth. de judicib. collat. 6. Nov 82. c. 2.* quos (& numero duos) judicibus, qui conſtituit, vult adeſſe Juſtinianus, quibus utantur, *τοῖς τὰς δίκας παρασκευάζουσί τε καὶ εἰσάγουσι*, qui lites præparant & inducunt, vel introducunt, qui iidem in *N. 119. cap. 5.* *ſunt οἱ τὰς δίκας εἰσάγοντες.* Idem enim hic *ἐπάγειν* & *εἰσάγειν* ſignificat. Pollux *l. 8. c. ult.* *ἐπαγωγεῖς οἱ τὰς ἐμμήνους δίκας ἐπάγοντες.* Itaq; non animadverto cur Interpres in *d. N 82.* reddiderit, *cauſas præparantibus & complentib.* niſi forte eo reſpexit, quod hic Juſtin. viatores interpretatur executores; & intellexit, de his qui ſententiam mandant executioni.

Notat inſuper *Accurſ. in dict. leg. executorem Cod. de execut. rei judic.* & in *d. Novell. 82. cap. 7.* viatores quoque dici Cæſarianos & Catholicanos, ſed præterquam, quod vim iſtorum nominum non aſſecutus eſt, errat inſuper, ſi arbitratur, cujuſcunque magiſtratus viatores, apparitoreſque ita appellatos fuiſſe. Dubitari non poteſt, quin Catholiciani vocati & dicti fuerint, ab aliquo magiſtratu, qui ipſe Catholicus dicebatur. Ceterum Catholicum *Alciatus 1 prætermiſſ* putat dictum, Præfectum prætorio Orientis, quod eſſet hic maxime quaſi univerſalis magiſtratus. Sed magis aſſentior Cujacio, qui ad *l. prohibitum 5 C de jure fiſci* probat, fuiſſe Catholicum dictum procuratorem fiſci, & nimirum in urbe ſpeciales hujus generis procuratores fuiſſe, viceſimæ hæreditatum metallorum, eadem eorum. Atqui in provinciis univerſis, præpoſitos ſingulos ex hoc Catholicos appellatos. & horum miniſtros Catholicianos, qui & Cæſariani, arg. *d. l. 5.* ubi Cujac & qui conjunguntur in *l. pen. C. de bon. præſcript.* qui locus oſtendit, ad Catholicianos & Cæſarianos, pertinuiſſe curam rerum fiſcalium. Hæc forte ſſe non injucunda cognitu, obiter adſpergere viſum fuit.

Sportularum nomine.] Dicamus plenius de ſportulis, pro iis, † qui politioris Juriſprudẽtiæ & literaturæ ſunt ſtudioſi. Et fruſtra ſim ſi moneam, ſportã eſſe genus vaſis ex vimine, & contextam; cujus diminutivum ſportula. Romani olim clientes & tenues eos fere paupereſq;, qui eos v. c. officii cauſa deduxerant & comitati domum fuerant, cœnæ adhibere ſolebant. Poſtea cum id ſuperbis hominib. faſtidioſum videretur, pro cœna, cibum domum mittebant clientibus, aut petentib. domum deferendum dabant; & ſic quoq; tamen convivarum inſtar habebantur. Juven.

Nonne vides quanto celebretur ſportula fumo,
Centum convivæ, ſequitur ſua quemq; culina.

Quoniam enim quod ita dabatur, in ſporta ferri ſolebat, factum eſt inde, ut per ſynecdochen ipſe cibus ſportula diceretur, Juven. *ſat. 1.*

—— Spor-

——— *Sportula primo*

Limine parvus ſedet, turba rapienda togata.

Apul. in apolog. quæ vulgo ſecunda habetur. Quippe ita placuerat, ut jungeremur in villa ſuburbana, ne cives ad ſportulas iterum convolarent. Hinc & quoniam, qui ſportulas acceperant, convivarum inſtar habebantur, factum eſt, ut ſportula opponeretur rectæ cœnæ, id eſt, quæ diſcumbentibus apud ipſum dominum præbebatur *Sueton. in Domit. cap.* 7. Sportulas publicas ſuſtulit, revocata cœnarum rectarum conſuetudine. *Martialis* 8. *Epigr.* 50.

Promiſſa eſt nobis ſportula, recta data eſt.

Idem 2. *Epigr.* 69.

En vocat ad cœnam mulier te claſſice rectam.

Et 7. *Epigr* 19.

Rectam vocatus cum recurrit ad cœnam.

Poſtmodum, cum loco jam dictæ cœnæ quæ in ſportulis mittebatur, pecunia dari ſoleret, factum eſt, ut hæc pecunia etiam ſportula diceretur. Et fuiſſe eam centum quadrantes, hæc loca confirmant.

Juven. *ſat.* 1.

——— *denſiſſima centum*

Quadrantes lectica petit.

Martial. 1. *Epigr.* 60

Das Baiana mihi quadrantes ſportula centum.

Idem 3. *Epigr.* 7.

Centum miſelli jam valete quadrantes.

Regis ſuperba ſportula receſſerunt.

Inde latius & per abuſionem ſignificatio hujus nominis producta: ita ut Suidas deſcribat σπορτοῦλα, δῶρόν ἐπὶ πάντων διδόμενα παρεκεῖνα, &, quod magis quis miretur, Heſychius σπόρτυλον, interpretatur τόκος, an forte quod pecunia quaſi honorarium iſtud, & nimirum uſuram, largitur domino. Illud plane conſtat, largitates quas noviter creati magiſtratus diſtribuebāt, ſportulas quoq; dictas fuiſſe. Loco omnium poteſt eſſe Epiſtola *Plinii ad Traian.* 117 *lib.* 10. Qui virilem, inquit, togam ſumunt, vel nuptias faciunt, vel ineunt magiſtratum, vel opus publicum dedicant, ſolent totam Bulen, atque etiam è plebe non exiguum numerum vocare, binoſque denarios, vel ſingulos dare.

Hæ nimirum ſportulæ erant, & dari ſolitæ, ut ex reſponſo Traiani apparet: ubi non probat invitationem, quæ & in numero modum excedit, & quaſi per corpora non viritim ſingulos ex notitia ad ſolennes ſportulas contrahit. Et idem autor 2. *Epiſt.* 14. ad Maximum, ubi quæ corrumpendis judicibus & advocatis dabantur, ſportulas vocat: conveniitur, inquit, in media Baſilica, ubi tam palam ſportulæ, quam in triclinio dantur. Quin & decimas & quæ alendis clericis deputata erant, Cyprianus ſportulas vocat *lib.* 4. *Ep.* 5. *inſ* presbyterii honorem deſignaſſe nos illis jam ſciatis, ut & ſportulis iiſdem cum presbyteris honorentur &c. & *lib.* 1. *Epiſt* 9. Ne moleſtiis ſecularib. alligentur, ſed in honore ſportulantium fratrum, tamquam decimas ex fructib. accipientes, &c. Et ut tandem ad textū & rem noſtram à diverticulo redeamus, ſportulæ fuerunt quoq; dictæ mercedes, quæ judici ab utraq; parte dabantur, de quibus *Iuſtin in N.* 8. & expreſſius in *d. N.* 82. *c.* 9 Sed & amplius ſportulas appellatas pecunias, quas olim uterq; litigans deponere cogebatur, (ita ut victus, quod exiſtimo, parte ſua multaretur) probatur ex vetere Scholiaſte Ariſtophanis, in *Nubibus act.* 4. *ſc.* 1. τὰς δικάδας τοῦ χρέους καταβάλλοντες τοῖς πρυτανεύουσι, εἰσῆγον τοὺς χρεωστοῦντας, id eſt, decimam partem debiti deponentes apud prytaniſtas, debitores in judiciū introducebant: & hanc pecuniam Græcis πρυτανεῖα ſed Romanis σπόρτυλα dicta ait, & mox ſubjicit πρυτανεῖον ἦν ἀργύριον δὲ ὅπερ κατετίθεσαν οἱ δικαζόμενοι ἀμφότεροι, καὶ ὁ φεύγων καὶ ὁ διώκων. pecunia, quam deponebat uterque litigantium, & reus, & actor: quod facere poteſt ad illuſtrandum quod de decima parte ſcribitur inf de pœn. tem. litigant Mercedula quam viatoribus & apparitoribus & executoribus dant litigantes, vocatur ſportula in *L omnes* 33. § *executoribus* 5. *C de Epiſc. & Clericis l. in ſacris* 12. §. 1. *Cod. de prox. ſacr. ſcrin. lib.* 12. *L ult. Cod. de fructib. & lit. exp. N.* 124. *c.* 3. & Juſt. in *N.* 82 *c.* 7. *in pr.* οὐδενὸς θεωρουμένου ἐκβαίνοντος τὰ ἐπὶ ταῖς σπορτούλαις, &c. de his enim mercedibus ibi tractatur. Sed hæc plus ſatis de ſportulis; & fortaſſe tamen non nimis; cum nemo iſtud explicet ex fundamentis.

Quam procul dubio.] Procul dubio hæc lectio corrupta eſt, aut inepte locutus eſt Tribonianus. Quid enim inſulſius dici poteſt, quam, conſtitutionem emanare ex Lege condictitia: nimis enim ineptum eſt, quod comminiſcitur Accurſ. legem quandam fuiſſe condictitiam dictam, quæ ſub ſe plures conſtitutiones complexa fuerit. Itaque omnino probo, quod Hottoman. & Cujac. (qui etiam veteres libros citat ad quos etiā Ruſſ. & Contius provocāt) legunt; *ex qua procul dubio certum eſt lege condictitiā* (ſc. actionem & omnino condictionem, quæ dicitur ex Lege) emanare. Et ita ex nova Lege datur cōdictio etiam in triplum; quo confutatur opinio

Anto-

Digitized by Google

Antonii Fabri, qui alibi contendit, condictionem in triplum, aut quadruplum dari non poſſe.

Sed an iſta ſola & unica eſt actio in triplum quæ hoc §. proponitur? Aut an huc quoque referimus ſpeciem *l. ult. C. de hu, qui à non dom.* ex qua qui alienum mancipium coram principe manumiſit, & hoc ipſum & duo præterea alia mancipia præſtare cogitur: quæ videtur eſſe actio in triplum mixta; aut an inſtar furis actione dupli pura tenetur? Aprius exemplum videtur ex *l ſancim. 30. C. de Epiſc. aud.* ubi ſi quid ultra duos ſolidos acceptũ eſt, qui accepit, in triplum tenetur. Poſſit & huc referri *l. ult. § quod ſi 4. Cod. de mod. mult.* ubi qui majorem multam exegit, & multato duplum, & quod exegit, fiſco inferre cogitur.

TEXTUS.

29. Quadrupli autem agitur, veluti furti manifeſti: Itẽ de eo quod metus cauſa factũ ſit: deq; ea pecunia, quæ in hoc data ſit, ut is, cui datur, calumniæ cauſa alicui negotium faceret, vel non faceret. Item ex Lege condictitia noſtra conſtitutio oritur, in quadruplum imponens condemnationem iis executoribus litium, qui contra noſtræ conſtitutionis normam à reis quidquam exegerint.

COMMENTARIUS.

QUatuor ſpecies actionum in quadruplũ proponuntur, confuſim & mixtim, ita ut differentiæ earum inter ſe ex aliis locis ſint reperendæ. Et hæc in primis: quæ hic omiſſa eſt, (neque enim ſcopus fuit Juſtiniani ſigillatim iſta perſequi) quod actio furti manifeſti eſt in quadruplum puri pœnalis, reliquæ in quadruplum mixtæ ſunt; ita ut inſit rei perſecutio. Id. de actione quod metus cauſa contra abſurdiſſimam Ant. Fabri ſententiam, qui eam pure pœnalem contendit, accurate & prolixe probavimus *diſp. 5 de actionib. th. 23. & in exercit ad Fabr. dec. §. 2. c. 9. & 19.* & ſunt expreſſi textus in *l. item ſi 14. § ſed & ſi 9. cum 25. § ſeq quod met. cauſ.* quos ille nequidquam contendit à Triboniano eſſe corruptos, quod ut maxime verum eſſet (& tamen nullo modo id probat) quæ Tribonianus autoritate Imperatoria ſanxit, ut LL. ſunt obſervanda. De actione ex edicto de calumniat. quod mixta ſit, eſt itidem textus expreſſus in *l in heredem 5. § 1 de calumn.* Et eadem modeſtia an ſtultitia A. Fab. ibi in Rationalib. eum locum corruptum & actionem eam pure pœnalem eſſe contendit: quam ſententiã confutavimus ad *Treutl part. 1. diſp. 10. th. ult. & Tract de act. diſp 5. th. 24.* Nec dubitari debet quin itidem ſit mixta actio quarta *h. §. in fin.* contra executores, qui ultra definitum motum aliquid exegerunt. Et in § *præced.* quidem ipſe actor tenetur in triplum, cujus fraude factum eſt, ut plus exigeret viator, aut executor, qui exigens juxta petitionem actoris, eſt extra culpam. Hic autem ipſe executor tenetur in quadruplum, qui citra culpam & dolum actoris, ipſe ex dolo proprio plus exegit à litigatoribus. Et ſportularum modus definitur in *l. omnes 33 §. in executorib. 5. C. de Epiſc. & Cler.* Sed iſta conſtitutio particularis eſt: In *N 124. c. 3.* vetat, executores plus exigere, quam ipſius LL. cautum eſt: ubi Accurſ. ſe refert ad *N. 17. cap. 3. & N. 8 c. 6. N. 86. cap. ult.* ubi tamen itidem nihil definitur, ſed fit remiſſio ad alias conſtitutiones, quæ non exſtant. Inde autem exiſtimo recte ſentire *Iaſon hic nu. 6.* ut quacunque Lege, vel conſuetudine curiæ, nuntiis & apparitoribus taxata eſt certa quantitas & ſumma ſportularum, ſi ultra quid exigant, hac actione pœnali teneantur. Cum porro *tot. h. t.* agatur de actionibus civilibus, & omnes actiones pœnales ceteræ quæ hic proponuntur, ita ſint comparatæ, ut ex iis pœna applicetur & adjudicetur parti, ex hac quoque actione quadruplum conſequetur ipſe actor. Quod tamen gl. & communius Interpp. hic mutatum exiſtimant per *N. 124. cap. 3.* ubi ſancit Juſtin. ut ſimplum reſtituatur damnum paſſo, triplum autem inferatur ærario. Nec animadverto, quomodo (quod veterum aliquos tentaſſe refert *Iaſon hic num. 38.*) *d cap. 3.* reſtringi poſſit ad judicia criminalia & ad accuſationes cum tota illa Nov. indefinite & generaliter, de quibuſvis judiciis loquatur.

Sunt porro plures actiones in quadruplum mixtæ, & in primis (quam hic omiſſam, mirum eſt) actio vi bon. rapt. de qua in *princip. ſup. vi bon rapt.* & aliæ ſpecies in *l. 8. Cod. de iur. fiſci l de his 26. §. ſi quis 2. Cod. de Epiſc. aud. l. 1 Cod de ſtat. & imagin l. 2. §. & unum q. 9. Cod. de præf. præt. Afr. l. 3. Cod de Aſſeſſ l placet 8. C. de exc mund. l 3. C. de naviculariis, &c.*

TEXTUS.

TEXTUS.

23. Sed furti quidem nec manifeſti actio, & ſervi corrupti, à cæteris de quib. ſimul loquti ſumus, eo differũt, quod hæ actiones omnimodo dupli ſunt: at illæ (id eſt, damni injuriæ ex L. Aquil. & interdum depoſiti) inficiatione duplicantur, in confitentem autem in ſimplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ venerabilibus locis relicta ſunt, non ſolum inficiatione duplicatur, ſed etiam ſi diſtulerit relicti ſolutioné, uſquequo juſſu magiſtratuum noſtrorum conveniatur. In confitẽtem vero, antequam juſſu magiſtratuũ conveniatur, redditur ſimpli. Item actio de eo quod metus cauſa factum ſit, à cęteris, de quib. ſimul loquuti ſumus, eo differt, quod tacite ejus natura continetur, ut qui judicis juſſu ipſam rem actori reſtituat, abſolvatur, quod in cæteris caſibus non eſt ita, ſed omnimodo quiſque in quadruplum condemnatur; quod eſt & in furti manifeſti actione.

Commentarius.

PRoponit aliquot differentias actionum pœnalium, quas hactenus enumeravit: princeps illa eſt, quod actio furti manifeſti & nec manifeſti, ſunt pœnales puræ, ſed cæteræ mixtæ: quam Juſtinianus hic ideo omiſiſſe videtur, quia jam illam propoſuerat *in § ex maleficiis* 18. *cum ſeq.* Reliquæ differentiæ hac diſtinctione explicantur & continentur: quod actiones pœnales aliæ ſunt natura ſua & ſemper & omnimodo tales: quædam autem per accidens, & ob aliquam cauſam ſupervenientem tales efficiuntur. Et ad illas pertinent, actio furti, item vi bon. rapt. de calumniatoribus, ſervi corrupti, tripli & quadrupli, quæ conceduntur ob majores exactas ſportulas, juxta §. *tripli cum §. ſeq. ſup. h. t.* Accidens illud, quod actionem pœnalem quæ alias in ſimplum, facit, inficiatio eſt & mora. Illa in duplum facit actionem Legis Aquiliæ, actionem ex teſtamento pro iis quæ relicta ſunt venerabilibus locis, & actionem depoſiti ex quibuſdam cauſis, ut hoc textu ait Juſtinianus & diximus *in §. ſequen.* 26. *ſup. h. t.* Mora vel eſt ſimplex, quæ facit itidem dictam actionem ex teſtamento pœnalem, h. text. *verſ. ſed illa*, vel cum contumacia conjuncta, ſi quis juſſui judicis de reſtituendo non pareat: ex quo fit pœnalis in quadruplum actio, *quod met. cauſa h. text. verſ. Item actio*: quę plenius tractavimus de actionib. *diſp* 5. 13 *& ſeqq.*

TEXTUS.

24. Actionum autem quædam bonæ fidei ſunt, quædam ſtricti juris. Bonæ fidei ſunt hæ: exemplo vendito, locato conducto, negotiorum geſtorum, mandati, depoſiti, pro ſocio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, præſcriptis verbis, quæ de æſtimato proponitur, & quæ ex permutatione competit, & petitio hæreditatis. Quamvis enim uſque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia, petitio hæreditatis connumeranda eſſet, an non, noſtra tamen conſtitutio aperta eam eſſe bonæ fidei diſpoſuit.

Commentarius.

1. *Cur quadam ſint actiones bonæ fidei.*
2. *Differentia harum actionum.*
3. *An omnes actiones bon fidei hic ſint enumerata.*
4. *De petitione hereditatis.*
5. *De actione de pe.ulio, & aliis actionibus, qua habent novas qualitates.*

INtegra diſputatione ſexta *Tract. de actionib.* egimus de judiciis bonæ fidei & ſtricti juris: ideoque hic erimus breviores. Et diximus theſ. 1. hanc eſſe ſub diviſionem actionum perſonalium *& th.* 2. quæ ſit ratio oppoſitio is in membris diviſionis, *bonæ fidei & ſtricti* juris. Nec male Hottom. hic in pt.ait, à JCtis præciſe actiones dictas eſſe bonæ fidei, pro eo quod plane fuiſſet dicendum, actiones, in quarum formulis addi ſolet, *Ex bona fide*: & ſtricti juris, pro eo quod apertius diceretur, in quibus ad formulam certam judex datus adſtringitur. Cur autem quædam actiones hoc nomen, imo potius hanc naturam ſibi habeant propriam, *d. diſput. 6. th* 2. *&* 12. oſtendimus. Admitti autem non
poteſt, quod Hottomannus hic affirmat † in ge- 1
nere, pendere id à ſynallagmate, ut illæ actiones

ſint bonæ fidei, quæ deſcendunt ex contractibus, qui ultro citroque obligationem pariunt. Aute nim hoc accipit in ſpecie, ut initio ſtatim mutuæ obligationes naſcuntur, & aperte falſa efficeretur ſententia, & actiones commodati, mandati, depoſiti, pignoratitia excluderentur: aut laxius accepit, ubi quomodocunq; naſcitur utrinque obligatio: qua explicatione admiſſa, actiones præſcriptis verbis ex omnibus quatuor articulis, de quibus *in l.5. de præſ. verb.* bonæ fidei erunt, quod quidẽ ita ſtatuit Hottomannus, ſed falſum id eſſe infra oſtendemus. Tum etiam cum in his contractibus ex accidenti & poſt facto naſcatur actio, & fieri poſſit adeo, ut ex una parte tãtum contractus maneat obligatorius, non videtur ratio hujus rei recte hinc deſumi: Quin &, cum, ut dixi Hottoman. ſimpliciter actione *præſcript. verb.* omnes referat inter bon. fidei actiones, non tamen videtur vere dici poſſe, quod ex his naſcatur mutua obligatio: ſiquidem ſolus ille qui ab alio accepit rem v. c. obligatur, qui autem dedit, non obligatur, niſi quod aliquando prorſus ex accidenti, evicta re quæ fuit data, actione in factum conveniatur *l.1. in pr. de rer. permut.* Et quamvis Labeo *in leg. de verb. ſign.* συνάλλαγμα ita videatur accepiſſe, pro mutua obligatione, vel contractu ex quo talis obligatio naſcitur: Ulpianus tam ẽ *in l.7 §.2. de pact.* laxius verbum hoc uſurpat, pro negotio aliquo, facto aut datione, quod in eveniens, facit, ut æquum ſit, ei qui dedit aut fecit, contra alterum, qui conventionis Legem non ſervavit, dari actionem. Quis porro ſit effectus hujus rei, quod actio vel bonæ fidei eſt vel ſtricti juris, & differentias harum actionum perſecuti ſumus ſatis late *d. diſp.6 de actionib.* quarum attingit aliquas Hottom. hic, ſed proponit duas, quæ mihi falſæ videntur, una eſt, quod actionibus bonæ fidei nulla certa quantitas petatur, ſed totum hoc, quantum ſolvendum ſit, arbitrio judicis permittatur. Enimvero cum in locatione, verbi cauſa, & emptione, hinc de re, hinc de pecunia certa, conventum ſit, mirum videatur, & imo improbabile, non petendum fuiſſe, nec peti debuiſſe aut potuiſſe, quod deductum in conventionem fuerat: aut eadem ratione dicam, nec in actione depoſiti, commodati, & pignoratitia, ipſas res debitas peti potuiſſe, quod ego quidem omnino falſum eſſe puto, de quo etiam agitur *infra ad §. in bonæ 30. in pr.* Altera differentia Hottom. quæ mihi falſa videtur, hæc eſt, quod in ſtricti juris judiciis, verſetur & juris & facti quæſtio: in bonæ fidei actionibus, tantum juris numquam facti. Id quomodo verum, imo quomodo non ſit manifeſto falſum, (quod nec ullo textu aut ratione commoda confirmat) videre & animadvertere non poſſum. Eſt autem hæc principalis differentia harum actionum, quã fere conſequuntur cæteræ: quod in ſtrict. juris actionibus, tantum venit illud, de quo nominatim cõventum eſt, & quod ipſi naturæ & eſſentiæ contractus ineſt ex definitione juris *l. 3. de reb. cred.* ſed in bonæ fidei judiciis multa veniunt, quæ nominatim non placuerunt, & omnino quidquid præſtare æquum bonum eſt officio judicis continetur & adjudicatur, non minus, quam ſi verbis expreſſum fuiſſet: in quam rem ſunt textus *in l. quidquid 99. de verb. obl. l.7 de negot. geſt. l.6. de cont. empt. l. Luc. 17. depoſit. junct. l. quod ſi nolit. 31. § quia aſſidua de æd. Edicto.* Et hi textus fere tantum loquuntur de contractibus, qui conſenſu conſtant, & in iis qui re dicuntur contrahi non æque locum habent: ut hinc intelligere liceat, eſſe quoſdam gradus bonæ fidei actionum, & in aliis plus poſſe officium judicis & operari, in aliis minus: eoq; pertinet, quod eſt *in l. 3. C. pro ſocio,* quod in contractibus ſocietatis exuberet bona fides. Ait Juſt.

Bonæ fidei † *ſunt hæ.*] Ex his verbis non obſcure 5
apparet, dum ait, *ſunt hæ* propoſitum fuiſſe Juſtiniano, actiones omnes bonæ fidei hic enumerare: quod confirmavimus *d. diſput. 6. theſ. 3. & in ſeqq.* plures objectiones, ab actionibus variis, quæ hic non referuntur, & bonæ fidei tamen eſſe videntur, deſumptas, removimus, & primus th. 8 eorum opinionem late confutavimus, qui omnem actionem præſcr. pr. verbis bonæ fidei eſſe contendunt: quos neceſſum eſt recedere à communiſſima & vera opinione & ſtatuere, non omnes actiones bonæ fidei hic eſſe relatas quæ opinio vel ideo recipienda non eſt, quod ita in tanto numero diverſiſſimarum actionum, numquam habebimus aliquid certi quod ſtatuamus. Et quod ad actionem præſcr. verb. attinet, tanto minus probanda eſt hæc opinio, quod Juſtinian. nominatim ſub claſſem bonæ fidei actionum duas hic recenſet ſpecies, eam quæ eſt ex permutatione, & de æſtimato, de qua *in tit. de æſtim. act.* quas inepte in ſpecie propoſuiſſet, ſi omnes actiones *præſcript. verb.* bonæ fidei eſſe credidiſſet. Hottomannus hanc objectionem dum removere conatur, graviori & ſe errori implicare videtur: dum ita explicat hunc textum: quaſi in *verſ. præſcriptis* primo pro exemplo bonæ fidei actionem, in genere proponeretur actio

præ-

præſcript. verb. tum duæ ſpecies ejus , quæ na-
ſcuntur ex cont actibus qui proprium nomen
habent,ſubjicerentur. Etenimvero apparet , per
verba , *quæ de æſtimato & E A* &c. reſtringi verba
præcedd. *præſcriptis verbis.*&ad has actione prædi-
catum *bonæ fidei* referri : & ineptus fuiſſet , alias ſi
has duas ſpecies ſubjeciſſet,cum in genere ſuffeciſ
ſet dicere *præſcriptis verbis actio* vel,*actiones*:cum nec
permutatio quidem contractus ſit nominatus.ſed
nomen illud in genere ſumtum latius ſe porrigat,
aut in ſpecie hinc inde rem datam ſignificet : mi-
nus autem proprie contractui do ut des adcom-
modetur:licet verum ſit in ea materia per verbum
permutationis contractum do ut des ſignificari:
quod nec Hottomannus neget : adeoque fateri
eum oportet, juxta ſuam interpretationem inepte
feciſſe Juſtinianum , qui aut duas ſpecies tan-
tum propoſuerit, aut idem bis repetierit. Et ve-
ro non contractuum , ſed actionum nomina hic
proponit Juſtinian. itaque neceſſe habuit, ut præ-
mitteret, præſcriptis verbis, neque enim aut *de æſti-
mato*,aut,*ex permutatione* revera ſunt nomina actio-
nis,ſed ex negotio quo res æſtimata vendenda da
tur, & ex contractu Do ut des, qui dicitur permuta-
tio, naſcitur actio quæ dicitur præſcriptis verbis.
Et facetus eſt Hottoman. dum oſtendere vult,no-
tam,quam ſupra dedit, ex qua æſtimari vult an a-
ctio ſit bonę fidei(quod nimirum naſcatur ex con-
tractu ultro citroque obligatio) etiam conve-
nire contractibus innominatis : Nimirum , ita
diſputat , quod verbi cauſa, inter Titium & Mæ
vium ineatur contractus do ut des: & licet ubi Ti-
tius rem dedit , ipſe non obligetur, ſed Mævius,
tamen poſſe & Mævium dare, ut ita Titius quo-
que obligetur. Ridicule : Ita enim & mutuum
& ſtipulationem contractus ultro citroque obli-
gatorios, & ita porro juxta diſputationem Hot-
tomanni contractus bonæ fidei efficiemus. Nec
magis ſubtilis eſt altera ratio , qua circa contra-
ctum, facio ut facias, utitur : ſi convenit , ait, inter
nos, ut tu ſervum tuum manumitteres, & ego me-
um, conſtat & fidem utrimque datam eſſe , & utri-
uſque pari er intereſſe : ut officii & bonæ fidei ra-
tio habeatur. At enim quid certius eſt, quam con-
tractus hos innominatos eſſe reales, & antequam
quid datum aut factum ſit, nullam obligationem
efficacem contractam, nec actionem natam eſſe?
Adeoq; ut maxime conveniat bonæ fidei, pactum
etiam interpoſitum de faciendo utrimq; obſerva
ri, tamen non magis naſcitur obligatio efficax &
actio, quam ex alio quovis pacto nudo ut maxime
pacta ſervari naturali æquitati congruere dicant
Juriſconſulti *in l.1 de pact. l.1. de conſtitut. pec.* Adeo
ridiculum eſt diſputare de contractu utrimque ob-
ligatorio, ubi necdum ullus contractus eſt, & hu-
juſmodi conventiones de utrimque faciendo aut
dando ſubſiſtere & manere in nudis terminis pa-
cti liquidiſſimum eſt, & expreſſe reſcriptum *in l.3.
Codic de rerum permutat.* Conſequenter igitur, ſi-
quidem ſententia Hottomanni vera eſt , quod o-
mnes contractus innominati ſint bonæ fidei , o-
portet illam notam falſam eſſe: ſed enim & falſum
eſt omnes contractus innominatos eſſe bonæ fi-
dei, ut probavimus *d thes. diſput. 5 de actionib.* & ni-
hilominus nota illa falſa eſt , quoniam contractus
do ut des, qui bonæ fidei eſt , ultro citroq; obliga-
torius non eſt.

Iſta hic obſervatio neceſſaria eſt , circa actio-
nes mixtas ,quæ hoc §. proponuntur: videlicet fa-
miliæ erciſcundæ & communi dividundo. Quo-
niam enim, ut prædiximus , hæc diviſio ad actio-
nes tantum in perſonam pertinet , aut ſi eam Dd.
abuti hac diviſione velis , actiones in rem ſunt ſtri-
cti juris, conſequitur , has actiones *fam. erc. & com.
div.* hic non recenſeri, qua ſunt in rem , ſed qua
ſunt in perſonam: & competunt ſuper perſonali-
bus præſtationibus, adeo qua ſunt quaſi ex con-
tractu, juxta tradita *ad §. quædam ſup h. tit. & in §.
Item ſi 3. ſup. de oblig quaſi ex cont.* Eademq; eſt ra- 4
tio petitionis hæreditatis, quæ & ipſa mixta eſt: &
quæ proinde ratione præſtationum perſonalium,
olim quoque videtur fuiſſe bonæ fidei : & forte
propter hoc quod magis in rem eſſe videbatur, du-
bitatum de hoc fuit: & ſæpe Juſtinian. ſibi attribuit,
quæ jam veteribus placita fuerunt: & ſiquidem to-
tam illam actionem qua in rem quoque eſt, exiſti-
mavit Tribonianus bonæ fidei eſſe , non dubita-
rim ipſum lapſum eſſe , ſed explicandus potius eſt,
ut à lapſu & errore liberetur. Cætera quæ huc &
ad materiam hanc pertinent, ex ſæpe citato *Tract.
de action. diſput. 6.* peti volumus , ne actum agamus,
nec cuipiam hoc agere videamur , ut chartas im-
pleamus. Illud † ſolummodo hic addamus , quid 5
de actione de peculio ſit ſentiendum. Diximus in
eo Tract. de actionib. th. 7. per illam enumerationem
excludi actiones omnino diverſas , non autem o-
mnino omnes , quæ aliqua ratione ſub iis com-
prehendi poſſunt: & haud dubie etiam contrarias,
(quod vitioſe negat *Hottoman. § in bonæ infra* ubi
dicemus) etiam utiles actiones bonæ fidei eſſe. Sed

de iis quæritur, quæ qualitatem quandam & adjectionem ſignificant actionis, quæ ipſa bonæ fidei eſt veluti, ſi cum magiſtro navis, aut cum inſtitore contractum ſit, in ipſum exercitorem & præponentem actio datur, quæ an ſit & ipſa bonę fidei, ſi quid v.c. vendiderit magiſter aut inſtitor, in dubium vocari poteſt. Nec minus, ſi quis vendiderit filiofam. aut ſervo, an actio de in rem verſo aut peculio, quæ ſunt revera actiones ex contractu principali, & ipſæ ſint bonæ fidei. Ego cum *Ioh. Fabro & Angel. in §. actiones 10. ſup h. tit.* affirmative reſpondendum exiſtimo: cum utique hæ ſint nudæ actionis adjectiones, actio autem ipſa ſit, empti venditi, commodati &c. ut late probavimus *diſput. 8. de actionib.* neq; nuda adjectio, quod in alium datur, hactenus variare poteſt actionem, ut efficiatur ſtricti juris. Igitur pro quantitate peculii, etiam præſtationes actionum bonæ fidei ineſſe hic dicendum erit, poſtquam actiones principales eo produxit prætor, ut ſub certa qualitate in alias perſonas dentur: quam ſententiam optime probat *l. in bona 36 de pecul.* & apertius *l. mora 32. §. in bona 2. cum §. ſeq. de uſur.* ubi cum *in d. §. 2.* ſcripſiſſet JCtus in bonæ fidei judiciis ex mora uſuras deberi, mox quærit, quid juris ſit, ſi filiusfam. teneatur, & pater ex ejus perſona: & ita reſpondet, ut omnino appareat, hactenus eandem qualitatem ſtatu actionis, quæ datur in patrem: & alias inepta omnino eſſet quæſtio, ſi quæ actio in patrem datur, ſtricti eſſet juris: & de ſententia ejus loci pluribus egimus *Tract. de action. diſp. 8 theſ. 14.* Nec ullam rationem habet, quod *Iaſon ſup. in §. actiones 10. n. 27.* diſtinguit, an dominus ex contractu ſervi, an pater ex contractu filii conveniatur: quoniam utrobique niſi expreſſam differentiam faciant jura, eadem ratio eſt, ut docet *Inſt. in pr. tit. ſeq.* & eadem eſt eſſentia contractus ſive cum ſervo, ſive cum filio initus ſit: itaq; nec hinc differentiam quis poſſit petere, quod ex contractu ſuo ipſe quoq; filiusf. non autem ſervus tenetur.

TEXTUS.

25. Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis. Sed cum pleniorem eſſe ex ſtipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis diviſionibus, an actionem ex ſtipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, tranſtulerimus: merito rei uxoriæ actione ſublata, ex ſtipulatu actio, quæ pro ea introducta eſt, naturam bonæ fidei judicii, in exactione dotis tantum, meruit, ut bonæ fidei ſit: ſed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cum ipſa mulier de dote ſua experiatur, cujus ſolius providentia hoc induximus.

COMMENTARIUS.

1 *Natura actionis rei uxoriæ.*
2 *An mulier dotem & legatum petere poſſit.*
3 *Prærogativa actionis ex ſtipulatu.*
4 *Quando naſcatur actio dotis.*

De actione rei uxoriæ late ſatis egi ad *Trentl. part. 2. diſp 24. th. 7.* aliquid etiã *th. ult diſp. 6. de actionib.* Dotem dat aut pater, aut mulier, aut extraneus, omnis ſcilicet præter patrem & mulierem. Si pater dediſſet dotem, poterat ſtipulando, ut ſibi redderetur, actionem ſibi propriam facere; quæ tum eo mortuo in heredes ejus tranſibat, ſin ſtipulatus non eſſet, actionẽ ſolus habebat pro repetendo, mortua filia; ceteroquin morte mariti aut per divortium ſoluto matrimonio, communis erat actio patri & filiæ, quæ præmortuo patre in filiæ ſolius perſonam conſolidabatur; & erat actio rei uxoriæ. Extraneus quoq; dotem dans, jure ſuo de ea reddenda ſibi in quemcunq; caſum ſtipulari poterat: ſi ſtipulatus non eſſet, actio rei uxoriæ erat uxoris in ſolidum ſi emãcipata erat, cæteroquin itidem patri cũ filia erat communis. Mulier ipſa dotẽ quæ dederat aut ſolam rei uxoriæ actionẽ, pro repetenda dote, aut ſi ſtipulata eſſet inſuper actionẽ ex ſtipulatu habebat. Et hæc quidem communi jure ſtricti juris erat, illa bonæ † fidei, optimo jure, 1
quippe cujus formulæ, verba *Quod æquius melius* inſeri ſolebant, ut apparet ex *l. ſi cum 82. in fin. de ſolut. & l. pen. §. ult ſolut. matrim.* quod & *Cicero in Top. & 3. offic.* teſtatum reliquit, idq; ſive ipſa mulier dediſſet dotem, ſive extraneus, qui dotem ſibi reddi ſtipulatus non erat, ſive etiam pater, itidem de ſibi reddendo non ſtipulatus: omnibus enim his caſibus locus erat actioni rei uxoriæ, quæ omnino bonæ fidei erat. Verum licet in non paucis hæc actio melioris conditionis eſſet, quam actio ex ſtipulatu ſtricti juris, habebat tamen hæc quædam propria

pria

Digitized by Google

pria & præcipua præ actione dotis, rei uxoriæ, quæ
commemorantur *in l.un.C.de rei ux. act.* Et inprimis
2 ubi † mulier ſtipulata erat dotem ſibi reddi, nō erat
locus Edicto de alterutro. Nimirum cautum fuerat
aliquo edicto, ut ſi maritus quid legaſſet uxori,
non poſſet mulier utrimque perſequi, dotem videlicet
& legatum, ſed alterutro contentam eſſe eam
oporteret, competente ei jure eligendi, an legatum
petere an dotem repetere mallet. Ex quo evidentiſſimum
eſt, putaſſe autorem Edicti, quod maritus
in dubio intelligeretur legaſſe uxori, animo compenſandi
cum dote: cæteroquin dubitari non potuit,
quin maritus ultra dotem uxori quid legare
potuerit. Itaque evidenter hic lapſus eſt Tribonianus
in d.l.un. §. primum 3. dum ſcribit, manifeſtiſſimum
eſſe, quod maritus, niſi expreſſe adjecerit ſe
compenſandi animo legare velit, mulierem utrumque
conſequi: Ita enim plane abſurdum fuiſſet Edictum
de alterutro, & contra voluntatem mariti:
quod æſtimare penitus eſt abſurdum: & hujuſmodi
lapſus Triboniani non ſunt infrequentes.
Igitur ut ibi teſtatur Tribonianus (hactenus enim
ipſi fidem habere oportet) ſi mulier ſtipulata fuiſſet,
& maritus ſimpliciter quid legaſſet, utrumque
petendi jus habebat, quod per ſtipulationem novatio
facta intelligebatur, ceſſante hoc caſu Edicto
de alterutro: cui locus erat, ubi mulier non erat
ſtipulata: quo inſignis erat prærogativa actionis
3 ex ſtipulatu. Deinde & ſecundo, † quæ obſtabant actioni
rei uxoriæ exceptiones & retentiones, ob mores,
ob res amotas, donatas, expenſas *l. rei 15. §. 1. ſolut.
mat.* mulieri agenti ex ſtipulatu non obſtabant, ut
tractatus *in d.l un. §. taceat 5. C. de rei uxor. act.* Porro
& 3. ſi mulier non ſtipulata, in matrimonio deceſſiſſet,
dos adventitia apud maritum remanebat,
ſed actio ex ſtipulatu ad hæredes uxoris omnimodo
tranſibat *§. maneat 4. & §. illo 6. C. d. t.* Denique
ubi agebatur rei uxoriæ actione dos non ſtatim, ſed
annua bima trima die reſtituebatur: atquin ſi ex ſtipulatu
ageretur, ſtatim reſtituenda dos erat, de quo
in §. cum autem 7. d.l. un. Hæc cum ita ſe haberent,
Juſtiniano, qui nunquam ſatis mulieribus conſultum
putavit, jus ita conſtitui viſum fuit, ut omnibus
iſtis prærogativis & commodis ſimul mulier
frueretur: & quia exiſtimavit, plus in actione
ex ſtipulatu commodi utilitatiſque ineſſe, in hanc,
actionis rei uxoriæ privilegia & commoda transfudit,
& dotem ſemper per actionem ex ſtipulatu
& omnibus illis caſibus, quibus olim agebatur rei
uxoriæ actione *§. accedit 13. d.l.un. C de rei ux. act.* exigi
voluit: eoque ſimplici autoritate Legislatoria
diſpoſuit, ut ſive ſtipulatio inutilis & invalida à muliere
eſſet interpoſita, ſive etiam omnimodo ſtipulatri
mulier aut extraneus *d. l. un. § 13.* non fuiſſent tamen
eſſe uxori actionem ex ſtipulatu, quæ & bonæ
fidei actionis jure uteretur *d. l. un. in pr. & § ſed etſi
2. C. de rei ux. act & h. textu.* Sed nec hic ſibi ſubſiſtendum
putavit Juſtinianus, verum inſuper actioni ex
ſtipulatu duas prærogativas attribuit & privilegia:
primum eſt, jus hypothecæ tacitæ in omnibus
bonis mariti *h. textu & d. un. §. 1.* Quomodo tamen
privilegium commune eſt marito, ut habeat
hypothecam in bonis ejus, qui promiſit dotem, per
textum *in d. l. un. §. 1.* quo argumento fere putant
Dd. & id habere commune actionem, quæ marito
competit pro exigenda dote, ut ſit bonæ fidei
& ipſa, quam ſententiam oſtendimus eſſe falſam
ad Treutl. de jure dot. th. 8. & vel hinc coarguitur opinio
ea, quod nulla umquam fuit actio bonæ fidei
quæ competierit marito: & Juſtin. h. §. diſerte
ſcribit, actionem ex ſtipulatu hoc tantum caſu in
exactione dotis, (agit autem de actione rei uxoriæ
quam habet uxor) bonæ fidei actionis habere naturam.
Alterum eſt adhuc pinguius privilegium,
quod huic actioni qua mulier repetit dotem, proprium
eſſe conſtat, jus prælationis contra cæteros
creditores anteriores hypothecarios mariti *h. text.
& l aſſiduis 12. C Qui potiores*, de quo an etiam
contra creditores, qui habent hypothecam anteriorem
expreſſam, competat, an etiam liberis hæredibus
uxoris, & qui potiori jure vitantur, & alia
eo pertinentia late exſecuti ſumus, *ad Treutl. part. 2.
diſp. 24. de benef. creditor. th. 7. & in Treutl. de pignorib.*
Illa autem jejuna quæſtio eſt, quam poſt Dd. alios
movet *Iaſ. hic. nu. 69.* an privilegium prælationis
ſit conceſſum mulieri, an actioni: utiq; fateri oportet
actionem hoc privilegium habere, quam mulier
movet contra quoſvis creditores hypothecarios,
(actioni enim hypothecariæ hoc privilegium annexum
eſt) ſed competit ei ex Lege favore mulieris,
itaq; in hæredes non deſcendit *h. § in fi* (præterquā
ſi liberi ipſi ſint hæredes, de quo *d. diſput. 24. th. 8.*
diximus) actio ſcil. non deſcendit cum privilegio.
Atque ita actio tutelæ pupillo conceſſa eſt cum
privilegio ut aliis creditoribus præferatur, ſed hæredi
aut ceſſionario agenti idem privilegium non
competit *l. ex pluribus 42. de admin. tut.* Itaque nec
ceſſionario mulieris hoc privilegium competit:
de quo late *Iaſon multos citans hic n. 121.* Hypotheca
autem procul dubio incipit à die contracti

 matri-

re excipi de debito mutuo, cæteroquin non poterit ejus rei judex habere rationem: atque ita hactenus nulla poſt reſcriptum Marci inter actiones bonæ fidei & ſtricti juris erit differentia. Et hoc exiſtimaſſe videntur Interpp. quos refert hic *Iaſon. n. 59.* in effectu nullam, ſed tantum in modo excipiendi differentiam fuiſſe. Et tamen agnoverunt, quod in ſtricti juris actionibus tantum per exceptionem facta fuerit compenſatio, ſed in bonæ fidei judiciis facta fuerit ipſo jure. **Sed quid** inter hæc duo interſit, ipſo jure quid fieri & tolli obligationem vel actionem, & hoc fieri per exceptionem: & quid † ſi-
2 gnificet, ipſo jure locum eſſe compenſationi, non uſquequaque facile eſt explicatu. Doctores paſſim & poſt eos *Iaſon. hic d. n. 59.* hanc principem ponunt differentiam: Quod ubi obligatio ipſo jure ſublata eſt, poſſit ex officio judex abſolvere reum: quod non poſſit, ſi reus ſolum defendatur per exceptionem. Ego de hac re dixi ad Treutl. *part. 2. de modis tollend. obligat. theſ. 1.* Et poteſt iſta Dd. differentia ita acommodari, juxta rationem juris noſtri, quod prætor ſi quid allegatum fuiſſet à Reo, per quod ipſo jure tollebatur obligatio, protinus actorem à limine judicii removebat: cæteroquin cum actione & exceptionem dabat. Hodie id eo pertinebit, ut reus tale quid allegans quod ipſo jure tollit obligationem, non cogatur conteſtari litem, ſed protinus ab obſervatione judicii & inſtantia liberetur. Atqui ubi reus nihil allegat & objicit, difficile eſt permittere hoc judici ut liberet reum, cum non ſit ejus ea ſupplere, quæ facti ſunt. Ceteroquin ſi quacunque ratione ex actis appareat judici, non tantum eum qui ipſo jure liberatus, ſed etiam hunc qui exceptione ſaltem tutus eſt, abſolvere debet, ut tractatum ad *Treutl. de except. theſ. 7.* Ex ratione juris veteris, quam ignorarunt olim Interpp. & hæc differentia fuit, quod ea quibus obligatio ipſo jure ſolvebatur, licet eorum nulla mentio facta eſſet apud prætorem, apud pedaneum judicem objicere licebat, quippe cum revera nulla actio competeret actori. Atqui exceptiones in ſtricti juris vindiciis (nam bonæ fidei actionibus ita inerant, ut etiam judex pedaneus earum licet formulæ non inſertarum rationem habere cogeretur, uti dixi *diſp. 6. de actionibus*) non poterat admittere judex pedaneus, ſed formulæ inſertas eſſe oportebat. Et adeo hæc quoque poſt reſcriptum Marci olim inter bonæ fidei actiones, & ſtricti juris, quod ad compenſatio-nem ſupererat differentia, ut in his neceſſe omnino haberet reus compenſationem objicere apud prætorem, & petere ut hæc exceptio inſereretur formulæ, quod in bonæ fidei judiciis neceſſum non erat: ſed compenſationis & mutui debiti, quandocunque allegati, habebat judex pedaneus rationem. Et hoc ſenſu exceptiones pacti doli &c. dicebantur ineſſe bonæ fidei judiciis, quod late explicavi *diſput. 6. de actionibus th. 21.*

Et hoc quoque ſignificatu poteſt dici, compenſationem olim in bonæ fidei judiciis factam eſſe ipſo jure, quod uſque ad ſententiam, in his actionibus mutuum debitum allegare liceret: quia ipſa poteſtate judicii bonæ fidei id continebatur. Quod enim hoc §. ſtricti juris actiones ita opponuntur actionibus bonæ fidei, quod in illis per exceptionem ſolum compenſatio inducebatur, conſequens eſt, quod in his compenſatio ipſo jure locum habuerit. Et tamen quoniam iſtud, ut diximus, in exercitationibus quibuſvis obtinebat, ut ipſa poteſtate judicii bonæ fidei ineſſent, quod compenſatio in bonæ fidei judiciis ipſo jure fieri dicitur, alium effectum inſuper habere videtur, velut quod, ubi utrimque pecunia debetur, ſed altera ſub uſuris, altera ſine uſuris, ipſo jure minuitur debitum, ita ut concurrentis quantitatis uſuræ amplius non debeantur, *leg. cum alter 11. de compenſ.* Et hinc porro, quod ubi compenſationi locus eſt, qui totum petit, male petere dicatur *l. verum 4. eod. tit.* nimirum tamquam poteſtate juris debito immi-nuto. Ex quo porro & hoc conſequitur, ut, qui totum ſolvit, quod excedit, tamquam indebitum condicere poſſit *l. quod dicitur 5. §. 2. de impenſ. in res dot.* quod ſecus eſſe videtur, ubi tantum compenſatio per exceptionem introduci poteſt, ut poſt *Dd. d. num. 59.* hic notat Jaſon. Sed † occurritur per vulga-
tam regulam; Exceptione perpetua tutum ſi ſol- 3
vat, habere condictionem *l. qui exceptionem 40. in pr. de condict. indeb.* Ergo etiam, qui ex cauſa contractus ſtricti juris objicere poteſt compenſationem ope exceptionis, ſolvit, repetere poterit & facit *l. qui invicem 30. de condict. indeb.* ubi ICtus ait, quibus caſibus compenſatio locum non habet, non eſſe repetitionem ſoluti: Ergo contra eſt, ubi compenſatio locum habet; Atquin poſt reſcriptum Marci utique verum eſt, quod & in ſtricti juris judiciis compenſatio habeat locum. Poſſem facile & ſimpliciter totum hoc expedire, ſi dixero unius effectus eſſe poſſe plures cauſas: & eſſe hanc quidem principem cauſam condictionis indebiti,

quod

Digitized by Google

quod ipſo jure ſublata eſt obligatio: ſed non eſſe tamen ſolam, verum inſuper & hanc quod quis exceptione perpetua defenditur. Sed dum rem penitius conſidero, deſcendo in Dd. ſententiam, qui putant, ubi tantum per exceptionem compenſatio poteſt indici, eum, qui ſolvit, non habere condictionem. Et reddunt Dd. hanc differentiæ rationem, & hoc modo reſpondent ad *d. l. 40. de condict. indeb.* quod tum demum procedat ea regula, ubi ejuſmodi exceptio competit, quæ impedit & elidit actionem ſui nativitate: ſecus ſi elidat ita demum, ſi opponatur, qualem dicunt eſſe exceptionem compenſationis, quæ olim ex reſcripto Marci in judiciis ſtricti juris objiciebatur. Verba quidem ſunt paulo obſcuriora, & accommode forte non ſatis ad exprimendum quod dicere voluerunt. Exemplo res erit apertior. Debeo tibi centum ex mutuo; vendo tibi poſtea fundum meum itidem pro centum: hoc debitũ quo tu mihi obſtringeris non tendit directo ad tollendum illud debitum, quo ego tibi obſtringebar ante ex mutuo: neque ſi tibi ſolvam illa centum, quæ ex mutuo debeo, dici poſſum ſolvere indebitum; nec mihi fit injuria ſi negetur condictio, cum propriam actionem ex vendito habeam, qua perſequar quod mihi debetur. Verumtamen quia intereſt mea potius retinere debitum, quam poſt propriam actionem inſtituere, arg. *l. 3 de compenſat*, merito ex reſcripto Marci mihi convento ſtricti juris actione, condictione certi ex mutuo, conceditur, ut me defendam exceptione compenſationis, quod actor mihi tantundem ex vendito debet: Quæ ipſa ratio facit, ut ubi ſolvi, mihi condictio indebiti non ſit concedenda; quoniam ceſſat ratio ex *d. l. 3. de compenſat.* quia poſtquam ſolvi, dicere amplius non poſſum, quod mea interſit, compenſare potius, quam ſolvere, & poſt nova actione experiri. Quæ ratio faceret, ut nec ex cauſa bonæ fidei contractus eſſet locus condictioni indebiti, niſi hic propria adeſſet ratio, quam ſupra attigimus, quod hic ipſo jure compenſatio debiti & imminutio fit, ut proinde neceſſe ſit indebitum revera ſolutum eſſe quo poſito condictio negari non poteſt. Atqui v. c. pactum de non petendo, nativitate ſua tendit directo ad elidendã actionem, & perimit vinculum æquitatis; & injuria fieret reo ſi ipſi poſtquam ſolvit per errorem, negaretur condictio, cui nullum aliud ſupereſt remedium. Et hinc in *d. l qui invit m 30. de condict indebiti*, compenſationem habere locum, vel non habere, intelligo in proprio ſignificatu, habere locum ipſo jure, nam minus proprie ſimpliciter dicitur compenſatio habere locum, ubi tantum ea per exceptionem inducitur. Ceteroquin poſſit etiam eo ſenſu & caſu accipi, quod locum non habeat compenſatio, ubi utrimque ſpecies, vel hinc quantitas, hinc ſpecies debetur, ſed per prædicta explicatio prior verior eſt. Supereſt videre, † quid novi fecerit Juſtinianus 4 e conſtitutionibus ſuis in *l. ultim. C. depoſ. l ult. C. de compenſat.* quam h. §. intelligit. Diximus hac de re ad *Treutl de compenſat. & d. diſput. 6. de Action. th. 23.* Et nimirum 1. dicendum eſt, ſententiam & mentem Juſtiniani fuiſſe exæquare hac in re bonæ fidei & ſtricti juris actiones, ut & in his ipſo jure locus eſſet compenſationi. Sed enim 2. ut ad id ponantur termini habiles, ut poſt gl. late tractant *Iaſon. Ioh. Fab. Angel. & alii ad hunc §.* ubi nimirum utrimque quantitas debetur. At enim ait h. §. Juſtinian. quod ex ipſius conſtitutione compenſatio habeat locum & minuat ipſo jure actiones in rem & in perſonam; in illis autem ſemper, in harum multis, in actione commodati, depoſiti, pignoratitia, non quantitatem ſed ſpeciem perſequimur. Itaque reſpondent Dd. vulgo, id obtinere, ubi re perdita & corrupta, vel quæ per contumaciam non reſtituitur, de æſtimatione præſtanda quæritur. Verum, nec hoc modo expedit, utcunque ita accipiatur Juſtinianus: nam cum ipſo jure debitum minui non poſſit, niſi utrimque quantitas certa debeatur, utique æſtimatio ſpeciei debitæ, incerta eſt. Et proinde fateri oportet, cum varii ſint hujus rei effectus; quod compenſatio ipſo jure fieri, aut actio ipſo jure minui dicitur, non omnes ubique concurrere poſſe; aut tertio illos demum induci, ubi debitum utrimque approbatum judici, & æſtimatio ſpeciei debitæ facta fuit. Nam quod *Iuſtinian h §.* ſcribit, compenſationem earum demum effectum hunc eſſe, quæ aperto jure nituntur, non eam habet ſententiam, quod conſtare oporteat de quantitate, & ita quoque de æſtimatione rei debitæ, (ita enim vix in actionibus ex quibus ſpecies debetur, futurus ſit locus compenſationi) verum, quod oporteat de debito conſtare, ita ut, ſi debitum ſit dubium & ab altera negetur parte, judex condemnare reum, & eum ad judicium proprium inſtituendum remittere debeat. Et ita recte Interpp. communiſſime hæc verba explicant quod oporteat debitum eſſe liquidum & confeſſum, aut quod in continenti probari poſſit. Et nimirum, quod Juſtinianus minime ita-

explica-

explicari poſſit, ut reſtringatur ad caſum quo re corrupta de æſtimatione præſtanda quæritur, iſtud argumento evidenti eſt, quod ſolam actionem depoſiti excipit, ex hac ratione, ne ſub prætextu compenſationis quis rerum depoſitarum exactione defraudetur.

Quæ ratio nulla eſt, ubi perempta re depoſita ad quæſtionem de æſtimatione præſtanda venitur. Et igitur neceſſum eſt, ex ſententia Juſtiniani quæri etiam de compenſatione ubi ſpecies petitur, & compenſatione objecta fieri poſſe, ut ſpecies etiam quæ exſtat, non reſtituatur; & proinde ipſo jure minui actionem paulo latius & pinguius accipi, & non tantum ſignificare, quod minus petatur, ſed etiam quod per officium judicis minus, aut nihil adjudicari poſſit, permiſſa ſcilicet, poteſtate judici, ut rem petitam æſtimet, & ita objecta compenſatione faciat, ut habeat effectum. Et ut quis tentare velit, nihilominus ipſa poteſtate juris id factum dici poſſe utique hoc tantum poterit conſiderari in idea, effectus autem rei ſeſe exerit apud judicem, ſed nec ullo modo, aut ratione efficere poſſit, ut omnes effectus ipſa juris poteſtate inducantur: Et verbi cauſa in ſuperioribus diximus ex *l. 4. de compenſat.* quod ubi compenſationi locus eſt, plus petat & male agat, qui integrum debitum petit. Hoc utique in caſu ſpeciei debitæ non poteſt invenire locum, propter æſtimationis incertitudinem. Et igitur ut conſtet ratio Juſtiniano, ſatis eſt effectibus aliis locum eſſe adhoc, ut minui ipſo jure actio dicatur, Et in *leg. 5. de impenſ. in res dot. junct. §. quod dicitur 3. l. ſi is qui 56. de iur. dot.* tradit ICtus impenſas neceſſarias in dotem factas, id efficere, ut fundus dotalis, deſinat ipſo jure eſſe dotalis, ubi nimirum impenſæ factæ precium fundi exæquarunt. Id quidem facit ratio ipſa juris; Sed utique non eo effectu, ut ipſo jure nulla competat actio uxori pro dote; ſiquidem quanti fundus ſit, & quid impenſum ſit, apud judicem tractari oportet.

Et nec dubitandum eſt (de quo poſt gloſſ. interpretes hic tractant *& Iaſon numer. 77.*) quin omnino opus ſit facto hominis & allegatione in judicio, vel in jure, ut effectus ſuus compenſationi conſtet, utcunque invicem quantitates debeantur, (quamvis quidam quos refert & probat *Iaſon numer. 78.* putent ſufficere, ut quis extra judicium dicat ſe velle compenſare; male ut opinor, nullum enim effectum ultra, quam jus ipſum hoc operari poſſit.) Nam & verbi cauſa ſi quis à Reo qui centum debet, ducenta petat, vel ab eo, qui nihil debet, centum petat; utcunque jus hic diſponat, qui judex definire & pronuntiare debeat, utique tamen, objicere, qui convenitur debet, in injuriam partis adverſæ, ut quod jure diſpoſitum eſt, conſequatur; idque etiam obtinet ſi quis per ſolutionem, novationem, acceptilationem, &c. ipſo jure ſit liberatus; hoc enim ita accidiſſe, allegare oportet; Sed ſunt proprii effectus etiam poſt allegationem, quibus differt hic caſus ab eo, quo per exceptionem tantum liberari dicitur Reus. Sed quæ ratio eſt, ut ſola † actio 5
depoſiti excipiatur, & depoſiti omnino reſtitutio ſit facienda citra ullam exceptionem? Pleniſſime ratio Juſtiniani, ne ſub prætextu compenſationis rerum depoſitarum reſtitutione quis defraudetur, etiam in commodato, etiam in precario, &c. militat. Quin de commodato ita diſerte reſcriptum eſt in *l. ult. C. commod.* & ipſe Juſtin. in *l. un. Cod. de rei ux act. §. taceat & § ſeq.* non permittit, ut ulla retentio actioni rei uxoris objiciatur à marito. Fruſtra eſt Cujac. dum in *dict. l. ultim. pro commodati* vult legi *commendati*: quod & rubr. reſpuit, & certiſſimum eſt jure veteri olim actioni commodati non objici potuiſſe exceptionem ob diverſum debitum. Ideoque & inepti ſunt Dd. vulgo, qui ad caſum debiti illiquidi *d. l. ult.* reſtringunt. Nec juvat, quod plerique inter retentionem & compenſationem diſtinguunt. Equidem retentio latius patet, quam compenſatio, in ſpecie dicta: Sed ſane propter hoc ipſum negato retentionis jure, etiam compenſatio negata erit. Et utique in *d. l. un. Cod. de rei ux. act.* fatendum eſt negari compenſationem, cum Juſtinian. utatur hac ratione, cur neget jus retinendi marito, eo quod ipſi propriis actionibus ſit conſultum. Et cum neget compenſandi jus ob cauſas contingentes quodammodo actionem doris, ob res amotas, etiam ob impenſas tanto magis ex alia cauſſa, objici compenſationem patietur. Sunt qui non excludi putant caſus ſimiles, & in quibus ſit eadem ratio: & paſſim tradunt Doct. nec per particulam taxativam excludi caſus in quibus major, aut eadem ratio eſt. Sed ſane hoc non poteſt eſſe generale, neque huc commode videtur accommodari poſſe, propter vulgatum illud, quod regulam firmet exceptio in caſibus non exceptis. Et tamen Juſtinian. *h. §. & in l. ultim. C. de compenſ.* regulam hanc tradit, quod in actionibus in rem & in perſonam, & quibuſcunque aliis habeat compenſatio locum: & deinde exce-

 ptionem

ptionem hanc ſubjicit; *excepta SOLA depoſiti actione:* quo ſane excluduntur reliquæ omnes; quod ſi admittamus unam, porro alius aliam admittendam contendet, & ita ſemper erimus in incerto; & cur non etiam admittamus actionem pro precario &c. Ego pene exiſtimo eſſe in hac rota traditione
6 veſtigium † ſapientiæ Tribonianæ, qui ſecutus priorum conſtitutionum, prout ipſi commodum viſum fuit & utile, novas conſcripſit Leges. Et omnimodo jure veteri, puto haud facile admiſſas fuiſſe re en iones, niſi in caſu neceſſitatis, ubi alias Reo conſultum non erat, & quo ad ea, quæ ipſam actionem inſtitutam contingebant: Ceteroquin mutuas actiones inſtituendas fuiſſe puto. Hæc ita ut ſub manum ſe dederunt, chartis illinere viſum fuit qualiacunque ea ſint. Nihil hoc §. ſupereſt aliud quam quod Juſtinianus ait, *ſive in rem, ſive in perſonam ſive alias quaſcunque*: & quæ nam ſunt illæ actiones præter eas quæ ſunt in rem, & in perſonam; & ita vitioſa fuerit diviſio §.1. & falſum quod ibi omnium actionum hanc diviſionem eſſe ait. Sæpe dixi eum fruſtra eſſe, qui in textibus Tribonianeis, qualis hic haud dubio eſt, quærit accurationē: aut an ille reſpexit ad varias diviſiones hactenus propoſitas, aut an cum variæ omnino ſint actione nativæ & dativæ, de quibus ſæpe non conſtare ſatis poteſt, cujus naturæ ſint, quod de actione Pauliana diximus *ſup. ad §, Item 6. h. t.* Juſtinian. his verbis ſibi cavere voluit, ut ne qua actio ulla qualiſcunque tandem eſſet, ab hac diſpoſitione videretur exempta.

Illud denique notandum hic agi de compenſatione ex cauſis civilibus pecuniariis, non de compēſandis hinc inde delictis: ut inepti ſint Interpp. qui iſta confundunt, & notant aliquando fie i compenſationem ſine facto homini, de quo *v. Iaſon. hic poſt gloſſ. n.* 80. ubi tamen ſunt alia exempla quæ recte te habent. Colophonis loco ad hunc §. errores aliqui Hottomanni explodēdi ſunt quos h. § commiſit, quamvis primus pertineat ad §. 28 *ſup. h. t.* Negat ad *pr. h.* §. actiones contrarias, quæ nimirum dantur ex contractibus, mandati, depoſiti, commodati, pignoris, negot. geſt. tutelæ, & ſi quæ ſunt aliæ, eſſe bonæ fidei. Nos contrariam ſententiam ſub fin. *d. §. actionum* 28. propoſuimus, à qua vix ullum Interpp. diſſentire puto. Et notavimus ibid. non omnes qualitates actionum bonæ fidei in ſingulis ſpeciebus occurrere, ſed ad hoc ut actio bonæ fidei dicatur, ſufficere eas ineſſe, quas admittit natura contractus, modo ne adſint qualitates actionum ſtricti juris, quod addo propter actionem ex teſtamento, quæ quo ad fructus & uſuras imitatur naturam bonæ fidei actionum *l. uſura 34. de uſuris*; Ceteroquin ſtricti juris eſt. Et ita in contrariis his actionibus obtinet, ut quaſcunque fert earum conditio, qualitates actionum bonæ fidei habeant. Et oppido quam inepte pro contraria ſententia adducit Hottom. text. in *l. furti 6. §. ult. de his qui not. inf* ubi negat ICtus damnatum ſequi infamiam, quia ibi non de perfidia agatur: & in *l. ei apud 5 in pr depoſ.* ubi negatur in contrario judicio de fide rupta agi.

Ergo, inquit Hottomann. non agitur de fide, & igitur actio nec bonæ fidei eſt, quia v. c. deponens fidem non dedit. Hoc quidem argumento, nec actio negot. geſtor. nec actio tutelæ, nec commun. divid. bonæ fidei erunt, quoniam hic nulla fides expreſſi data eſt.

Et eſt fallacia homonymiæ in verbis *bona fide*: neque propterea actiones bonæ fidei dicuntur, quod alter alteri expreſſe fidem dederit, & poſt eam ruperit; ſed quod natura contractuum verorum aut quaſi hæc eſt, ut quod alterum alteri præſtare oporteat exacte verbis concipi & exprimi non poſſit, & ideo officio judicis permittendum ſit, quid & quantum, alterum alteri præſtare oporteat.

Et nimirum perſpicua in eo quæ in dd. textibus traditur ratio differentiæ apparet inter judicia directa & contraria.

Qui commodatum v. c. & depoſitum non reſtituit juxta conventionem manifeſto fidem rumpit: at qui diſputat de impenſis, aut damno, quod alter ſe accepiſſe contendit, fidem non rumpit, ſed ut in *d. l. 6. his qui not. infam.* ſcribit Ulpianus, magis diſputat de calculo. At quod ob id non ſit bonæ fidei judicium contrarium abſurde plane & inepte infertur. Et v. c. in ſervum commodatum impenſas me feciſſe, per eum furtum mihi factum, per dolum commodatum, pro integro, damnum me ſenſiſſe dico, utique hic opus eſt officio judicis, qui æſtimet iſta ex bona fide & æquo bono.

Scribit porro hoc § Hottomannus, ideo in ſtricti juris judiciis non fuiſſe locum compenſationi, quæ ipſo jure minuit debitū *l. 4. & 21. de compenſ. l. 4. C. eod.* quoniam alias cum in iſtis judiciis certū peti oportuerit, actor ſemper incidiſſet in periculum plus petitionis, ſed supponit, quod in bonæ fidei

fidei judiciis nihil certi petitum fuerit. Quod oſtendimus ſupra falſum eſſe. Et proinde 2. inepta penitus eſt conſequentia, quod ob id reus incidere in periculum plus petitionis. Etenim ſcire quiſque debet, quid ipſe debeat alteri viciſſim, itaque minus petere debet, aut clauſula aliqua inſerta ſibi cavere à periculo plus petitionis, de quo pauſo inferius. Nec melior eſt altera ratio quod in bonæ fidei judiciis judex cognoſcat, quid oporteat præſtare alterum alteri, ſed in ſtricti juris actionibus, cognoſcat judex tantum quid reum actori præſtare conveniat, particularem enim tantum hanc rationem apparet eſſe, in illis actionibus, quæ ſunt ex contractibus, qui mutuam pariunt actionem, ſed in iis fallit, qui tantum ex uno latere obligant. Denique labitur & Hotomanus in eo, dum reprehendit Juſtinianum hoc ſibi tribuentem, quod in actione ex depoſito non ſit locus compenſationi; & imo hoc jam antea Paulo *lib. 2. ſent. 12. traditum eſſe.* Etenim hoc omnino etiam olim obtinuit, ut ne actione depoſiti qua ſpecies petitur, poſſet objici compenſatio; Sed quod non poſſet objici ſoli actioni huic & omnibus aliis poſſet, id omnino novum & adeo novum, ut penitus abhorreat à juris veteris ratione.

TEXTUS.

27. Præterea quaſdam actiones arbitrarias, id eſt, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus: in quibus niſi arbitrio judicis is cum quo agitur, ſatisfaciat, (veluti rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſolvat, vel ex noxali cauſa ſervum dedat) condemnari debeat. Sed iſtæ actiones tam in rem quam in perſonam inveniuntur. In rem, veluti, Publiciana, Serviana de rebus coloni: quaſi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In perſonam: veluti quibus de eo agitur, quod vi metuſve cauſa, aut dolo malo factum eſt: Item cum id quod certo loco promiſſum eſt, petitur: ad exhibendum quoq; actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionib. & ſimilib. permittitur judici, ex bono & æquo, ſecundum cujuſq; rei, de qua actum eſt, naturam æſtimare quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.

COMMENTARIUS.

1 *Duæ ſpecies actionum arbitrariarum.*
2 *Quomodo differant bonæ fidei judicia & arbitraria.*
3 *An arbitrariæ actiones faciant tertiam ſpeciem.*

DE arbitrariis actionibus itidem egimus *Tract. de actionibus tota diſput.* 7. quam diſtinximus in duas partes; quoniam & duæ ſunt principales ſpecies, aut genera actionum arbitrariarum; nec caret vitio, quod citra ullam diſtinctionem confuſim omnes iſtæ ſpecies ſive exempla proponuntur; cum tamen longe diverſa ratione, quam ceteræ, actio ea ſit & dicatur arbitraria, quæ alibi movetur ſuper eo, quod certo loco promiſſum fuit. Et ut paucis repetamus, duæ ſunt cauſæ, ex quibus actio dicitur arbitraria, veluti id verbum hoc §. uſurpatur, & hinc etiam ſpecies duæ actionis arbitrariæ.

Altera in qua totum quantum ſit † ſolvendum 1
permittitur arbitrio judicis, & quidem una ſententia ſicut in aliis fere actionibus decidendum; cujuſmodi eſt actio, quæ alio loco intenditur, quam in quem promiſſio & ſolutio ex cauſa obligationis & contractibus ſtricti juris collata fuit. Nam cum verbi cauſa ſi quis promiſerit ſe Epheſi centum daturum, ex rigida juris ratione reus alibi conveniri non poſſit *l. 1. de eo quod certo loco*, & tamen iniquum ſit, ut obligatio & promiſſio in irritum cedat, ſi reus, vel non poſſit, vel nolit in locum eum venire, permiſit in hunc eventum prætor alibi agere, ſed cum commemoratione & adjectione loci, ne plus petere videatur. Nam cum fere commodius eſſe poſſit Reo eo loco ſolvere, in quem ſolutio collata fuit, in quo forte pecuniam paratam habuit, quam alibi ſub uſuris accipere neceſſe habeat, ſi pure & ſimpliciter ſtipulator creditor alibi petat, hanc utilitatem Reo adimere & plus petere intelligitur ut docet §. *plus autem* 34. *infr. h. t.* ideo neceſſum fuit agere cum commemoratione loci, & permittere prætori ſimul & judici, ut quanti intereſſet Rei in loco adjecto ſolviſſe, illud æſtimaret & tanti minoris Reum condemnaret. Ex quo actio arbitraria appellatur: de qua prolixe egimus *d. diſp. 7. de Actionib. part. 2.* Atque hæc eſt prima ſpecies actionum arbitrariarum.

Altera, quæ porro ſub ſe plures habet ſpe-

Google

cies, ex eo dicitur, quod initio procedit arbitrium judicis de faciendo & præſtando aliquid, cui ſi pareat reus, abſolvitur; ſin non pareat in aliud, quam quod arbitrio & juſſu præcedenti erat, & quidem gravius propter contumaciam condemnatur, verbi cauſa: Inſtituta rei vindicatione & probato dominio jubet judex reſtituere rem petitori; ſi non pareat reus, condemnatur, quanti actor per juramentum in litem rem æſtimaverit; quod & in Serviana, Publiciana & in actione ad exhibendum obſervatur. In actione quod metus cauſa, probato metu jubetur reus rem reſtituere; quod ſi non faciat in quadruplum damnatur: in quo poſita eſt finalis condemnatio. At, inquit, Hottomannus, quis tam fatuus ſit, ut non malit ſatisfacere juſſui judicis, quam ſubire graviorem condemnationem. Proinde ipſe reſpondet, duplicem actionem hic intervenire, & in altera demum qui ſperavit forte judicem ſecundum pronuntiaturum aliter, reum gravius condemnari, propterea quod judicis prioris arbitrio non paruit. Sed iſta ſententia eſt manifeſto falſa, & incidit in illorum Interpp. opinionem & errorem qui duplicem libellum, duplicem litis conteſtationem in his actionibus requirunt. Et vero cum fateatur Hottomann. ipſe hanc fuiſſe formulam actionum harum: *Si apparet rem eam, de qua agitur, Lucii Titii eſſe, neque ea tuo arbitrio reſtituatur, judex condemna*: efficitur prorſus neceſſario, una actione & per unum judicem negotium expeditum fuiſſe. Quod & ultro perſpicuum eſt, & ridiculum ſit exiſtimate, poſt juſſum de reſtituendo, aliam formulam petitam, & ad alium judicem arbitrumve itum fuiſſe, qui condemnaret reum, quanti in litem petitor juraſſet. Et poteſt utique fieri, ut reus aliquis improbus, quacunque etiam cauſa fretus, detrectet parere arbitrio judicis; poteſt & fieri, ut ante arbitrium dolo deſierit poſſidere, quo caſu nihilominus tamquam adhuc poſſidens, jubetur reſtituere, & ut maxime tum amplius non poſſit, condemnatur, quanti actor in litem juraverit. Secundum hæc verba *hujus §.* commode applicanda duabus iſtis actionum arbitrariarum ſpeciebus, & recte applicanda ſunt. Et quod ait Juſtinianus pendere has actiones ex arbitrio judicis, utriq; ſpeciei recte applicatur; ſed non eodem tamen modo. Actio de eo quod certo loco ita pendet ex arbitrio judicis, quod quantum ſit præſtandum actori, arbitrio illius decernendum, permiſſum eſt.

Altera ſpecies ita pendet, quod ille initio arbitratur, quid faciendum ſit Reo, ut actori ſatisfiat, cui ſi non pareatur arbitrio, gravior ſequitur condemnatio; Ceterum quod mox, poſt jam dicta verba, *ex arbitrio judicis pendentes appellamus*, ſequitur, *in quibus niſi judicis arbitrio, &c.* cum pro ratione dicti afferatur, facit, ut non niſi ad poſteriorē ſpeciem referri poſſit: Etenim in actione de eo quod certo loco, fertur unica tantum ſententia; ſed in poſteriori ſpecie ita, ut diximus obtinet, ut primo præcedat arbitrium, ut reus niſi juxta ad arbitrium ſatisfacit, condemnetur: Sententia enim hæc poſterior in excellentiori ſignificatu vocatur condemnatio: Ceteroquin & prior quæ arbitrium & juſſum de reſtituendo dicitur, non uno loco condemnatio appellatur, ut hoc late probavimus *d. diſp. 6. de Actionibus th. 7. 8. & 9.* ubi etiam & *th. 10.* oſtendimus, aliquando etiam ſi reus contumax ſit, non ferri poſteriorem ſententiam, ſed ubi actor omnino rem habere mavult quæ penes reum eſt, primam ſententiam & juſſum de reſtituendo extra ordinem per manum militarem mandati executioni, & rem reo auferri, juxta *l. qui reſtituere 86. de rei vindic.*

Porro cum iſta deſcriptione actionum arbitrariarum quæ *in princip. §.* proponitur, videndum eſt quomodo conveniat, quæ in *f. §.* ſubjicitur, quod in iis permittatur judici, ex bono & æquo æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat. Ea quidem actioni *de eo quod cert. loco* omnino convenit: ſed convenire minus videtur alteri ſpeciei; quoniam, qui graviorem reo condemnationem infligit, verbi cauſa, in quadruplum, vel quanti in litem juratum eſt, non æſtimat ex bono & æquo. Equidem abſurdum fuerit, hanc generalem deſcriptionem & clauſulam reſtringere ad alteram ſpeciem tantum, quæ præſertim longe anguſtiores habet fines quam altera. Quod ſi huic quoque accommodare velis, non debet intelligi de ultima condemnatione graviori, ut inconſulte quidam putant, ſed ad ſententiam primam & arbitrium judicis. Utcunque enim quod principaliter petitur, non permittatur arbitrio judicis, tenetur enim judex, verbi cauſa in rei vindicatione, jubere ut res reſtituatur, poſſunt tamen multa intervenire, quæ deſiderant officium, & arbitrium ex æquo & bono interponendum veluti circa fructus, aut ſi res poſt moram perierit, *l. item ſi 37. in fin.* & circa alia.

Quod

Quod attinet exempla hic propoſita, ſingula accurate explicavimus, *d. diſput.* 9. & inprimis (quod ingens habet dubium) quo ſenſu noxalis actio arbitraria appelletur, & ibidem alias quoque actiones præter hic enumeratas, produximus; eſſe enim plures: nec omnes ſpecies hic à Juſtiniano relatas eſſe, apparet ex *verſ. in his enim.* illis verbis, *& aliis ſimilib.* quibus tamen nimis abutuntur Interpp. dum, omnes actiones in mundo, ut loquuntur, arbitrarias fieri poſſe ſtatuunt, ſi judex aliquid jubeat fieri, cui non pareatur, quam opinionem eorum refert & ſequitur *Iaſon hic num.* 24. *&* 32. Et habet vero quoque actio naturam ſuam; & formam à jure definitam extra quam judex nihil poteſt. Et niſi formulæ ea inſerta verba fuiſſent, quæ ſupra retulimus, *niſi arbitratu tuo ſatisfiat, condemna*, non poterat judex condemnationi finali juſſum, aut arbitrium præmittere: itaq; certæ tantum actiones erant, in quibus ejuſmodi formulam prætor dabat.

2 Illud non eſt † expeditum, qua in re differant bonæ fidei judicia ab arbitrariis: cum conſtet in illis quoque in litem jurari; itaque neceſſum eſt & hic quoque dolum & contumaciam præceſſiſſe, citra quæ in litem non juratur. Conatus ſum hanc rem explicare in *d. diſputat.* 7. *de actionibus theſ.* 12. Vulgo Doctor. hanc rationem differentiæ reddunt, quod officium judicis bonæ fidei actionibus ſit naturale & intrinſecum, & quaſi eſſentiale: Sed actionibus arbitrariis extrinſecum ſit, & accidentale: & quod reſideat in perſona ſola judicis, & quod (quæ tamen poſterior non eſt communior ſententia) in arbitrio ejus libero ſit, ita ſtatuere jubere, vel condemnare. Sed ſane poſterius hoc, à pleriſq; re improbatur, & recte; ſiquidem omnino neceſſe habet judex, ut juxta formulam rem petitam jubeat reſtitui, & reum non parentem, in gravius aliquid, & à priori diverſum, & id quoque à jure præſcriptum & definitum condemnet. Sed quod ad prius, cum conſtet, inſertum iſtud formulæ fuiſſe, *Niſi arbitrio tuo ſatisfiat, condemna*, neceſſe eſt, ut poteſtate actionis & formulæ iſta in lex fecerit. Hactenus ego ſane video & admitto differentiam, quod v. c. ut in uſuras ex mora, fructus & alia condemnet judex ex æquo & bono, pure & ſimpliciter ineſt actionibus bonæ fidei; Sed hic in arbitrariis, ut judex condemnet, ineſt, ſub conditione, ſi reus non ſatisfaciat; itaque ubi reus ſatisfaciat; ut plerumque fieri ſolet, ceſſat iſta pars officii judicis. Sed ſimul hic obſervandus alius Dd. error; quod in arbitrariis actionibus officium judicis, non tam pertinet, imo magis non pertinet ad finalem condemnationem, quæ ob contumaciam irrogatur, ut ipſi petant, dum accidentale appellant hoc officium judicis, ſed ad juſſum & arbitrium prius, quo æſtimat judex quomodo ſatisfaciendum ſit actori, ut eſt in *fin. h.* §. & cui, ſi non ſatisfaciat reus, demum condemnatur finaliter, ut aperte habetur in *princip. h.* §. Hottomann. has differentias tradit arbitrariarum & bonæ fidei actionem. Primam, quod in bonæ fidei judiciis ideo fuerit data libera poteſtas judici, quod id æque utriuſque intereſſet, cum uterque invicem obligatus eſſet, ſed arbitrariæ actiones, aut ex poſſeſſione, aut obligatione unius tantum naſcantur. Atqui jam ſupra abunde probavimus, falſum eſſe quod bonæ fidei actiones tantum naſcantur ex utrinque contractu obligatorio; neque hoc differentiam veram conſtituere poteſt, an unius cauſa an utriuſque ea poteſtas judici detur; tum & inſubtiliter dicitur, quod ex poſſeſſione naſcatur actio arbitraria, & imo falſum hoc eſt, ſed ex jure dominii, aut pignoris, aut ex delicto &c. naſcuntur. Altera Hottomanni differentia eſt, quod in actionibus bonæ fidei inſeratur formula *ex fide bona*, ſed in arbitrariis, *neque ea res arbitrio tuo reſtituatur, &c.* Verum hæc differentia tantum eſt in verbis; & oſtendimus antea, re ipſa etiam hoc comprehenſum fuiſſe in formula actionũ bonæ fidei; quoniam & hic judex reum, qui non reſtituebat rem commodatam depoſitam, &c. condemnabat quanti actor in litem juraſſet. Tertia eſt, quod actiones bonæ fidei ſint tantum in perſonam, ſed arbitrariæ & in rem, & in perſonam. Verum conſtat qua in re differant actiones in rem, & in perſonam: atquin ita intelligere non licet, quid & in quo differant hic actiones bonæ fidei, & actiones arbitrariæ in perſonam. Ergo totum iſtud ineptum eſt. Quartam denique affert, quod actiones bonæ fidei oriantur, vel ex contractu, vel ex contractus quadam ſimilitudine; ſed arbitrariæ ex genere & ſimilitudine quadam delicti. Ubi primum non ſat intelligo, quid ſibi velit per ſimilitudinem contractus; niſi forte, quaſi contractum, veluti, negotiorum adminiſtrationem & geſtionem pupilli, aut alterius, unde actio neg. geſt. & tutelæ.

Tum porro metus, dolus & delictum ſervi utique vera delicta ſunt, ex quibus arbitrariæ actiones naſcuntur; reliquæ autem ſunt nullo modo ex delicto. Et ab efficiente hac cauſa non poteſt

ſumi actionum vera diſtinctio. Et proinde tota iſta diſputatio Hottomanni inepta eſt, addamus & cetera Hottomann. in quibus peccat. Ait omnes actiones eſſe arbitrarias, in quibus judici poteſtas judicii diſſolvendi permittitur: & adducit pro exemplo actionem funerariam. Ego vero ſolide oſtendi *diſputat. 6. de action bon fid. theſ. 7.* quod hæc actio ſit species negotiorum geſtorum, & ob id bonæ fidei. Hinc alterum exemplum proponit condictionis indebiti, quia dicatur eſſe ex æquo & bono *l. 66. de condict. indeb.* Sed inepta conſequentia eſt: nam & cœteræ condictiones, *cauſa data, ſine cauſa. &c.* ſunt ex æquo & bono, id eſt, æquitas ſuaſit has actiones concedi, ſed non propterea aut arbitrariæ, aut bonæ fidei, ſed ſtricti juris ſunt. Sed gravius errat Hottomann. in redditione rationis ſpeciali alia, quoniam reus ante ſententiam ſatisfaciens abſolvatur. Hoc enim modo omnes actiones erunt arbitrariæ, ſiquidem iſtud generale eſt, *§. ult. inſ. de perp. & temp act.*

3 Denique hic † adnotare libet, quod tractant Doctor. an actiones arbitrariæ conſtituant tertium genus actionum præter eas duas, quæ proponuntur in §. *actionum 28. de actionibus.* Et communiter placui eſſe eas ſtricti juris; quoniam diviſionem propoſitam in *d. §. actionum*, 28. putant eſſe generalem, & in ea omnes actiones bonæ fidei enumerari, de quo etiam diximus ſub initium, *diſput. 7. de actionibus.* Ubi etiam probavimus, eam diviſionem eſſe non primam; ſed ſubdiviſionem actionum in perſonam, & eorum quidem quæ oriuntur ex conventionibus; quod & ſup. attigimus. Cui conſequens eſt, arbitrarias actiones ad illam diviſionem non pertinere, quippe quæ ſunt vel in rem vel ex delicto; præter alteram illam ſpeciem actionis arbitrariæ, quæ eſt *de eo quod cert. loco*, quæ utiq; eſt ſtricti juris, ſed alibi quia agitur, ſit arbitraria. Poſtremo quod Juſt. ſimpliciter h. §. actionem quod metus cauſa, refert ad actiones in perſonam, recte fit, ſi originem ejus conſideremus: cæteroquin eſt ea in rem ſcripta, & quatenus contra tertium etiam poſſeſſorem datur, qui metum non intulit, ſane non perſonalis, ſed realis actionis naturam imitatur.

TEXTUS.

28. Curare autem debet judex, ut omnino, quantum poſſibile ei ſit, certæ pecuniæ vel rei ſententiam ferat, etiam ſi de incerta quantitate apud eum actum eſt.

Commentarius.

1 *Libello poſſe peti incertum & præcipue ubi factum fuit in obligatione.*
2 *Sententia debet eſſe certa.*

Hunc textum cum præced. §§. cōjungit Hottomannus, quod & veteres quoſdam feciſſe refert *Iaſon ad d. §. præced. n. 4.* Et ſane in arbitraria actione de eo quod certo loco incertum peti videtur, & quadantenus in actionibus bonæ fidei & in cæteris quoque arbitrariis actionibus cum permittatur judici, ut æſtimet, quomodo ſatisfieri oporteat actori, non omnino certa tota petitio videtur ut non immerito quaſi pro colophone poſt tractatum de actionibus bonæ fidei & arbitrariis, hoc admonere voluerit Juſtinianus, utcunque incertum ſit in petitione, tamen judicem certum in ſententiam deducere debere: ſed tamen cum etiam ſint ſtricti juris actiones, in quibus incertum petitur, veluti condictio incerti ex ſtipulatu, ſi factum aut aliud quid non certum promiſſum ſit, juxta *l. 75. de verb. oblig.* non male dicemus, poſt propoſitas varias diviſiones actionum, Juſtinianum pro informando judice, hoc adjicere voluiſſe, quomodo ſententia ſit ab eo ferenda. Et videamus igitur in genere: Duo ſunt, quæ docentur hoc §. 1. Quod etiam † incertum in libello peti poſſit: ſiquidem ait Juſtinian. licet incertum petitum ſit, tamen debere ſententiam eſſe certam. Et ait Juſtin. licet de incerta *quantitate* actum ſit: ut oſtendat, licet de quantitate adjudicanda agatur, tamen adhuc poſſe incertam petitionem eſſe: Cæteroquin longe pluribus modis dicitur incertum peti, ut apparet *ex l. ubi 75 de verb oblig.* nam & ubi homo in genere debetur, & ubi duo vel plura alternative debentur, incertum in obligatione eſſe dicitur. Et adeo ubicunque utimur condictione incerti, poteſt petitio eſſe incerta, quæ ſcilicet inſtituenda eſt juxta conditionem obligationis. Et dubitari tamen poſſit, an ita hic ſumatur incertum ut *in d. l. ubi 75. de verb oblig.* in qua diſtinctio certi & incerti eo pertinet, ut ſciatur, utrum condictione certi an incerti aliquis debeat experiri: cæteroquin latius accepto verbo poſſit dici certum petere, qui promiſſum fundum ſine propria appellatione, aut in genere hominem, aut Stichum vel decem ſibi dari petit: & exiſtimare quis hoc argumento poſſit, *certum* latius in hoc §. accipi, quod Juſtinianus ſolius quantitatis, nominatim facit mentionē. Utcunq;

cunq; ſit, conſtat petitionem incertam admitti in judiciis univerſalibus veluti in hæreditatis petitione: itemque in iis quæ in ſpecie appellantur à Dd. generalia, (de quo diximus *diſp.* 2. *de action th.* 16.) veluti in judicio, neg. geſt. mandati generalis, tutelæ &c. quod poſt Dd. notat *Iaſon hic n.* 10. qui idem notat *n.* 12. quod incerta petitio admittatur quo ad acceſſiones, veluti, fructus, impenſas &c. Principalis caſus eſt, quo locus relictus eſt petitioni incertæ, ſi factum ſit in obligatione, in cujus locum intereſſe ſuccedit, quod cum æſtimetur à judice *§. ult. ſup. de verb. obl* conſequens id non eſſe definiendum à parte aut fruſtra definiri: eaque eſt communis ſententia Interpp. quas refert & ſequitur *Iaſon hic n.* 11. *&* 57. Ultramontani tamen ut ibidem refert Jaſon. putarunt intereſſe, quod petitur principaliter, certificandum eſſe ab actore in libello, ubi de facto præterito quæritur, quod utique certum eſt in natura: pro quibus etiam facit, *l. ſtipulationes* 72. *in fin. pr. de V. O.* ubi ex cauſa obligationum faciendi dicitur pecunia peti, & inſuper additur petitionem eſſe dandam *juſta* vel ut alii Codices habent, juxta æſtimationem facti. Et in libello quoque æſtimatur injuria, quæ tamen æſtimatio poteſt moderari per judicem. Quod autem iidem adducunt, teſte *Bart. in d l.* 72. *num.* 45. ſententiam debere eſſe conformem libello, ex paulo inferius dictis ineptum eſſe apparebit. Et prima quoque ratio nullius eſt momenti, quoniam utcunque facta præterita ſint certa, attamen æſtimatio eorum eſt incerta: & eorum æſtimatio non eſt penes partem, ſed penes judicem *d. §. ult. de verb. oblig.* Sed neque de facto quæritur, ſed imo ideo ad intereſſe agitur, quoniam id quod convenit, factum nō eſt: &, qua ratione utitur *Bart. dicto loco*, quam inconvincibilem *Iaſ. d. num.* 57. appellat, ubi declaratio incertitudinis non eſt in poteſtate actoris, non neceſſum eſt, certam eſſe petitionem: poteſt quidem actor dicere tanti ſua intereſſe: ſed cum judex hanc taxationem ſequi non teneatur, nec debet actor adſtringi neceſſitate exprimendi illam quantitatem. Itaque non dubito eſſe veram Bartoli ſententiam, quod poſſit quidem actor petere quanti ſua intereſſit, factum id eſſe quod convenit, ſed quod id facere non teneatur, verū quod etiam procedat libellus in quo ſimpliciter petitum intereſſe committitur arbitrio judicis: pro quo etiam facit *l.* 3. *in fin. C. de inutil ſtipulat. & l. ult. in fin. ſi quis in jus voc. non ier.* facit etiam vere ex ratione juris inconvincibilis ratio, quod ex obligatione faciendi competit condictio incerti ad intereſſe, quæ cum ab objecto ita dicatur, utique ſi quantitas certa exprimeda eſſet, non incerti, ſed certi condictio eſſet & diceretur. Qua in re nimis aperte labuntur Dd. & ſibi contradicunt, dum ſtatuunt, intereſſe cujus quantitas nulla eſt expreſſa in libello, tamen peti condictione certi: cum tamen ita ab objecto & eo quod petitur condictio certi & incerti appelletur. Et ita fieret ut omnino neceſſum eſſet ſummam certam in libello expreſſam, & quod intereſt, ab actore æſtimatum eſſe, & inepte ſunt, dum ſufficere putant, quod in proceſſu certificatus intereſſe, cum præſertim id demum fiat per ſententiam. Et nos illam Dd. ſententiam confutavimus *ad Treutl part.* 2. *de re judic. & in exercit. ad Fabr. decad.* 83. *cap.* 4. *& de actionib. diſp.* 4. *theſ.* 10. Quod autem attinet ad *d. l.* 72. *in fin pr de verb. oblig.* ſcopus JCti eſt, docere quod hactenus obligatio faciendi dividua quodammodo ſit aut fiat, quatenus effecti ob non præſtitum factum ad intereſſe & ita ad pecuniam, quæ eſt dividua, agitur: & jam diximus, poſſe peti etiam certam ſummam quam actor taxet ipſe, ſed id ſane neceſſe non eſſe. Extra caſus prædictos libellus debet continere petitionem certam, ad quod adducuntur tex. in *l. ſi rem* 6. *de rei vind l.* 1. *§. ſi quis* 40. *depoſ. l. prætor* 7. *in pr & §.* 4. *de iniur. l. in actione* 19. *de furt. cum ſimilib.*

Atque hoc primum eſt, quod hoc §. tractatur. Alterum eſt, quod licet petitum ſit incertum, tamen judex certam ſententiam ferre debeat, ſi modo poſſibile ſit, atque ita innuitur, † ſententiam 2 aliquando poſſe eſſe incertam. Ratio, cur ſententia, quantum fieri poteſt, certa eſſe debeat, perſpicua eſt, quod alias controverſia non finiretur, ſed novo & alio judicio opus eſſet, & ita lis ex lite naſceretur. Itaque etiam incerta petitio, juxta hunc §. per ſententiam determinari, & ad aliquid certum reus condemnari debet. Ubi inepte objicitur, quod ſententia debeat eſſe conformis libello. Tunc enim non eſt conformis, quando extra illud quod petitum eſt fertur ſententia, non cum quod petitum eſt, v. c. ſine certa quantitate determinatur. Et recte Jaſon hic *num.* 27. ſi, inquit, actor ſimpliciter petat intereſſe, & judex declaret certam quantitatem, ſententia non difformis, ſed conformis eſt libello, ubi illa Dd. limitatio certam rationem habet, quod in criminalibus non ſit neceſſe, ut ſententia libello ſit conformis: quoniam in his judiciis non de eo quod agentis, ſed quod

Reip.

Digitized by Google

Reipub. intereſt, tractatur, & judex ſequitur quod Lex in delictum commiſſum ſtatuit, itaq; ut communiter quoque traditur, nec concluſione opus eſt, quinimo valet ſententia, licet pœna in ſententia expreſſa non ſit *per text. in l.1. § 4. ad SC. Turpill.* Sententia autem dicitur certa vel in ſe & ſimpliciter, vel per relationem, verbi cauſa ad aliquod inſtrumentum, in quo expreſſa eſt res aut quantitas, & hoc ſive extrajudiciale, ut *in l. 5 §.1 de re iudic.* ſive judiciale, velut libellum: Ex quo valet hæc ſententia, ſolve quod petitum eſt *l. in ſententiis 59. §.1. de re iudic.* Sed quid ſi dixerit judex, ſolve quod debes? Et non valere ſententiam, reſpondet JCtus *in l. quid tamen 21. §. Pomponius 3. de recept. arb.* neque enim hic differentia inter ſententiam judicis & arbitri ſtatui poteſt. Et tamen eo non obſtante communiter ſtatuunt Dd. relati à *Iaſone* (qui & ipſe hoc probat, *hic n. 36. & Zaſius in d. l. 5 de re iud.*) ſi in actis probatoriis, verbi cauſa, depoſitione teſtium, aut inſtrumentis, ſit expreſſa certa quantitas, valere ſententiam: quæ opinio non alia ratione defendi poteſt, quam quod judex videatur ſe retuliſſe ad illa acta probatoria & iis fidem habuiſſe. Sed profecto difficile eſt, & audax factum, ita reſtringere textum indefinite loquentem, & inducere vel potius comminiſci relationem, quæ nulla eſt. Et merito huic opinioni objicit Faber, quod probationes ut plurimum ſint dubiæ, & in quibus aliquid deſiderari poſſit, & quibus utique Reus contradicit, & ea non ſufficientia eſſe contendit, ut hic quoque militet ratio, qua Dd. probant, ſententiam eſſe hoc caſu nullam, ſi tantum ex actis aſſertoriis, veluti libello poſitionibus &c. de certa quantitate conſtet, quod illa à parte adverſa negentur & iis contradicatur. Equidem arbitrarii judicis eſt, quantum ſit, tribuendum probationibus arg. *l. 3. §. 2. de teſtib.* ut poſſit exiſtimari judex, qui eo modo pronuntiat, acta approbaſſe. Sed enim poſſit etiam exiſtimari fidem habuiſſe petitioni actoris, & intellexiſſe ſummam petitam libello, & ita etiam ſententia poſſit defendi, *ſolve quod debes*, licet in probatoriis actis, de quantitate nihil appareat: & ita plane eluderetur reſponſum JCti *in d. l. 21. §. 3. de recept. arbitr.* Neque quod *ex d. l. 3. §. 2. de teſtibus* probatur, etiam eo produci debet, ut incerta valideturſententia. Itaq; tutius ego crediderim ſequi eum textum *in d. l. 21.* & cum Joh. Fabro reſpondere contra Dd. hanc ſententiam, *ſolve quod debes*, eſſe nullam. Sed, ut poſtremum quod ſupereſt ad hunc §. addamus, quinam ſunt illi caſus, quibus etiam valet & ſuſtinetur incerta ſententia, id eſt, in quam certa res aut qualitas non eſt deducta. Gloſſ. hic refert petitionem hæreditatis, itemque actiones quibus homo in genere, aut quibus plura alternative petuntur: electio enim nec per ſententiam debitori adimi debet. Quod autem Accurſ. addit actionem noxalem, merito ab Interpp. reprehenditur. quoniam facultas dedendi noxę eſt à Lege *l. miles 6. §. 1. de re iudic.*

TEXTUS.

29. *S*i quis agens intentione ſua plus complexus fuerit, quam ad eũ pertineat, cauſa cadebat, id eſt, rem amittebat: nec facile reſtituebatur in integrum à prætore, niſi minor erat vigintiquinq; annis: Huic enim ſicut in cauſis aliis, cauſa cognita ſuccurrebatur, ſi lapſus juventute fuerat: ita & in cauſa hac ſuccurri ſolitum erat. Sane ſi tam magna cauſa juſti erroris interveniebat, ut etiã conſtantiſſimus quiſque poſſet labi, etiam majori 25. annis ſuccurrebatur: veluti ſi quis totum legatum petierit, poſt deinde codicilli fuerint prolati, quibus aut pars legati adempta ſit, aut quibuſdam aliis legata ſint: quæ efficiebant, ut plus petiiſſe videretur petitor quam quadrantem: atque ideo lege Falcidia legata minuebantur.

COMMENTARIUS.

IN § *praced.* monuit Juſtinianus judicem, quomodo ſententia ferenda, hic informat actorem (eo enim id pertinet) quomodo actio inſtituenda & libellus formandus ſit. Et principale eſt, ut petatur quod debetur & quomodo debetur: & non plus quam debetur, nec aliud, quam debetur, nec ex falſa cauſa. In quibus conſiſtunt errata petitionis & libelli, quorum tamen non idem eſt periculum & quaſi pœna, nec eadem jure veteri & novo ubique ratio. Et ait Juſtin. *in pr. h. §.* Si quis plus petierit eum cauſa cecidiſſe, quod, ſimul & rationem ejus rei ad *§. ſeq.* exponemus. Hæc ratio juris erat, ut cauſa caderet: à qua aliquando diſcedebat prætor: non equidem directo ut jus hoc mutaret, ſed ut in cauſis ſingularibus aliquando læſis ſuccurreret, & eos in integrum reſtitueret, idque

que tum ob perſonæ, tum ob cauſæ & erroris qualitatem. Illud ſi minor eſſet, qui plus petierat, cui actionem ipſo jure amiſſam reſtituebat prætor *h. §. verſ. niſi minor*, ubi etiam redditur cauſa Hoc, ſi juſtiſſimus fuerit error, vel juſtiſſima errandi cauſa, propter quam ſcire non potuit actor quantum ſibi deberetur, & ſimul juſtiſſimam habuit cauſam credendi tantum ſibi deberi, quantum petivit. quod illuſtrat exemplo ſatis perſpicuo *in fin* §. ſi cui teſtamento legata ſint centum, & codicillis ad empta viginti: Si needum productis codicillis ex teſtamento centum petat, ignoſci tam juſto errori debet. Idem eſt ſi ignorans pluribus eſſe legatum & ultra dodrantem, legatum integrum petierit, quod per L. Falcidiam erat imminuendum, imo ipſo jure minutum, (de quo alib.) ut etiam hic locus probat, cæteroquin non diceretur plus petere legatarius: quæ cum ratio ſit plus petitionis, propterea rectius *in fin* §. pro *atque ideo*. legeretur, *ideo quod*, idq; Hottom. hic obſervavit. Faciliorem hic Claudium fuiſſe ſcribit *Sueton. c.* 14. Iis, inquit, qui apud privatos judices, plus petendo, formula excidiſſent, reſtituit actiones.

TEXTUS.

30. Plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco & cauſa. Re, veluti ſi quis pro decem aureis, quis ei debebantur, viginti petierit: aut is cujus ex parte res eſt, totam eam vel majorem partem ſuam eſſe intenderit. Tempore: veluti ſi quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius ſolvit, quã ſolvere deberet, minus ſolvere intelligitur: eadẽ ratione qui præmature petit plus petere videtur. Loco plus petitur: veluti cũ quis id quod certo loco ſibi dari ſtipulatus eſt, petit loco alio, ſine cõmemoratione illius loci in quo ſibi dari ſtipulatus eſt: verbi gratia, ſi is qui ita ſtipulatus fuerit, Epheſi dare ſpondes? Romæ parte intendat, ſibi dari oportere. Ideo autem intelligitur plus petere: quia utilitatem, quam haberet promiſſor, ſi Epheſi ſolveret, adimit ei pura intentione, propter quã cauſam alio loco petenti proponitur arbitraria actio in qua ſcilicet ratio habetur utilitatis, quæ promiſſori fuiſſet competitura, ſi illo loco ſolveret, quo ſe ſoluturum ſpopondit. Quo utilitas plerũque in mercib. maxima invenitur, veluti frumẽto, vino, oleo, quæ diverſa per ſingulas regiones habent pretia. Sed & numeratæ pecuniæ non omnib. regionibus ſub eiſdem uſuris fœnerantur. Si tamen Epheſi quis petat, id eſt, eo loco petat, quo ut ſibi detur, ſtipulatus eſt, pura actione recte agit, idq; etiam prætor mõſtrat, ſcilicet quia ſalva eſt promiſſori ſolvendi utilitas. Huic autem qui loco plus petere intelligitur, proximus eſt is, qui cauſa plus petit: ut ecce ſi quis ita à te ſtipuletur: hominem Stichum aut decem aureos dare ſpondes? deinde alterum petat, veluti hominem tantum, vel decem aureos tantum. Ideo autem intelligitur plus petere, quia in eo genere ſtipulationis, promiſſoris eſt electio, utrumq; pecuniã, an hominem ſolvere malit: qui igitur pecuniã tantum, vel tantum hominẽ, ſibi dari oportere, intendit, electionem eripit adverſario: & eo modo ſuam cõditionem quidem meliorem facit, adverſarii vero ſui deteriorem. Qua de cauſa in ea re talis prodita eſt actio, ut quis intendat, hominem Stichum aut decem aureos ſibi dari oportere, ut eodem modo peteret, quo ſtipulatus eſt. Præterea ſi quis hominem generaliter ſtipulatus ſit, & ſpecialiter Stichum petat: aut generaliter vinum ſtipulatus ſit, & ſpecialiter petat Campanũ: aut generaliter purpuram ſtipulatus ſit, deinde petat ſpecialiter Tyriã plus petere intelligitur: quia electionem adverſario tollit, cui liberum fuit ſtipulationis jure aliud ſolvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet viliſſimum

Mmmmm ſit,

ſit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur: quia ſæpe accidit, ut promiſſori facilius ſit ſolvere illud, quod majoris pretii eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Quare plus petens olim cauſa ceciderit.*
2 *An incidat in pœnam plus petit. qui pendente conditione agit.*
3 *Ad* l. un. in fin. Quand. dies uſusfruct. legat. ced.
4 *Explicatus locus Ciceronis de plus petitione.*
5 *Lapſus Theophili.*

HÆc conjungere viſum fuit, quæ continent quatuor ſpecies ejus quod plus dicitur, nec difficilis eſt hæc tractatio, modo cauſam intelliga-
1 mus ob quam olim qui plus petebat, † cauſa cadebat, & rē amittebat, *ut §. præc.* tradidit Juſtinianus: etenim in omnibus ſpeciebus plus petitionis id ita obtinuiſſe dubitandum non eſt, v. c. ſi quis petiiſſet à prætore actionem ex mutuo pro centum, florenis, quos Titius ſibi deberet, formulam prætor ita cōcipiebat: Si paret Titium debere centum judex condemna. Si poſtea judici pedaneo approbaſſet Titius non ſe centum, ſed tantum LXXX. debere, judex cogebatur Titium abſolvere, qui contra iterum inſtitutam actionē defendebatur rei judicatæ exceptione: neq; ſcrupuloſitas formularum admiſit, quod in aliis terminis ſcribitur *in l. 1. §. 4. de V.O.* in majori ſumma & minorem ineſſe, ut adeo qui centum petiit, etiam octuaginta petiiſſe intelligeretur. Sed ſane illa quoq; petiit, & ſi centum ſibi adjudicentur, etiam LXXX habebit, ſed quia plus petiit rigida ratio facit, ut nihil conſequatur.

Eodem modo, ſi juxta petitionē actoris formulam ita dediſſet prætor, ſi paret Titium Calendis Maiis debere centum: & Reus judici approbaſſet, ſed debere ea demum Calendis Auguſti, abſolvendus per judicem erat. Eademq; in reliquis duabus ſpeciebus plus petitionis ratio eſt; neq; plura addo, quod plenius de his *& ad Treutl. part. 1. diſputat. 4. theſ. 13. & Tractat. de Actionib. diſputat. 1. theſ. 4. & ſeqq.* explicavi. Saltem verba hujus textus perluſtremus.

Re, tempore.] Re plus petere accipitur in ſpecie, ut cæteris recte opponatur: cæteroquin latius accepto verbo incipit in cæteras quoq; ſpecies, ut reapſe quantitate plus petatur.

Ante diem vel conditionem.] Equidem ſi ante diem plus petitur, † videtur etiam plus peti, ante conditionem, cum hoc caſu nec nata quidem ſit 2
actio, & necdum aſſcit dies, ſed enim hæc ipſa ratio facit, ut revera plus petere non videatur, cui necdum quidquam debetur, ſed tantum ſpes eſt debitum iri, & necdum obligatio nata ſit, ut dictum ſup. *in §. ſub conditione de verbor. obligat.* Et omnino hoc, de conditione incaute videtur & male huc adjectum eſſe, & eum qui ante conditionem petebat, cauſa tota non cecidiſſe nec rem amiſiſſe, & conditione poſtea exiſtente recte iterum agere potuiſſe.

Ratio enim, cur rem amitteret, qui plus petiiſſet, hæc erat, ut diximus, quod Reus abſolvebatur, & iterum agenti rei judicatæ exceptio obſtabat: quam tum denum obſtare conſtat, ubi actio eadem quæ ante, in judicium deducitur.

Atqui qui ante conditionem agit, cum necdum quidquam debeatur, nihil etiam in judicium deducit, itaque nec poſt exiſtente conditione ſi agat, exceptione rei judicatæ repelli poteſt. Et omnino liquidum eſt, eum amiſiſſe rem & cauſam, qui MALE egerat, & actionem ipſo jure ſibi competentem vitioſe inſtituerat. Atqui qui ante conditionem agit, non male agere, ſed nihil & nulliter agere dicitur: idque confirmat elegans locus in
† *l. un in fin. Quand. dies uſufruct. leg. ced.* Nimirum 3
alia legata vel aliorum legatorum dies ſtatim cedit à morte teſtatoris, etiam ante aditam hæreditatē: ſecus eſt in uſufructu legato, qui cum perſonalis ſit nec tranſeat in heredem legatarii, ejus dies non ſtatim, ſed demum ab adita hæreditate cedit *l. 2 & 3. Quand. dies leg. ced.* Ex quo *in d. l unic. §. ultim.* infert JCtus, ſi is cui uſusfructus legatus eſt, ante aditam hæreditatem, & ita antequam dies eſſet, agat, eum nihil agere: quoniam necdum nata actio eſt, quæ naſcitur demum ubi ceſſit dies *l. cedere 213. de verbor. ſign.* & ſubjicit, *quamvis alias qui ante diem agit, male agat.* Quibus verbis continetur ratio dubitandi, quod regulariter, qui ante diem agat, non nihil agat, ſed male agat, ſed ratio decidendi eſt, quod ut jam dixi, in obligationibus in diem ita ſe res habet, ut nata ſit actio, & ceſſerit dies *d. l. 213. de verbor. ſignific.* ideoque qui ante agit,

actio-

actionem quidem in judicium deducit, ſed quia id ante tempus agit, male agit, & rem amittit. Atqui in uſufructu legato, ante aditam hæreditatem, necdum ceſſit dies, nec adeo cum actio nata non ſit, qui agit, male agere, ſed nihil agere dicitur.

Quæ cum perſpicua ſint, & aperte Juriſconſultus ibi *nihil agere & male agere* inter ſe opponat, apparet omnino male à Goth. ibi particulam *quamvis* pro *quoniam* explicati: quo modo & ſententia Juriſconſulti, & elegantia ejus loci pleniſſime corrumpitur. Recte vero Accurſ. ibi hoc notavit, quod qui ante aditam hæred. uſumfructum petit, nihil agat, quia ipſo jure nullam habeat actionem: eum autem qui alias ante diem agit, habere quidem ipſo jure actionem, ſed quæ repellatur per exceptionem.

Hæc dicenda fuerunt, ut intelligeremus, incaute & male id de conditione incertum fuiſſe. Nec ſatisfacit, imo inſubtile eſt, quod Hottomano. affert, etiam hanc temeritatem actoris qui ante conditionem agit, coercendam fuiſſe. Etenim eſt & ea coercenda, ſed adæquatis modis, de quibus *infra de pœn. tem. litig.* Atqui ut hoc modo coerceatur per amiſſionem actionis, ratio juris non patitur.

Apparet autem ex jam dictis, quam egregie, ignorantia juris veteris labantur Interpp. qui ſcribunt exceptionem plus petitionis fuiſſe proponendam ante litis conteſtationem. Etenim ex ratione veteris juris litis conteſtatio etiam in jure apud prætorem fiebat, antequam ad judicem pedaneum iretur. Atqui, ut oſtendimus, ratio ejus rei, cur actor qui plus petierat, cauſa caderet, in hoc unico poſita erat, quod judex pedaneus, poſtea deprehendebat, allegante id apud eum Reo, aut non tantum, aut non jam debere reum, ut in formula comprehenſum erat, neceſſe habebat abſolvere reum.

Quod ſi actor cognito errore, vel reus apud prætorem allegaſſet non tantum debere, vel necdum deberi, & hoc formulæ inſertum fuiſſet, liberatus erat actor à periculo plus petitionis.

Idque evidenter & eleganter oſtendit *Cicero* l. 4 *de oratore* † quem locum, quia ad hanc rem illuſtrandum mire facit, exſcribere & explicare plenius non pigebit. Potestne, inquit, eos oratores putare, quos iſi ens & ſtomachans expectavit Scævola, cum Hypſæus maxima voce plurimis verbis à M. Craſſo prætore contenderet, ut ei quem defendebat, cauſa cadere liceret. Hæc Cicero. Nimirum non ita bardus Hypſeus ille erat, ut expreſſe id contenderit, ſed effectum rei reſpicit Cicero, quod Hypſeus nomine actoris (nam & qui huic adeſt, defendere dicitur) plus peteret, quam per LL. licebat: id enim mox ipſe ita explicat Cicero, defuit, inquit, illis juris civilis prudentia, quod alter (Hypſeus nempe) plus, lege agendo petebat, quam quantum Lex in XII. Tabb. permiſerat, quod cum impetraſſet, cauſa caderet.

Ait, *cum alter* (nam alterum adjunxerat exemplum, imperiti patroni) qui cum Reo ex cauſa tutelæ in jus vocato, adeſſet, longa oratione, (ſunt verba Ciceronis) recuſavit, ne is pro quo ipſe diceret, turpi tutelæ judicio, atque omni moleſtia ſtultitia adverſarii liberetur.

Scilicet idem hic jocus eſt, & itidem effectum reſpexit Cicero: neque enim palam patronus Rei petiit, ut ne actor cauſa caderet, & ita ne cliens ipſius liberaretur, ſed cum actor plus petiiſſet, patronus Rei imperitia juris lapſus, contendit apud prætorem plus peti, & ita effecit, ut ne in plus formula conciperetur, & ita ne in pœnam plus petitionis actor caderet: ſtatim enim Cicero ſubjicit: alter iniquum putabat, plus ſecum agi quam eſſet in actione, neq; intelligebat, ſi ita eſſet actum, litem adverſarium perditurum.

Qui locus ad hæc quoq; notandus eſt, quod probat contra Hottom. evidenter judicio quoq; bonæ fidei, cujuſmodi eſt judicium tutelæ, plus peti poſſe.

Hæc de eo quod plus petitur quantitate apud Ciceronem.

Eſt apud eundem eodem loco exemplum de eo quod plus tẽpore petitur, in qua re alterius advocati ſtultitiam irridet. Homo inquit, ex numero diſertorum, poſtulabat, ut illi, unde peteretur (qui ſcilicet ante diem conventus erat) vetus atque uſitata exceptio daretur, *cujus pecunia dies veniſſet*, quod petitionis cauſa comparatum eſſe non intelligebat, ut ſi ille infitiator probaſſet judici (ſcilicet pedaneo qui accepta formula cognoſcebat) ante petitam eſſe pecuniam, quam eſſet cœpta deberi, (effectu ſcilicet, nam ante diem pecuniam ipſo jure debitam eſſe, ſed necdum recte peti conſtat) petitor rurſus cum peteret, ne exceptione

 exclu-

excluderetur, quod ea res antè in judicium non veniſſet, ut recte legitur, & male alii expungunt negationem: dum non intelligunt, Ciceronem reſpicere ad formam excipiendi, per modum conditionis, *ſi paret reum dare oportere niſi pactus ſit*, vel, *ſi non pactus ſit condemna.* Ad hunc modum concipiebatur exceptio rei judicatæ: *Si paret reũ dare oportere ſi non prius ea res in judicium venit*, condemna. Ex quo fiebat, ut ſi citra illam clauſulã actor petiiſſet ante diem, reo abſoluto, poſt iterum petens exceptione rei jud. ſubmoveretur, quæ ratio, ob quam plus petens cauſa cadebat, ex iſto Ciceronis loco aperte comprobatur.

Loco plus petitur.] Qui promiſit ſe certo loco ſoluturum alio loco ipſo jure non poteſt conveniri, quia hanc formam ſtipulatio accepit, ut notavimus *ſup. ad § præterea h. t.* Et ſi eo in loco agatur, actio pura & directa eſt, ut mox ſcribit Juſtinian. hic *in verſ. ſi quis tamen*, ſed accidit ut reus in locum illum venire impediatur, poteſt etiam fieri ut malitioſe defugiat locum: itaque ne pereat ſtipulatori actio, permiſit prætor alibi agere, ſed cum commemoratione loci, & ut permittatur arbitrio judicii, quãtum intereſt rei, in loco adjecto pecuniam ſolviſſe, ob quod arbitraria actio appellatur, *d. §. præterea. & h. text. verſ propter.* Quod ſi quis extra locum ſimpliciter & pure egiſſet, cauſa cadebat, quoniam plus loco petebat: & in quo illud plus conſiſtat, & quod adimatur reo utilitas loci, *h. text. verſ. ideo*, ſatis perſpicue explicat Juſtinianus hic & in *verſ. quæ utilitas.* Igitur extra locum utendum eſt actione arbitraria, non pura, quæ duo hic inter ſe opponit Juſtin. ita ut puram explicet, quæ inſtituitur ſine cõmemoratione loci, quomodo & Theophil. hic, quod conciſius dictum eſt, etenim haud dubie intelligit Juſtinianus, mentionem ita faciendam loci, ut ſimul arbitrium æſtimandi quantum debeatur, judici permittatur, ut cavillatio ea ſit Hotomanni, qui ita accipit Theophilum, quaſi exiſtimaſſet ſufficere ſimpliciter ita petere extra locum: *Aio te mihi Epheſi* (ubi extra Epheſium agit,) *centum dari oportere.*

Huic proximus eſt, qui cauſa.] Quod Juſtinian. vocat cauſam, *Paul. 1. ſent. 10.* appellat qualitatem, & rectius ſane dicitur qualitas aut modus, ut docet *l. obl. 44. § modus. 3 de obl. & act.* ſed enim verbo *cauſa* varie utuntur, & non raro abutuntur JCti noſtri, ut *in d. l. 44 in pr.* Hujus plus petitionis, duo exempla aut ſpecies hic proponuntur. 1. Si quis ſtipulatus eſt alternative, decem aut hominem, alterutrum tantum petat: quoniam electio eſt debitoris *l. plerunque 10. §. ult. in fin. de jur. dot.* quæ ipſi hoc genere petendi admittitur, quantum quidem in actore eſt, ubi itaque reus probat judici ſe non hominem præciſe qui ſolus eſt in formula, debere, ſed alterutrum, utrum ipſe velit, abſolvitur à judice, & ita actor ex ratione ſupra dicta, rem amittit. Ex quo ultro patet, ſi quis ita ſit ſtipulatus decem aut hominem, ut ſibi electionem reſervaret, poſſe hunc alterutrum tantum petere *l. ubi 75. §. qui illud 8. de verb. obl.* Cæteroquin ſi electio ſit debitoris, debet petitio quoque eſſe alternativa *h. text. verſ quà de cauſa.* Alterum exemplum eſt, ſi quis ſtipulatus in genere, hominem certum petat: cujus eſt eadem ratio: quoniam obligatio generalis & alternativa conveniunt in hoc, quod electio eſt debitoris: & qui in genere debet hominem, quem velit ipſi ſolvendo liberatur *l. 4. de trit. vin. leg.* itaque qui hominem certum petit, electionis utilitatem adimit Reo, & ob id plus petere dicitur. Plus autem hac in re æſtimatur non tantum ex valore & æſtimatione, ſed etiam ex facilitate ſolvendi, & quod addo, ex affectione debitoris. Quid enim ſi hominem ſtipulatus, petat filium naturalem debitoris? Et ad prius illud pertinet, quod in extremo hujus textus ſcribit Juſtinian. licet illud quod petit actor vilius, vel imo ſit viliſſimum, tamen intelligi plus peti, quia forte facilius ſit ſolvere illud, quod eſt majoris pretii. Et huc refert Theophi. quod de vino Campano petito ſcribit hoc loco Juſtinianus, quod ipſe peſſimum vinum eſſe ait. Sed turpiter lapſus † eſt: quoniam imo in *præcedd.* 5
ante *verſ. ultim. quin etiam*, quem declarationis loco adjecit, exempla proponere voluit Juſtinian. quibus in ipſa æſtimatione plus eſt: cæteroquin inepte demum poſt eam declarationem adjeciſſet: tum etiam refutatur altero exemplo purpuræ Tyriæ, quæ precioſiſſima fuit, ut intelligere licet ex 4
Plinio 5. cap. 19 & 21. cap. 8 & ridiculus eſſet, qui ſimpliciter agens de plus petitione, proponere exempla petitæ rei vilioris. Denique ipſa rei veritate confutatur, quod conſtat Campanum vinum in primis habitum, ut apparet ex *Plin. l. 3. c. 5.* & quod *Florus lib. 1.* in Campania ait eſſe amictos vitib montes, Gaurum, Maſſicum, Falernum, quæ vina notiſſimis etiam poetarum & in primis Horatii verſibus ſunt laudata, & quis neſcit, celebratiſſimam tota Italia fuiſſe Campaniæ oram. Sed cur *in verſ. huic autem*, ei qui loco plus petit, dicitur proximus eſſe qui cauſa plus petit? An reſpectu ordinis, qui

in pr.

in pr. § proponitur: an quod utrobique utilitas admittitur directo, illic loci, hic cauſæ vel qualitatis?

TEXTUS.

31 Sed hæc quidem ante in uſu fuerant: poſtea vero Lex Zenonis & noſtra rem coarctavit. Et ſiquidem tempore plus fuerit petitum, quid ſtatui oporteat Zenonis divæ memoriæ loquitur conſtitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, ſi quod forte damnum ex cauſa hac acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commiſſa tripli condemnatione, ſicut ſupra diximus, puniatur.

COMMENTARIUS.

Diximus cauſam, ob quam plus petens cauſa olim cadebat, fuiſſe a ratione formulæ quam dabat prætor, & quam judex quo ad rem, aut ſummam petitam, vel modum ſequi neceſſe habebat, & ſi deprehendebat actorem in eo peccaſſe, abſolvere reum. Itaque mutata ea ratione procedendi, non immerito pœna plus petitionis ceſſavit. Et fuit tamen hæc ratio mera juris ſubtilis & poſitivi. Ceteroquin potuiſſet etiam ſalva actione, quam actor male inſtituit, reus ab inſtantia abſolvi, ſtante illa ratione procedendi. Et rurſus ſublata quoque ea potuit diſponi, ut qui plus petierat cauſa caderet. Et ſane id fateri oportebit, ſi uſque ad Zenonem ea pœna plus petitionis duravit, quoniam jam longe ante Zenonis tempora deſierunt judicia cum formulis iſtis veteribus dari, ſalva tamen manente pœna juris veteris ſuper plus petitione. Diſplicuiſſe id Zenoni & mutatum fuiſſe ſi quis plus tempore petiiſſet, docet *hic §. & § temporales 10. infr. de exceptionibus & l 2. Codic. de plus petit.* (quæ tamen à Neotericis demum reſtitura eſt, de qua Cujac. 12 *obſ. 21.*) Quæ Zenonis conſtitutio non extat; nam quæ ſub ejus nomine exſtat in novis editionibus, in *l 1. Cod. de plus petit.* epitome tantum eſt, quam ex Baſilicis eruit Cujacius 12. *obſ.* 21. Mirum autem ſit, ſi pœnam veterem plus petitionis in ſtatu ſuo reliquit, ſi quis plus re, loco, aut cauſa petiiſſet, imo plane id improbabile eſt, utcunque id affirmet Cujacius d. loco. Minus enim videtur peccare, qui cauſa plus petit, quam qui tempore; & procul dubio nimis, illa ſubtilis ratio juris diſplicuit Zenoni, & pœna vetus amiſſionis cauſæ, æquo gravior ei viſa fuit; ut vero ſimile ſit, pœnam plus petitionis in totum per eam abrogatam fuiſſe: quamvis ſane alio vocet, quod Juſtin. dum hac de re tractat, tantum meminit plus petitionis tempore: quod ego quidem in medium relinquo, cum nihil certi affirmare poſſim. De pœna tripli in ſportulis ſi actor plus petierit, ut reus majores ſportulas ſolvere cogeretur, dictum eſt in §. *tripli ſup. h. t.* ubi diximus id procedere, ubi ſciens prudens id egit actor; ut hic quoque mitius cum eo agi appareat; nam olim etiam erroris hanc pœnam fuiſſe, ut actor cauſa caderet, quæ hactenus diximus evidenter oſtendunt. Hic autem §. docet, non tantum pro ſportulis eſſe eam in triplum actionem, ſed pro omni damno, quod reus paſſus eſt, ob vitioſam petitionem: nec tantum ſi plus Re petitum fuerit ſed etiam, ſi loco & cauſa. Quod ſi pœnam illam tripli reſtringimus ad fraudulentam petitionem, illud utique admittendum erit, quod qui citra dolum id fecit, ad ſimplum reſtituendum teneatur. De pœna ejus, qui plus petiit, ex conſtitutione Zenonis, pluribus tractat Juſtin. in *d § 10. infr. de exceptionibus.*

TEXTUS.

32. Si minus intentione ſua complexus actor fuerit, quam ad eum pertineat: veluti ſi cum ei decem aurei deberentur, quinque ſibi dari oportere intenderit: aut ſi cum totus fundus ejus eſſet, partem dimidiam ſuam eſſe petierit; ſine periculo agit; in reliquum n. nihilominus judex adverſarium eodem judicio ei condemnat, ex divæ memoriæ Zenonis conſtitutione. Si quis aliud pro alio intenderit, eum nihil periclitari, placet, ſed in eodem judicio cognita veritate errorem ſuum corrigere ei permittitur, veluti ſi is, qui hominem Stichum petere debebat, Erotem petierit, aut ſi quis ex teſtamento dari ſibi oportere intenderit, quod debebatur ex ſtipulatu.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo eodem judicio poſſit condemnari reus juxta hunc. §.*

Digitized by Google

QUod minus peti dixerat mox explicat tantum de eo qui minus re vel quantitate petiit; quod exempli quidem cauſa tãtum dictum accipi poſſit; ſed revera ita eſt, ut hæc una ſit ſpecies minus petitionis. Nam nec loco nec cauſa minus peti poteſt; & licet, qui poſt tempus elapſum petit, eo reſpectu minus peti videri poſſit, quod ſi ante & ſuo tempore petiiſſet, commodum & utilitatem ex re ſoluta percipere potuiſſet, tamen eo reſpectu non cenſetur petiiſſe minus, ut amplius petere poſſit; Utique quo ad ipſum illud quod debetur; Ceteroquin ſane ex mora debentur uſuræ, itaque ſicut qui tardius ſolvit tenetur ad uſuras, ita &, qui tardius petit, conſequitur uſuras; petere enim hic intelligimus, inſtituto judicio petere, mora autem per interpellationem quoque extrajudicialem contrahitur: ſed & aliquot ſunt caſus, quibus citra interpellationem ex Re, & ſolo tempore tardæ ſolutionis mora contrahitur; & uſuræ debentur. Sed ut de caſu hujus §. agamus liquidum id eſt, ſine periculo minus peti; nam & cuilibet liberum eſt, actionem dividere, & partem petere ſalva actione quod ad alteram partem; idemque eſt, ſi per errorem partem tantum petierit; ceſſat enim hic ratio, quæ inducebat effectum eum, ut plus petens cauſa caderet; quia ut maxime, quo ad eam partem abſolutus fuiſſet reus, aliam tamen partem petendi actori, non poterat obſtare exceptio rei judicatæ, cui locus non eſt, niſi ubi idem in judicium deducatur. Sed illud obſervandum, quod ait Juſtinianus, quod licet † quis minus petierit, vid. per errorem, tamen judex adverſarium condemnet in ſolidum *eodem* judicio. Cum enim judex non poſſit divinare, præſupponi utique oportet, quod actor cognito errore totum ſibi adjudicari petierit & ita petitionem libellumque mutaverit. Hac in re vulgo DD. laborant, quibus communiſſime placuit, poſt litem conteſtatam libellum in eſſentialibus (eſſentialis autem pars eſt libelli res ipſa petita) mutari non poſſe. Itaque aliqui ad tempus litis necdum conteſtatæ hunc §. reſtringunt; (quod non patitur generalitas textus) alii cũ Accurſio *eodem judicio* explicant, ut ſit, coram eodem judice, eodemque actore & Reo. Et nimirum illud certum eſt jure veteri cum adhuc darentur judices, coram eodem judice iſtam mutationem fieri non potuiſſe: nec judicem ita datum, *pares Caium decem debere, condemna*: in viginti cõdemnare potuiſſe; Sed novo judicio & nova interpellatione & formula pro reſiduis decem opus fuiſſe, ex certiſſima ratione, quod judex extra formulam nõ poterat judicare, & per textum in *l. non poteſt* 23. *de judic.* Idque & magis in ſpecie ſeq. ſi quis aliud pro alio, & ex falſa cauſa petiiſſet; nam & res petita, & cauſa petendi formulæ inſerebatur. Id poſtea mutato jure veteri, poſtquam ipſi magiſtratus ceperunt judicare, & ipſum non immerito ſublatum fuit, & per quandam conſequentiam; quorſum enim opus ſit nova interpellatione ſpeciali, cum hic ipſe magiſtratus, qui aditus eſt ſuper parte, neceſſario & ipſe de altera parte judicare debeat. Sed illud ſaltem dubium eſt, quomodo poſſit cenſeri idem judicium, ubi nova eſt petitio, & res alia & conſequenter alia quoque litis conteſtatio: (Etenim haud dubie ſententia eſt hujus §. quod etiam poſt litis conteſtationem error mutari poſſit) quæ dubitatio augetur, in caſu, qui ſequitur *h. textu*, ſi quis aliud pro alio petierit, vel falſa cauſa, poſſe eum eodem judicio errorem mutare. Utique enim ubi quis petiit hominem, poſtea bovem petit, aut pecuniam, nova reſponſione rei opus eſt, & contradictione. Juſtinianus hoc acceptum refert conſtitutioni Zenonis, ex qua, niſi periiſſet, certius hac de re ſtatuere poſſemus: haud dubie ſane hanc poteſtatem Legiſlator judici facere poteſt: Sed mutare naturam rerum non poteſt, ſi rem ſubtilius tractamus, ſi, quod res ipſa loquitur ex nova litis conteſtatione & nova petitione, judicium proprie acceptum variari & mutari dicimus; quoniam ex his quoque conſtituitur judicium, &, ſi haud dubie revera nova petitio eſt, ubi quis pro Sticho petito jam equum petit, aut aliam cauſam petendi proponit, &c. fieri non poteſt, ut idem omnino ſit & maneat judicium. Sed nimirum paulo latius verba *eodem judicio* accepit Juſtinianus, & quoniam citra interruptionem eadem tractatio continuatur, & petitio itemq; contradictio ſecuta in locum præcedentis ſubrogantur, eodem judicio id fieri non male dixit. Et ita ſi ſubtiliter conſideramus identitatem, vel duplicitatem judicii, vera eſt DD. ſententia, quod poſt litem cont. ſalvo eodem judicio libellus mutari non poſſit. Sed falluntur, ſi dimittendum & de novo citandum reum arbitrantur: id tamen forte ei petenti dandum eſt, ut à priori petitione abſolvatur; quod tamen minime neceſſarium crediderim.

Explicatio autem Accurſii, paulo ante relata, *eodem judicio* pro *eodem judice* huic loco accommodari non poteſt, quoniam ait Juſtinian. quod judex

dex adverſarium eodem judicio condemnet; & non tantum, quod judex idem eſt, ſed & alia faciunt, ut eodem judicio res peragi videatur. Videntur inſuper duo nævi *h. textu* notandi. Primus, quod Juſtinian. cum dixiſſet, eum, qui minus petat, ſine periculo agere, ſubjicit pro ratione, *in reliquum enim, &c.* Verum ſane eſt eum agere ſine periculo, qui eodem judicio conſequitur, ut Reus in ſolidum condemnetur. Sed hæc non eſt vera ratio, cur, qui minus petit, ſine periculo agat: Sed hæc, tū quod quilibet actionem dividere poſſit; tum quod aliam partem petens, non poſſit repelli per exceptionem rei judicatæ.

Alter nævus eſt in *verſ. ſeq.* Quod Juſtinian. proponit de eo, qui aliud pro alio petit, & ejus duo exempla ſubjicit, ſi quis pro Sticho petierit Erotē; & ſi quis ex teſtamento petierit, quod debebatur ex ſtipulatu.

Neque enim hoc caſu aliud pro alio, ſed idem ex alia cauſa petitur: veluti ſi quis ex teſtamento tamquam ſibi legatum petat Stichum, quem ſtipulatus erat ſibi dari. Vidit hoc Theophilus, qui (nimirum ut juvaret Juſtinianum) τὸ (aliud) aliud pro alio, *ἁμαρτάνεται τρόποις δύο, ἢ πράγματι ἢ αἰτίᾳ.* In petitione alterius pro alio dupliciter peccari Re & cauſa, ſed hæc enim ingens abuſio eſt, ut ubi res eadem ex alia cauſa petitur, aliud pro alio peti dicamus. Ego crediderim Juſtinianum in *princ. verſ ſive §. ſi quis aliud* minus ſcripſiſſe quam ſenſiſſe, & ſubintelligendum, vel ſupplendum, *ſi quis aliud pro alio, vel ex alia cauſa, &c.* Etenim his quoque caſibus jure veteri ſine periculo agebatur, & peccabatur; quoniam agenti poſt ex nova cauſa, aut aliud petenti non poterat obſtare exceptio rei judicatæ: ſed tamen, ut ſupra monuimus, alia petitione alioque judicio opus erat. Peccabatur nimirum ſine periculo plus petitionis; nam impenſas quas Reus ob vitioſam petitionem facere coactus erat, ipſi hic quoque refundendas fuiſſe, extra controverſiam eſt.

TEXTUS.

33. Sunt præterea quædam actiones, quibus nō ſemper ſolidum, quod nobis debetur, perſequimur, ſed modo ſolidū perſequimur, modo minus; ut ecce ſi in peculium filii ſervive agamus. Nam ſi in peculio nō minus ſit, quam perſequimur, in ſolidum dominus paterve condemnatur; ſi vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex quatenus, in peculio ſit. Quemadmodum autem peculium debeat intelligi, ſuo ordine proponemus.

COMMENTARIUS.

OCcaſione ea, quod paulo ante de eo actum eſt, qui minus petit, ſubjectum fere putant interpp. eſſe quaſdam actiones, quibus minus perſequimur, ita, ut maxime velimus, ſolidum conſequi non valeamus. Quod videtur nimis affectatum, & alienum a mente Juſtiniani; qui imo occaſione ea quod dixerat de eo, qui plus petat, eum olim cauſam amiſiſſe, & hodie in triplum damni, quod Reo dedit, condemnari, ſubjecit, eum, qui minus petit, extra periculum eſſe, & ab iſtis pœnis immunem. Forte quis dixerit, redire hic Juſtinianum ad tractatum, quem in §. *curare & ſeqq.* interruperat, & unam adhuc proponere diviſionem. Tota quippe hujus tit. tractatio abſolvitur in proponendis diviſionibus actionum, uſque per exempla breviter illuſtrandis.

Et ergo quibuſdam actionibus ſolidum conſequimur, quibuſdam non conſequimur: rectius enim forte hic eſt, verbum *conſequimur* quam *perſequimur*.

Etenim ipſo jure licet ſit reus obligatus, & ita actio in ſolidum moveri ipſo jure poſſit, tamen condemnatio non ſit in ſolidum, ut in § *ſeqq* loquitur Juſtin. nec dubium eſt eos, qui exceptionem competentiæ habent, ut loquuntur, de quibus in *ſeqq.* ipſo jure in ſolidum teneri, cum, ut maxime in minus condemnati ſint, in reſiduū tamen ſalva maneat contra eos actio. In prima tamen ſpecie, quæ hoc §. proponitur, actionis de peculio, ſecus ſe habet; quę ſua natura tantum datur, quatenus eſt in peculio; cujus rationem dedimus in §. *actiones* 10. *ſup. h. t. & agemus pluribus infr. tit ſeq.*

TEXTUS.

37. Item ſi de dote, judicio mulier agat, placet eatenus condemnari debere maritum, quatenus facere poſſit; id eſt, quatenus patiuntur ejus facultates. Itaque ſi dotis quantitati facultates ejus concurrant, in ſolidum damnatur; ſi minus, in tantum quantum facere poteſt; propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur.

Digitized by Google

accipiendum eſt, ut tamen aliquid ei relinquatur ad alimenta neceſſaria. Generale enim eſſe puto, nec ad ſolum donatorem reſtringendum, quod eſt in *l. inter 19 inf. de re iud.* non totum extorquendum eſſe reo convento, ſed ipſius rationem habendam ne egeat, quod in genere expreſſum eſt in *l. in condemn. 173. de R. I.* & notant comm. Interpp. hic cum ceteri debitores etiam uſque ad peram & ſacculum, ut loquuntur, executiantur; nec niſi miſericordiæ cauſa ipſis aliquid relinquatur *l. qui bonis 4 de ceſſ. bon.*

Propter retentionem quoque.] Multa hic quærenda & explicanda occurrunt. Et 1. an & quid dif-
4 fert † retentio à compenſatione, de qua in §. penult. nominatim & ſeparat agit, cum hoc loco tantum fatit mentionem retentionis. Deinde, quid ſit, minui repetitionem dotis; an mulier minus petere debeat, ipſo jure imminuta actione, an per objectam exceptionem minoris condemnetur maritus. Tertio cur dicat Juſtinianus, marito conceſſam eſſe Quaſi retentionem. Et denique ob an ſumptus tantum & hos neceſſarios tantum repetitio dotis, vel condemnatio minuatur: cum præſertim nos ad Pandectarum libros remittat. Vereor ne nimis ſimus religioſi an potius ſuperſtitioſi, dum ſingulorum etiam verborum rationes reddere, præſertim in textibus & reſponſis, aut deciſionibus Triboniani, nimis anxie laboramus. Et ex Digeſtorum libris, videlicet *l. 5. de impenſ. in res dot. l. 56. § 3. de iure dot.* diſcimus, quod per impenſas neceſſarias dos ipſo jure minuatur, adeo ut etiam fundus deſinat eſſe dotalis, ſi per partes tantum ſit impenſum quanti eſt ipſe fundus. Quod ſi ita eſt, cum, vel maxime ea proprie & *κατ' ἐξοχὴν* ſit compenſatio, quæ facit ut ipſo jure actio minuatur, & debitum contribuatur hinc inde, neceſſario ſequitur, quod ob neceſſarias impenſas compenſationi vel maxime ſit locus.

Et videtur vero iſte caſus huc non pertinere, nec ad hanc materiam, qua juxta *hunc* §. minus per actionem conſequatur quis, quam ſibi debetur: ſiquidem ipſo jure minuto debito, minus eſt in actione, nec amplius totum debetur.

Quod fere non obtinet, niſi ubi invicem quãtitate debentur; quem caſum & pecuniæ in dotem datæ, non tractare Juſtinianum hoc loco, ex eo apparet, quod ſumtuum factorum meminit: & quamvis, ut diximus impenſæ neceſſariæ ut fundus deſinat eſſe dotalis, efficere dicantur *d. l. 5. de impenſ. in res dot.* id tamen non ſimpliciter nec ita procedere poteſt, ut nullo modo actioni de dote ſit locus, ſed officio & cognitione judicis erit opus, ob incertam ſpecierum & corporum æſtimationem: & utique ubi minus eſt impenſum, quam quanti fundus eſt, neceſſario ad judicem perveniendum eſt, & tum retentione marito conſuli veriſſime dicitur, juxta *d. l. 5.* ubi ICtus ait maritum manere in detentione fundi dotalis, donec ipſi ſatisfiat.

Et an forte ideo appellatur *quaſi retentio*, quod impenſæ neceſſariæ faciunt, ut ipſo jure minus debeat maritus, ſed qualitas rei debitæ facit, ut jus ſolum, citra judicem effectum compenſationis inducere non poſſit.

Itaque ſi totum fundum petat mulier, non cenſebitur male egiſſe, aut plus petiiſſe; non vero ideo quod in bonæ fidei judiciis non ſit locus plus petitioni ut erroris ſui memor ſcribi. Hottom. hic. Et huic ſini nos remiſiſſe Juſtinian. intelligendus eſt ad latiores Pandectarum libros, ut intelligeremus, quid juris eſſet circa neceſſarias impenſas; nam quod ad utiles att net, jus vetus mutavit Juſtinian. in *l. un. §. taceat 5 cum § ſeq. C. de rei ux. act.* & retentionem ob eas marito negavit; qua de cauſa etiam neceſſariorum tantum ſumptuum h. §. meminiſſe videtur; aut forte propterea, quoniam ob utiles impenſas non omnimodo marito, nec olim retentio dabatur, per *l. impenſa 79. de V. S. & l. utilium 8. de impenſ. in res dot.*

TEXTUS.

35. Sed & ſi quis cum parente ſuo patronove agat, item ſi ſocius cum ſocio judicio ſocietatis agat, non plus actor conſequitur, quam adverſarius ejus facere poteſt. Idem eſt, ſi quis ex donatione ſua conveniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Socio an competat hoc beneficium.*
2 *An etiam patri.*

HOc connectendum erat cum *princ. §. præced. Idem ſi de dote*; ſicut ob reverentiam quam debet marito, uxor eum in ſolidum exigere non poteſt; ita ob eandem cauſam, pater patronuſve, à filio

aut liberto conventi, non in ſolidum, ſed in quantum facere poſſunt, condemnantur, *l. ſunt qui 16. in f. cum l. ſeq. de re jud.* Et etiam addunt rationem Dd. quod cum filius & libertus teneantur alere parentem & patronum, competat ipſis exceptio, dolo facis, qui petis, quod reſtituturus es. Hoc enim præſtat id beneficium reo convẽto, ut ei relinquatur aliquid ad alimenta neceſſaria; quæ cum patri teneatur præſtare filius, utiq; non poterit ipſum exe tere in ſolidum. Eandem ex hac cauſa, ſtatuunt ex diverſo rationem Dd. ſi filius v.c. emancipatus à patre conveniatur.

Item ſi ſocius cum ſocio.] Hoc non ob reverentiã, quam alter † alteri debeat, ſed ob conjunctionem quandam & affectionem perſonarum, & quaſi fraterni atem quam inducit communio *l. verbum 63 in pr. pro ſocio.* ubi vulgo duo inter ſe juris loca committuntur in *d. l. 16 de re iud & d. l. 63.* Illa hoc beneficium ad ſocium univerſorum bonorum reſtringere videtur: hæc etiam particulari ſocio id facit commune. Cum utrumq; reſponſum ſit Ulp ipſe utique ſecum non pugnabit. Ne multis agam, puto hæc non improbabiliter ita componi poſſe, ut Ulp. in *d. l. 16. de re iud.* accipiatur de iis terminis, quib. omnimodo hoc beneficium competit, quod ita regulariter obtinet in patrono & parente ex quacunq; cauſa conveniãtur, quin & in marito, licet extra cauſam dotis conveniatur, ut expreſſum eſt, in *l. non tantum 20. de re iud.* ex quo loco § *preced in pr.* ſupplendus eſt. Et ergo regulariter ita obtinet, ut beneficium hoc in quibuſvis actionibus civilibus habeat locum. Qui termini ſi poni debent in ſocio oportet neceſſario ponere ſocium cum quo non omnia omnino fuerunt communia, ut extra actionem pro ſocio aliis actionibus poſſit eſſe locus, quod non eſt in iis qui omnium omnino bonorum ſocii ſunt, inter quos non niſi actio pro ſocio dari poteſt. Itaq; dum in *d. l 16.* tantum ſocio univerſorum bonorum videtur dari hoc beneficium, nõ intelligi debet excluſus caſus, quo cum ſocio particulari pro ſocio agitur, ſed quo ex aliis cauſis ſocius convenitur; nam & Juſtin. hoc §. diſerte ſcribit, tum demum ſocio hoc dari beneficium, ſi cũm eo agatur judicio ſocietatis. Sunt aliæ duæ hujus rei explicationes Dd. in *d. l. 16. de re indicata, & in d l. 63 pro ſoc.* Prima ut in *d. l. 16.* ſubaudiatur particula *maxime.* Altera, ut diſtinguatur inter ſocietatem particularem. Eſt quædam unius tantum negotiationis; eſt alia partis v.c. dimidiæ bonorum; quin & ſocietas omnium bonorum, quæ ex quæſtu veniunt, poteſt dici particularis, ſi conferatur, cum ea in qua etiam veniunt, quæ ex cauſis lucrativis adquiruntur, de qua in *l. 3. §. 1 ſi ſocietatem §. 1. pro ſocio.* In duabus poſterioribus ſpeciebus habebit locum *dict. lex 63. in princ. pro ſoc.* non in prima, utcunque actio pro ſocio inſtituta proponatur: nam & hic ceſſat ratio *dict. leg 63.* ſiquidem per tam levem ſocietatem ſingularis negotiationis, & parvum duraturæ argum. *princip. ſup. de ſocietat.* non poteſt dici contracta fraternitas.

Et an igitur frater quoque conventus à fratre † gaudebit hoc beneficio? ſimpliciter affirmat Hotr. poſt *Ioh. Fab. Cynum & alios* quos refert *Iaſon l hic numer. 4.* ubi itidem refert *gloſſ. & Bart.* contrarium tenentes. Pro priori opinione facit ratio *d l. 95.* nam propter quod unumquodque eſt tale, illud magis eſt tale; & cum igitur ex hac ratione ſocii utantur hoc beneficio, quod ſint inſtar fratrum, etiam & magis veri fratres eodem utentur. Facit ratio ſupra dicta, quod quiſquis ab alio alendus eſt, is hoc beneficio gaudere debet; frater autem à fratre alendus eſt, quod quidem tenent *gloſſa relata à Iaſone* hic, quas limitat Angel. in fratribus utrimque conjunctis; quin ex ratione juris noſtri videatur ſufficere quod frater ſit conſanguineus, quippe cum & ſorori tali danda dos, eſt argument. *l. cum plures 12. §. 3. de adminiſtr. tut.* & de alimentis idem bene probat (cum & argumentum à dote ad alimenta valeat) *l. 4. ubi pup. educ. deb.* Sed iſta pluribus perſequi non eſt hujus loci.

Si quis ex donatione.] Propria hic ratio eſt, quod ingratitudinis ſpeciem ſapiat, ita ſevere & rigide cum eo agere à quo quis beneficium accepit, *l. & exhær. 46 cum l. ſeq de re iud* & quidem hac ipſa actione, qua beneficium perſequitur. Ex alia enim cauſa ſi conveniatur, qui donavit, hoc beneficium non habebit: At enim expreſſe Juſtinian. ſi conveniatur ex cauſa donationis, poſt Juriſconſultum in *l. inter 19 § 1. de re judic* Et hoc amplius habet donator, ut cum ceteris conventis non deducatur, ſi quid forte aliis debent, id tamen deducatur convento donatore *d. l 19. §. 1* Atque ita in donatione pura, ſecus in donatione ob cauſam, de quo v. *Iaſon hic n. 8.*

T E X T U S.

36. Compenſationes quoq; oppoſitæ plerũque efficiunt, ut minus quiſq; cõſequatur, quam

quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo, habita ejus ratione, quod invicem actorem ex eadem cauſa præſtare oportet in reliquum eum cum quo actum eſt, judex condemnat, ſicut jam dictum eſt.

Commentarius.

1 *Iuris compenſandi & retinendi differentia.*

HIc locus cum §. *Item ſi de dote. inf.* conjungendus erat; tractat enim eandem materiam cõpenſationis ſive retentionis; diximus enim ad d. §. retentionem magis hic intelligi quam compenſationem quæ ipſo jure minuat actionem; hoc enim caſu, qui totum peteret male peteret, & adeo *hic* §. omnino pertinet ad caſum, quo compenſatio inducitur per exceptionem; & ob id verbum *oppoſita*, proprie hic uſurpatur; Ceteroquin ut diximus ad § *in bona* 30. *ſupr. h. titul.* etiamſi compenſatio ipſo jure operetur, id tamen allegandum eſt judici. Poſtquam tamen ſublata eſt pœna pluſpetitionis, & actor amplius cauſa non cadit, ſed tantũ ſi quod exinde reus damni paſſus eſt, reſarcit, recte ſub hunc §. refertur etiam caſus, quo utrinque quantitates debentur; ut nimirum ſi actore petente decem, reus objiciat ſibi deberi quinque, in quinque tantum condemnetur. Utcunque enim ipſo jure imminutam dicamus actionem, quia tamen judex ignorat, quid utrimque debeatur, objiciendum id eſt in judicio; & hactenus ſapit ſpeciem exceptionis, quamvis ſi poteſtatem juris & effectum conſideremus, ſit nuda allegatio, quam exceptionem intentionis & facti appellant Dd. ut perinde ſit, ac ſi quis quinque ſolviſſe, aut accepto ſibi lata objiciat, ſed cur ait Juſtin. *plerumque?* An forte quia ſi objectio ſit non ſatis liquida, nec debitum ſatis probatum, judex non audit eam allegationem, ſed reum condemnat, ſalva ipſi actione propria, quam apud judicem poſtea inſtituat; an potius hoc dicit propter actionem depoſiti, cui vetat objici compenſationem in § *in bona* 30. *ſup. h. t.*

Ex bono & æquo.] Hinc notat Hotom. hoc ex eo deſcriptum, qui ne bonæ fidei judiciis egerat. Sed enim docet *d.* § *in bona ſup h. t.* quod poſt reſcriptũ Marci, oppoſita exceptione compenſatio in ſtricti juris judiciis fuerit admiſſa; atque effectu hactenus illa qualitas quæ bonæ fidei actionum propria erat, ſtricti juris quoque judiciis communicata fuit, & Marcus cenſuit, bonum æquum eſſe, ut reus his quoq; judiciis conventus objicere poſſet compenſationem.

Ex eadem cauſa.] Gloſſa notat id hodie ſecus eſſe poſt §. *in bona ſup h. titul.* Sed ita arguitur ſocordiæ Tribonianus Jaſon poſt *Nicol. de Neapoli*, ita hæc explicat verba, ut ſignificent, deberi utrimque quantitatem; quæ explicatio à verbis eſt aliena. Puto Juſtinianum caſum eum notare voluiſſe, quo maxime compenſatio locum habet, & evidentior eſt æquitas. Et exiſtimo, hoc caſu nullam eſſe exceptionem, nec quidem in depoſito; etenim & depoſitarium ob impenſas neceſſarias in depoſitam rem factas, compenſationem objicere poſſe deponenti, qui repetit rem † depoſitã probavi ad *Treutl.* 1
diſputat. de compenſat. ſive id compenſationem ſive quis retentionem dicere malit; inter quæ alias hæc videtur eſſe differentia; quod retentio proprie & in ſpecie eſt, ubi quis quod alterius eſt, penes ſe habet, & illud retinet, donec de eo quod ſibi deberi prætendit, ſatisfiat; Ceteroquin ubi mutuæ ſaltem obligationes ſunt, proprie retentio non eſt, niſi in genere, quis ita appellet, ubi quis propter mutuum debitum non ſolvit, quod ipſe debet, quæ proprie eſt compenſatio.

Contingit autem ſæpe, ut quis & rem alterius penes ſe, & ſimul dominum aut eum qui jus repetenti habet, propria actione habeat obligatum: qualis eſt maritus qui in dotem fecit impenſas juxta *l.* 5. *de imp. in res dot.* & quiſquis ex alia juſta cauſa rem alterius voluntate ejus penes ſe habet, & in eam impendit, vel damnum per eam paſſus eſt, ita ut contrario judicio agere poſſit: quo pertinet *l in rebus* 18 §. *ult. Commod.* ubi ICtus ait, quidquid contrario judicio conſequi poſſum, id me ſalvum habere poſſe jure compenſationis ſi recto judicio mecum agatur.

Aliquando autem retentio ſola eſt: veluti ſi quis in rem alienam à ſe poſſeſſam (maxime bona fide) impenſas ſuo nomine fecerit: quem pro impenſis actionem non habere vera ſententia eſt *l Paulus* 14. *de doli mali exc. l. ſi in* 33 *de condict. indeb. l. in hoc* 14. §. 1. *verſ diverſum: comm. divid.* Sed ſi poſſideat retinere poteſt rem, dum ſibi pro impenſis ſatisfiat *dd. l. ex tribus &* § *diverſo* 31. *ſup. de rer. diviſ.* Sed ut eo redeamus unde digreſſi ſumus, cum deponenti poſſit objici compenſatio ex eadem cauſa, ſequitur omnino (quia deponenti compenſationem objici prohibuit Juſtin.) non tantum ex eadem cauſa, ſed ex diverſa quoque eſſe locum: & nec olim

Nnnnn 2 fuiſſe

Digitized by Google

fuiſſe dubito, cæteroquin anguſtiſſimis finibus concluſum fuiſſet jus compenſationis: Id vel diſcere licet ex *Seneca 6. de benef. cap. 4.* Debitori ſuo inquit, creditor ſæpe damnatur, ubi plus ex alia cauſa abſtulit, quam credito petit.

Non tantum inter creditorem & debitorem judex ſedet, qui dicat, pecuniam credidiſti. Quid ergo? pecus abegiſti, ſervum ejus occidiſti, agellum quem non emeras, poſſides: æſtimatione facta debitor diſcede, qui creditor veneras. Ex quo ſimul & hoc noto, quod proprie loquendo aut jus compenſat aut judex, reus proprie non compenſat, ſed cauſas allegat compenſationis. In *fin.* §. variat lectio: vulgatæ editionis legunt: *præſtare oportet, in reliquum eum, cum quo actum eſt, condemnat.* In manuſcriptis pluribus ita legi *condemnari placet*, Ruſſard. & Pacius teſtantur: lectioni vulgatæ ſi addes verbum *judex*, quod fecit Contius, expedita res eſt: nec opus eſt legere cum Hottom. quem Criſpinus & Pacius in editione quæ volgo manibus teritur ſequuntur, *poterit judex condemnare*: quinimo vitioſam lectionem facit verbum, *poterit*: neq; enim hoc in arbitrio judicis poſitum eſt, ſed debet ille compenſationis objectæ, ubi debitum certum eſt habere rationem.

TEXTUS.

37. Cum eo quoque, qui creditoribus ſuis bonis ceſſit, ſi poſtea aliquid adquiſiverit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere poteſt, creditores experiuntur: inhumanum enim erat ſpoliatum fortunis ſuis in ſolidum damnari.

COMMENTARIUS.

NEgligenter valde iſtam materiam tractaſſe videtur Tribonianus. *In § Item ſi 37.* tractat caſum, quo minuitur actio per exceptionem quam vocant competentiæ, mox *in verſ. propter*, cum caſū, quo minuitur ob retentionem, ſive compenſationem. Inde rurſus *in §. ſed & ſi* redit ad eos qui conveniuntur ſolum in id quod facere poſſunt, & cum iterum interjeciſſet aliud §. de compenſatione, hoc §. *ult.* aliud adhuc exemplum ejus debitoris proponit, qui non ultra quam facere poteſt condemnatur. Cauſa hujus beneficii eſt miſeratio, ne iterum in ſolidum excutiatur, qui ſemel omnibus ſuis bonis ceſſit, ut hoc loco in extremo Juſtin. ſcribit.

Illud autem ex hoc §. evidēter probatur, quod poſt ceſſionem nihilominus adhuc obligatus in reſiduū maneat debitor, & quidem, cum efficaciter rurſus conveniri poſſit, naturaliter & civiliter, quod communiter probari a Dd. teſtatur *Iaſon. contra gl.* quæ per ceſſionem putant tolli civilem obligationem. Præter rem autē̄m eſt, quod Interpp. hic tractant materiam ceſſionis. Unum adhuc genus perſonarum eſt, quibus hoc beneficium competit, ſpeciali favore & privilegio nimirum milites armatæ militiæ *l. miles 6. in pr. & l. item 18. de re judic.* Eſt autem in univerſum privilegium hoc plane perſonale, quod nec heredibus datur *l. ſciendum 25. de re jud. l. maritum 12. l. rei 15 ſolut. matrim.* nec fidejuſſoribus *l. etſi 24 de re judic.* Ex quo efficitur, ut ubi fidejuſſor datus eſt, hoc remedium ſit fere inutile debitori, quoniam fidejuſſor in ſolidum exactus, itidem in ſolidum exiget actione mandati reum principalem. Relatio enim illa, quæ eſt inter creditorem & reū principalem, non eſt inter creditorem, & fidejuſſorem, nec rurſus inter hunc & eum pro quo fidejuſſit. Et licet jure novo prius conveniendus ſit principalis, attamen quod ab hoc conſequi non potuit creditor, exiget a fidejuſſore, cum eodem jure novo non electioni & litis conteſtatione, ſed ſolutione demum perimatur obligatio *l. ult C. de fidejuſ.* Cautelam tamen tradunt Interpp. *in §. ſed & ſi quis ſup. h. t. & ibi Iaſon. num 12.* ut fidejuſſor conventus denuntiet Reo principali, & hic veniens ſuſcipiat in ſe judicium, & hanc exceptionē opponat. Quod haud ſcio an rationi juris conveniat, cum creditor propriam actionem ex ſtipulatu habeat contra fidejuſſorem: & alias fruſtranei eſſent textus, qui fidejuſſori hoc beneficium competere negant: & ita fieret injuria creditori, qui accipiendo fidejuſſorem, in omnem eventum ſibi voluit eſſe conſultum.

AD TITULUM VII. LIBRI QUARTI INſtitutionum,

QUOD CUM EO QUI IN aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.

TEXTUS.

Quia tamen ſuperius mentionem habuimus, de

mus, de

bimus, de actione, qua in peculium filiorũ ſervorumq; agitur, opus eſt, ut de hac actione & de cæteris, quæ eorundem nomine, in parentes dominosve dari ſolent, admoneamus diligentius. Et quia ſive cũ ſervis negotium geſtum ſit, ſive cum iis qui in poteſtate parentũ ſunt, fere eadem jura ſervantur, ne diſputatio verboſa fiat, dirigamus ſermonem in perſonam ſervi dominique: idem intellecturi, de liberis quoq; & parentibus, in quorum poteſtate ſunt. Nam ſi in his proprie quid ſervetur, ſeparatim oſtendemus.

Commentarius.

De actionibus, quæ hoc tit. explicantur, accurate ſatis egi *tract. de action. diſp. 8. De actionibus prætoriis in perſonam.* In textu, ſi quæ occurrient explicatu digna, videamus. Continuationis ratio exponitur in pr. hujus textus, *ex §. actiones* 10. vel *ex § ſunt præterea 36. tit. præced.* quibus locis Juſt. aliquid attigit de actione de peculio, de qua & aliis quæ dantur in patrem & dominum ex conventionibus filiorum & ſervorum hoc tit. plenius agit, ſimul & iis quæ ex liberorum & ſui juris hominum quibuſdam contractibus in alios dantur. Et nimirum quiſque obligatur ex conventione aut propria aut aliena: & hæc vel ejus, qui eſt in poteſtate noſtra, aut non eſt, quod contingit in actione inſtitoria & exercitoria, de qua *infr. h. titul.* nam cum actio contra alios detur, eos etiam aliqua obligatos eſſe neceſſe eſt: aliqua dico, nam revera non ſunt obligati, niſi quatenus factum præpoſitionis v. c. facit, ut prætor in ipſos propoſuerit actionem: Eſt enim hoc juris prætorii, nec ſatis convenit juri civili, ut quis ex conventione aliena obligetur, ut maxime hic ſit in ejus poteſtate. Nam ut hic domino vel patri æquitat actionem, jus poteſtatis facit, nec adeo conſequitur, ut etiam per eam pater dominuſve debeant obligari: & ita nimirum tradidit *Juſtin. in d. § actiones* 10. *tit præc.* ex contractibus ſervorum & filiorum, dominos patreſve jure civili non obligari: ut proinde qua in hos actiones iſtæ, de quibus h. tit. dantur, magis eæ ſint dativæ quam nativæ.

Eadem fere.] Merito adjecit fere. Nam 1 filiusf. contrahens & ipſe obligatur ita ut conveniri poſſit, *l. filiusf. 36. de obl. & act.* ſervus ita non obligatur §. *Item 6. ſup. de inutil. ſtip.* 2. Servo mutuam pecuniam accipiente, dominus de peculio obligatur: quod in filiofam. ſecus ob SC. Macedonianum, *§. Illud 7. infra h. t.* 3. Filiusf. etiam ſi fidejuſſerit novaverit, con promiſerit, obligat patrem de peculio: quod ſecus eſt in ſervo extra cauſam peculiarem. *l. 3. § ſi filiusf. 5. de peculio.*

Textus.

1\. Si igitur juſſu domini cum ſervo negotium geſtum erit, in ſolidum prætor adverſus dominum actionem pollicetur, ſcilicet, quia is qui ita contrahit, fidem domini ſequi videtur.

Commentarius.

1\. *Quomodo juſſu domini cum ſervo contrahi dicatur.*

Actio hæc *quod juſſu.* naſcitur ex ſpeciali & expreſſa domini voluntate, ideoque merito tenetur dominus, quoniam contrahens cum ſervo ex domini juſſu, videtur jubentis † fidem ſequi: ideo- 1
que etiam tenetur dominus in ſolidum *h. textu:* ſcil. quatenus juſſit, & ita reſpective ad actionem de peculio: cæteroquin ſi extra & ultra juſſum quid egerit ſervus, eatenus dominus actione hac quod juſſu non tenebitur. At videri poſſit omnino directa actione dominus teneri, ut ſervus inſtar nuntii & miniſtri cenſeatur, in cujuſmodi terminis non miniſter, ſed ipſe qui alterius miniſterio utitur, convenitur *l. qui autem* 14. *§. ultim. cum l. ſeq. de conſt. pecun. arg. l. ſi pupilli 6. §. 1. de negot geſt.* Sed enim tum ſervus nuntii, aut miniſtri nudi vices habet, cum dominus, verbi cauſa, ipſe mutuum accepit, & ſervo pecuniam numerari jubet, quo caſu ceſſat actio, quod juſſu *l. ult. quod juſſu* Sed cum dominus ipſum ſervum contrahere jubet, ſimplicis miniſtri perſonam ſervus non ſuſtinet: idque manifeſte inde evincitur, quod filiusſamil. ſi patris juſſu contrahat, ipſe quoque obligatur *l. 3. §. Sed utrum 4. de minorib. l. pater 7. quod cum eo qui in al.* Quibus non obſtat *l. 4. Cod. eod.* quia ibi filius tamquam miniſter intervenit tantum, & ipſe pater contraxit, ut arguunt verba, *ex contractu patris*, itaque *in l. 1. in princip. h. titul.* quod videatur *quodammodo* (non vere) contrahi cum eo qui jubet. Sed porro quomodo intelligemus juſſu domini contractum? an quod dominus ſervum juſſit cum Titio contra-

here, an quod juſſerit Titium contrahere cum ſervo? Et poſterius hoc pleriquc textus ſub hoc titulo ſuadere videntur, & inprimis quod paſſim dicitur juſſu domini cum ſervo contractum: alias enim ſimpliciter dicẽdum fuiſſet, juſſu domini ſervum contraxiſſe: & in *l.*1 § 1 *h.titul.* proponitur juſſum ita conceptum: *Quod voles cum ſervo meo contrahere &c.* Hæc res olim diverſas opiniones peperit inter *Ioh. & Plac.* quarum meminerunt *Ioh. Fab. & Angel. hic.* Et ſiquidem verba ad contrahentem directa proponimus, videtur actioni mandati eſſe locus, nec neceſſaria actio *Quod juſſu.* idque etiam confirmat *l. ſi tibi C. mandati.* Hac de cauſa *Iohan Faber* diſtinguit an verba dirigãtur ad contrahentem cum ſervo, & tum etiam actionem mandati competere per *d. l ſi tibi.* præter actionem quid juſſu: an dirigantur ad ſolum ſervum, & tum ſolam eſſe actionem *quod juſſu.* Et vero quod juſſu domini cum ſervo contrahi dicitur, non facit, ut neceſſario verba ſint dirigenda ad contrahentem cum ſervo: ſed eo pertinet, quod ille juſſum & voluntatem domini, quam ſervus oſtendit, ſecutus, cum ſervo contrahit: & facit, quod actioni huic locus eſt, ſi ſaltem ſubſcripſerit dominus chirographo ſervi *l* 1 §. *ſed & 4. h. t.* tum, quod alias non juſſum ſed mandatum diceretur: & nimirum jubere dicitur dominus dum cum ſervo loquitur & agit, qui hoc facit ex neceſſitate ſervili: ideoque idem eſt, ſi dominus uſus fuerit verbo *mandandi*, quia perſonæ qualitas facit, ut id de juſſu explicetur *l. 1. §. 5. h. tit.* quod inepte moneretur, ſi verba ad tertium fuiſſent directa in quo verũ eſſet mandatũ. Quod autem & hoc caſu ſit actio *quod juſſu* probatur per *l* 1. §. 1. *l. 2. in pr. h. t.* aut an utrumq; illic caſibus concurriſſe dicimus, ut & dominus juſſerit ſervum contrahere, & quoq; tertio hoc intimaverit: cætero quin ſi hoc ſolum intervenerit, ut dominus alii mandaverit, cum ſervo ſuo contrahere, videbitur ſola eſſe actio mandati.

TEXTUS.

2. Eadem ratione prætor duas alias in ſolidum actiones pollicetur: quarum altera exercitoria, altera inſtitoria appellatur. Exercitoria habet tunc locum, cum quis ſervum ſuum magiſtrum navi præpoſuerit, & cum eo quod ejus gratia cui præpoſitus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia quis is appellatur exercitor, ad quem quotidianus navis quæſtus pertinet. Inſtitoria habet tunc locum, cum quis tabernæ forte aut cuilibet negotiationi ſervum ſuum præpoſuerit & quid cum eo ejus rei cauſa cui præpoſitus erit, fuerit cõſtitutum. Ideoque autem inſtitoria appellatur, quia qui præponuntur negotiationibus, inſtitores vocantur. Iſtas duas actiones tamen prætor reddet eſſe hominem quis liberum aut alienum ſervum tabernæ aut navi aut cuilibet negotiationi præpoſuerit, ſcilicet quia eadem iniquitatis ratio etiam eo caſu interveniat.

COMMENTARIUS.

1 *An & ipſi liberi homines v. c. inſtitores teneantur, ad* L. ult. de inſtit. c od.

2 *An præponens quoq; habeat actionem contra eum qui contraxit cum inſtitore.*

HÆ duæ actiones habent cauſam, generalem domini volũtatem, dum quis navi aut v. c. tabernæ præponitur: Etenim inſtitor proprie eſt, qui negotiationi alicui quæſtuariæ præficitur, non ut unum, ſed ut plures contractus, faciat, vendendo, emendo permutando, prout ratio illius negotiationis expoſcit. Minus autem proprie eſt Inſtitor, qui recipiendis, verbi cauſa, mutuis pecuniis aut ad ſingulares actus præficitur, quo caſu quoque nonnisi tantum inſtitoriæ eſt locus *l pen. C. de inſtit. act.* Qui autem navi præponitur, magiſter dicitur & qui eum præponit, exercitor: à quo actio exercitoria appellata eſt, cum inſtitoria à præpoſito nomen acceperit: nulla alia, ut puto ratione, quam quod iſtæ appellationes viſæ fuerunt concinniores. Ut alterutra competat, oportet contractum eſſe juxta Legem propoſitionis, & ejus rei gratia ad quam quis propoſitus fuit *h. §. l* 1. §. *non autem 7. cum ſeqq. de exercit. act. l. 5 § non tamen* 11. *de inſtit. act.* cujus probatio cui incumbat, dic. *l. ult. de exercit. act.* hanc enim, voluntas domini, quamvis ſuo ſenſu generalis, habet limitationem & determinationem. Hoc autem diſtant hæ duæ actiones à cæteris quæ *hoc tit.* proponuntur, quod etiam competunt, ſi quis hominem liberum & ſui juris navi aut taber-

tabernæ præpoſuerit *h. §. in fin.* Nihilominus enim, licet ipſi inſtitores & hic teneantur, quia ipſi contraxerunt, *l. 1. §. eſt autem 17. & §. pen. de exercit. act.* ipſe quoque præponens convenitur prætoria actio-
1 ne *h. §. in fin.* Cui & quod ipſi præpoſiti † teneantur, ſi liberi homines ſint, objici ſolet *l. ult. de inſtit. act.* Sed reſpondetur, cum Interpp. ibi non contraxiſſe inſtitorem, ſed tantum confeſſum fuiſſe nomine præponentis, pecuniam ad menſam ſuam perveniſſe, & accurate & prolixe hanc objectionem removi *Tract. de Action diſput.* 8 *th.* 11. Illud
2 quæritur, an ſicut † præponens obligatur contrahenti cum inſtitore, ita viciſſim præponens contra eum qui cum inſtitore contraxit, habeat actionem. Et perſpicua eſt ratio differentiæ, ob quam præponenti actio non datur: quoniam imputari ſibi debet qui propoſuit *arg l. 1. §. cuius autem 4 de exerc. act.* Et cum ex præpoſitione lucrum capiet, æquum putavit prætor, eum quoque teneri; quæ ratio ceſſat in eo qui cum inſtitore contrahit, qui id uſus neceſſarii cauſa feciſſe intelligitur, & ſimul ſecutus fidem præponentis: quod non poteſt videri feciſſe præponens, qui indefinite cum omnibus jus contrahendi permiſit inſtitori. Itaque placuit ſufficere actionem ordinariam præponenti contra præpoſitum, mandati, vel negot. geſt. vel etiam Locati *l. 1. §. ſed ex 18. de exerc. act. l. 1. §. de inſtit. act.* & regula juris non patitur, ut per liberum hominem alteri adquiratur actio. Et id de exercitore ita reſponſum eſt *in d. l. 1. §. 18.* & errat Accurſius qui ibi putat ſecus eſſe in inſtitore: per *d. l. 1. in fin. de inſtit. act.* nam ut recte obſervavit Faber hic, eſt illa tantum utilis actio, & quæ ex æquitate in ſubſidium & quaſi extra ordinem accommodatur proponenti, ubi inſtitor ſolvendo non eſt, ita ut qui propoſuit rem ſuam aliter ſervare nō poſſit *l 2 de inſtit. act.* At *in d. l. 1 §. 18 de exerc. act.* propon tur jus ordinarium & tamen in fin. additur: quod præſides provinciarum extra ordinem juvare ſoleant exercitores: quod bene convenit, cū *d l 2, de inſtit. act* neque vero ulla idonea differentiæ ratio inter exercitorem & inſtitorem afferri poſſit. Porro quid juris ſit in procuratore ſimplici, an & qui cum eo contraxit adverſus mandantem habeat actionem & viciſſim hic contra illum, explicavi *d. diſp 8. theſi XI.*

TEXTUS.

3. Introduxit & aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque ſi ſervus in peculiari merce, ſciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei cauſa contractum erit, ita prætor Jus dicit, ut quidquid erit in his mercibus, quodque inde receptum erit, id inter dominum ſi qui ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione diſtribuatur: & ideo tributoria vocatur, quia ipſi domino diſtributionem prætor permittit. Nam ſi quis queratur ex creditoribus, quaſi minus quam oportuerit, tributum ſit, accommodat ei hanc actionem, quæ tributoria appellatur.

COMMENTARIUS.

1 *Hac actio competit ob dolum.*

QUi peculium concedit, hoc ipſo facultatem contrahendi ſervo quoq; feciſſe cēſetur, arg. *l. 1. §. 5. de adq poſſeſſ.* Sed ea voluntas eſt paulo generalior & aliquanto remotior à ſingulis contractib. eoq; actio de peculio ita in dominum datur, ut is prius deducere poſſit, quidquid ſibi ſervus debet, ut d cem° *ad § ſeq* Sed in caſu qui h. §. tractatur, voluntas domini eſt paulo, ut ita loquar, vicinior, ſi dominus ſciat ſaltem & patiatur, ſervum in merce peculiari negotiari h. §. itaq; in hac actione tributoria privilegium deductionis non habet, ſed æquali jure cum cæteris creditoribus in tributū vocatur *l. 1. in pr de tribut. act.* niſi mercibus cedere velit, *l. 5. §. ſed etſi 12 cum ſeqq l illud 7. §. 1 de trib. act.* Et ſi inæqualiter & iniq; verſatus ſit in diſtributione dominus aut ſi merces per ſe retineat nec tribuere velit, (hoc enim eſt quod dicitur *l. 7. §. 2. h. t.* minus & eum hic diſtribuiſſe dici, qui nihil tribuit) hac actione convenitur ut dolus † ejus coerceatur *h. §. in fi. & d l. 7 §. 2.* Vidi, qui putarent abſurdum eſſe, tantum ob dolum huic actioni locum eſſe. Sed illi non animadverterunt, ita edixiſſe prætorē, ut dominus cedat mercibus, aut æqualiter eas diſtribuat. Et hactenus nulla actio. Quod ſi vero interpellatus à creditoribus dominus, mercibus nec cedat, aut improbe & inique in diſtribuendo verſatus ſit, jam coercendo dolo hæc actio demum eſt comparata: *h. § in fi. & l. 8. de trib act.* ubi JCtus non aliter, niſi interveniente dolo competere hanc actionem, quamvis ut eſt *in pr. d. l. 8.* non ſit de dolo, id eſt,

id eſt, non ſit illa actio doli, quæ famoſa eſt, & id eo pœnalis habetur, ſed eſt rei perſecutoria *l. 7. §. ultim. de trib. act.* nec damnatum ſequitur infamia: quo reſpectu præcipue opponitur action. de dolo, quæ alias & ipſa non tripli aut dupli, ſed rei perſecutoria actio eſt.

TEXTUS.

4. Præterea introducta eſt actio de peculio, deq; eo quod in rem domini verſum erit: ut quamvis ſine voluntate domini negotium geſtum erit, tamen ſive quid verſum fuerit in rem ejus, id totum præſtare debeat: ſive quid non ſit in rem ejus verſum, id eatenus pręſtare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini verſum intelligitur, quidquid neceſſario in rem ejus impenderit ſervus: veluti ſi mutuatus pecuniã ejus creditoribus ſolverit, aut ædificia ruentia fulſerit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rẽ neceſſariam mercatus erit. Itaque, ſi ex decem puta, aureis, quos ſervus tuus mutuo accepit, tuo creditori quinque aureos ſolverit, reliquos vero quinq; quolibet modo conſumpſerit, pro quinque quidem in ſolidũ debes damnari, pro cæteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio ſit. Ex quo ſcilicet apparet, ſi toti decem aurei verſi fuerint in rem tuam, totos decem aureos Titium conſequi poſſe. Licet enim actio una ſit, qua de peculio deque eo quod in rem domini verſum ſit agitur, tamen habes duas condemnationes. Itaq; judex apud quem de ea actione agitur, ante diſpicere ſolet, an in rẽ domini verſum ſit, nec aliter ad æſtimationem peculii tranſit, quam aut nihil intelligatur in rem domini verſum aut nõ totum. Cum autem quæritur, quantum in peculio ſit, ante deducitur, quidquid ſervus domino ſive qui in poteſtate ejus eſt, debet, & quod ſupereſt id ſolum intelligitur peculium. Aliquando tamen id quod ſervus ei debet qui in poteſtate domini ſit, non deducitur ex peculio: veluti ſi is in ipſius peculio ſit: quod eo pertinet, ut ſi quid vicario ſuo ſervus debebat, id ex peculio ejus non deducatur.

COMMENTARIUS.

Cauſa, propter quam ex contractu ſervi in dominum actio datur, in univerſum eſt duplex: tum voluntas domini, quæ tamen non eſt ubique unius generis, ut ex hactenus explicatis patet: tum utilitas domini, quod nimirum ex contractu ſervi ad dominum aliquid pervenit, & ille locupletior factus eſt: quod dicitur in rem domini verſum eſſe, de qua actione hoc §. agitur, ſimul & conjunctim de actione de peculio, de qua diximus *& ſup. titul. praced ad § actiones 10 & latius tract. de action. diſp. 9. th. 9.* Ita autem h. §. diſputat Juſtinianus, quaſi actio de in rem verſo non ſit ſeparata actio, ſed tantum actionis de peculio adjectio: ut ex *pr §.* & inprimis licet colligere ex *verſ. licet*, ubi diſerte ait eſſe unã actionem, ſed quæ duas habeat condemnationes. Cujus quaſi unionis ea ratio videtur, quoniã quod in rem domini verſum eſt à ſervo qui peculium habet, hoc ipſum dominus ſervo debere intelligitur, itaque peculium auget, & tanto plus in eo eſſe cenſetur, ut docet *l. 1. §. ult. de in rem verſo.* Itaq; etiã ſi ſimpliciter ſi de peculio agatur, hoc quoque per conſequentiam venit, quod in rem domini verſum eſt. Sed utilius ita agitur, ut actioni de peculio hæc clauſula de in rem verſo adjiciatur. Ita enim actione inſtituta, juxta *verſ. Itaque judex h. §* inprimis judex diſpicit an quid in rem domini verſum ſit, & hoc totum quantum eſt, adjudicat actori: & hactenus actionis de peculio natura per iſtam adjectionem alteratur, quoniam non poteſt dominus uti privilegio ſuo, & deducere quod ſibi debetur. Et hæc eſt una condemnatio. Quod ſi *juxta verſ. Itaque ſi ex.* non totum in domini rem verſum eſt, in eo quod ſupereſt condemnatur dominus, quatenus in peculio eſt, ſalvo ſcilic. privilegio domini, quod habet ſi conveniatur ſimplici actione de peculio. Eaque gratia *in fin. hujus §. in verſ. cum autem* docet Juſt. quidnam intelligatur eſſe in peculio, cujus in condemnatione ſecunda judex habeat rationem: Et nimirum in peculio eſſe intelligitur, quod ſupereſt deducto eo, quod ſervus naturaliter domino de-

no debet. Sicut enim quod dominus ſervo debet inge peculium, & in eo computatur, extra ea dividitur, quod ſervus domino debet, peculium minuit & extra peculium reputatur: & dominus quaſi prævenıſſe, & exegiſſe intelligitur. Idemque adeo eſt, ſi quid ſervus debeat iis qui ſunt in ejuſdem poteſtate, quoniam per hos domino obligatio adquiritur, & hoc ipſi domino debetur, *l. 9. § 3 de pecul.* Excipitur tamen *h. § in fin.* ſi quid ſervus ordinarius debeat vicario ſuo: licet enim hic revera ſit conſervus, & utique in poteſtate ejuſdem domini, attamen cum ex domini deſtinatione & voluntate vicarius ipſe ſit in peculio ſervi ordinarii, quod hic ei illi debet, non poteſt cenſeri extra peculium, neque proinde id dominus deducere poteſt. Et tamen aliquando actio de in rem verſo ſeparata ab actione de peculio, & ſola in judicium poteſt deduci, verbi cauſa, ſi peculium ademptum, aut ſervus mortuus, & annus intra quem de peculio his caſibus agi poteſt finitus ſit. Sed nec dubitandum putarim poſſe quem ſi velit, ſeorſim agere de in rem verſo, utcunque poſſit etiam de peculio agere. Et Juſtinianus dum ait eſſe unam actionem oſtendit, hoc ſaltem, quod per unam actionem utrumq; in judicium deduci poſſit, & quæ commodiſſima ratio agendi ſit, docet. Quando porro & quid dicatur eſſe in rem domini verſum, ipſe Juſtinianus oſtendit exemplis *in verſ. In rem.* ubi tamen obſervandum, quod, dum meminit impenſarum neceſſariarum, caſum magis certum exprimere voluerit, id enim omnino certo verſum in rem domini eſſe apparet: cæteroquin ſi quid utiliter geſſerit ſervus & rem domini meliorem fecerit, id excluſum non intelligitur, ut apparet ex *l. 5. § 2 & paſſim tot. tit. de in rem verſ.*

TEXTUS.

5. Cæterum dubium non eſt, quin is quoque qui juſſu domini contraxerit, cuique inſtitoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deque eo agere poſſit, quod in rẽ domini verſum eſt: ſed erit ſtultiſſimus, ſi omiſſa actione, qua faciliſime ſolidum ex contractu conſequi poſſit, ſe ad difficultatem probandi perducat, in rem domini verſum eſſe, vel peculium ſervũ habere, & tantum habere, ut ſolidum ſibi ſolvi poſſit. Is quoque cui competit tributoria actio, æque de peculio & de in rem verſo agere poteſt: ſed ſane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verſo. Tributoria ideo expedit agere, quia conditio domini in ea non eſt præcipua, id eſt, quod domino debetur, non deducitur, ſed ejuſdem juris eſt dominus cujus & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur, & in id quod reliquum eſt, dominus creditori condẽnatur. Rurſus de peculio ideo expedit agere, quod totius peculii in hac actione ratio habetur: at in tributoria ejus tantum quo negotiatur. Et poteſt quiſq; tertia forte parte peculii aut quarta, vel etiam minima negociari: majorem autẽ partem in prædiis vel mancipiis, aut in funebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quiſq; vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui poteſt probare in rem domini verſum eſſe, de in rem verſo agere debet.

COMMENTARIUS.

PErſpicuus hic locus eſt: & hoc ſ. docemur ex contractu ſervi plures actiones dari, & concurrere: veluti ſi ſervus qui peculium habet, inſtitor ſit, & in rem domini quid verterit, actioni inſtitoriæ, de peculio & de in rem verſo locus eſt. Cujus rei hæc ratio eſt, quoniam ut monuimus *ad fin. §. actionum 28. tit. præced.* iſtæ non propriæ & per ſe ſubſiſtentes actiones, ſed actionum ex contractu qualitates & adjectiones ſunt: veluti ſi inſtitor vendiderit, & pecuniam in rem domini verterit, competit contra dominum revera una actio ex empto, ſed tripliciter, ex empto, inſtitoria, ex empto, de peculio: & ex empto, de in rem verſo. Concurrunt porro hæ actiones non cumulative, ut pluribus ſimul aut ſucceſſive uti liceat, ſed elective, ut per unam altera conſumatur. Nam quod hic eſt reſponſum de actione tributoria, & de peculio, *in l. 9. §. 1. de tribut. action.* eligere debere creditorem qua actione experiri velit, & una electa ſ(id eſt cum effectu, in judicium nimi-

Ooooo rum

Digitized by Google

rum deducta,) ad alteram regreſſum non eſſe: id in cæteris quoque actionibus concurrentibus, quæ hic proponuntur, haud dubie locum habet. Obtinet enim hic in omnibus communis ratio, quod ex unico contractu deſcendunt. Et quoniam igitur omnes conſumuntur electa una, & non omnium eadem ratio eſt, ideo intereſt creditoris, ut hic prudenter agat & actionem eligat, quæ commodior & utilior futura ipſi eſt. Eoque pertinet hic §. in quo hoc agit Juſtinian. ut creditorem informet, & inſtruat, quæ actio ſit utilior, & qua quod ſibi debetur plenius, aut facilius conſequi poſſit. Et quod etiam notavi *Tract. de actionib. diſput. 8. th.* 16. prærogativa iſtarũ actionum, vel pendet à propria earum qualitate, vel ab aliquo accidenti. Ad prius pertinet tum quod actio in ſolidum eſt, qua de cauſa præſtat agere actione, quod juſſu, vel inſtitoria quam de peculio *h. §. verſ. ſed erit.* tum quod in ea dominus privilegium non habet, qua de cauſa rurſus præſtat experiri Quod juſſu, vel inſtitoria, vel etiam tributoria quam de peculio, in qua dominus, ut paulo ſuperius diximus, deducit, quod ſibi debetur *h. § verſ. tributoria.* Ad poſterius pertinet, quod peculium eſt locuples; (quod facit, ut potius actione de peculio quam tributoria agere expediat, juxta *verſ. rurſus h. §*) quod in majori parte peculii negotiatus eſt ſervus, (& hic expedit agere tributoria *d. verſ.*) quod ſervus domino nihil debet. (quo caſu utilior eſt actio de peculio, *argum. §. prec. in fin*) & ſi quæ ſunt alia. Et inprimis quia non ita facile eſt ſemper probare, in rem domini pecuniam verſam eſſe, ex hac cauſa minus utilis eſt actio, de in rem verſo, juxta *h. § in prec. verſ. ſed erit.* ibi, *ad difficultatem probandi.*

TEXTUS.

6. Quæ diximus de ſervo & domino, eadem intelligimus, & de filio, & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in poteſtate ſunt. Illud proprie ſervatur in eorũ perſona, quod Macedonianum Senatusconſultum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in poteſtate parẽtis ſunt: ei qui crediderit, denegatur actio tam adverſus filium ipſum, filiamve, nepotem neptemve (ſive adhuc in poteſtate ſint ſive morte parentis, vel emancipatione ceperint eſſe ſuæ poteſtatis) quam adverſus patrem avumve: ſive eos adhuc habeat in poteſtate, ſive emãcipaverit. Quæ ideo Senatus proſpexit; quia ſæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant, vitę parentum inſidiabantur.

COMMENTARIUS.

Quæ diximus] Hoc jam monuit ſupr. ad *princ. tit.* ſe tantum de domino & ſervo locuturum, & ſi quid ſpeciale ſit in filio & patre, ſe ſeparatim traditurum, quod ſtatim etiam in *verſ. ſeq.* præſtat, uno tamen ſaltem adducto exemplo, (plures differentias notavimus ad *d. princip.*) de mutuo, pecuniæ numeratæ (nam ad alias res mutuo datas, niſi fraus facta ſit Senatusconſulto, non pertinet *l. item ſi 7. §. mutui 3. ad SC. Macedon.*) quod fruſtra contrahit filius ob SCtum Macedonianum, cujus ſententiam, & cauſam h. §. ſuccincte proponit Juſtinianus; idque factum ſub Veſpaſiano diſcimus ex *Suetonio cap.* 11. Autor, inquit, Senatui fuit, decernendi, ne filiorumfamilias fœneratoribus exigendi crediti jus unquam eſſet, ne poſt patrum quidem mortem. Aperte adeo inepte ſunt, qui hic locum Plauti adducunt, de Lege Quina vicenaria: ſiquidem Senatusconſultum hoc longe recentius, & ad omnes filiosfam. etiam majores pertinet. Illud miror, cur Pacius ſive Criſpinus in *pr. h. textus* verba *& nepote, &c.* notis tamquam ſuſpecta incluſerint: cum tamen mox in *verſ.* ſive *§. ſeq.* itidem nepotis & avi fiat mentio; & in d.d. verbis habeatur verbum *patre*, quod à Juſtiniano non omiſſum fuiſſe, id argumento eſt: quod meminit in *prin.* non tantum ſervi: Sed & domini.

TEXTUS.

7. Illud in ſumma admonẽdi ſumus, id quod juſſu patris dominive contractum fuerit, quodve in rem ejus verſum erit; directo quoque poſſe à patre dominove condici, tamquam ſi principaliter cum ipſo negotium geſtum eſſet. Et quoq;, qui exercitoria, vel inſtitoria actione tenetur, directo poſſe condici placet, quia hujus quoque juſſu contractum intelligitur.

COMMENTARIUS.

1 *De concurſu harum actionum cum condictione.*

Docet

Docet hic locus, quod cum actionibus exercitoria, inſtitoria, quod juſſu; & de in rem verſo etiam concurrat condictio, qua directo à domino, at e parte pecunia petatur, in quam rem etiam ſunt textus in *leg. ſi inſtitorem 29. de rebus creditor. l ſi quis 17. § ultim. de inſtit. act. l ultim. pro ſocio.* Ubi ille ſcrupulus occurrit, quorſum opus fuerit actionibus iſtis prætoriis, cum ſufficere potuerit condictio, quæ eſt civilis actio, cum nec prætor fa-
2 cile † introducere ſoleat actiones, ubi jure civili ſatis proviſum eſt. Dixi hac de re *Tract. de action. diſput. 8. theſ 15.* Summa eo redit, vel quod poſtquam prætor introduxiſſet has actiones, admiſerint etiam Juriſconſulti, ut directo poſſet conveniri domino, vel patri, hoc eo ore quaſi cum ipſis contractum eſſet, qua ratione utuntur citati textus, vel quod condictio ſit generalis & non ſatis certæ naturæ actio, & præterea ſtricti juris; prætor autem exiſtimaverit utile eſſe, ut etiam actiones ſpeciales ipſorum contractuum cum his qualitatibus in parentes, & dominos darentur; neque probandum videtur, quod *Weſemb.* & alii per condictionem, ipſam contractus actionem intelligunt: nec enim ita temere verbo condictionis uti ſolent JCti.

AD TITULUM VIII. LIBRI QUARTI INſtitutionum,

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

TEXTUS.

Ex maleficiis ſervorum, (veluti ſi furtum fecerint aut bona rapuerint, aut damnũ dederint, aut injuriam commiſerint) noxales actiones proditæ ſunt, quibus domino damnato permittetur, aut litis æſtimationem ſufficere, aut noxæ ipſum hominem dedere. Noxa autẽ eſt ipſum corpus quod nocuit; noxia, maleficiũ ipſum, veluti furtum, rapina, injuria, damnum. Summa autem ratione permiſſum eſt noxæ deditione fungi. Namq; erat iniquũ, nequitiam eorum ultra ipſorum corpora, damnoſam dominis eſſe.

COMMENTARIUS.

1. *Ex contractu ſervi non datur actio noxalis; nec ex ejus delicto actio in peculium.*

Dictum eſt *tit. præc.* quomodo & quibus actionibus dominus conveniatur ex contractu ſervi; Sequitur videre an & quomodo teneatur ex ſervi † delicto. Et quæritur, aut de accuſatione crimi- 2
nali, & pœna in corpus, & hæc ipſi ſervo irrogatur, nec tenetur dominus, ſi modo abſit ipſius delictum; quod ſi enim forte juſſerit ſervum delinquere, communi jure, ut quilibet mandans & ipſe tenetur, ut notatum ad *§. illud 7. ſup. Mandati,* aut quæritur de actione & perſecutione civili; & rurſus, aut juſſit dominus, aut ſaltem ita ſcivit, ut pro imperio herili prohibere potuerit, & tenetur ac ſi ipſe deliquiſſet in ſolidum damni dati æſtimationem, aut quomodo alius quivis, qui deliquit, aut ignoravit, vel cum ſciret, prohibere non potuit, vel quod eodem redit, ſervus prohibente domino quoque, contumaciter deliquit, & dominus convenitur actione noxali de qua *hoc tit.* tractatur; & quidem hac tantum; neque enim ex delictis datur actio de peculio in dominum *l ex pœnalib. 58 de R. I* ponimus enim ignoraſſe dominum quod ſervus deliquerit; atquin ſupra monuimus, cauſam actionis de peculio hanc eſſe, quod dominus facultatem contrahendi permiſiſſe cenſetur, ſed non utiq; delinquendi.

Quod ſi permiſſu, aut voluntate domini peccaverit ſervus, inepte quæratur de actione de peculio, cum ipſa pœnalis tum actio in dominum detur; & omnino peculium pro contractibus non pro delictis obligatum eſt.

Ex adverſo ex contractibus ſervi non poteſt dari noxalis actio in dominum, etiamſi ſervus dolum admiſerit *l ex contractibus 49. in fin de obligat & act.* licet aliquando per actionem ex contractu quis per obliquum hoc conſequatur, ut ſervus noxæ ſibi dedatur, aut potius aliquando dominus conventus ex contractu facultatem habeat ſervum noxæ dedendi, ad hoc ut liberetur actione noxali, verbi gratia; ſi debitor ſervum pignori mihi dederit, & is mihi fecerit furtum, in actionem contrariam pignoratitiam venit, quidquid ex cauſa pignoris mihi damni datum eſt, adeoq; & æſtimatio rei, quæ furto mihi ablata fuit; Quod ſi debitor dominus

Commentarius.

DOcet hic locus, quod ad *princ. tit.* diximus, noxalem actionem eſſe actionem ipſam ex delicto, ſed cum propria hac qualitate, ut dominus ſervum noxæ dari poſſit. Tum etiam probatur hinc verum eſſe, quod ſupra diximus ad §. *pœna de furt.* actionem furti nec manifeſti, in duplum eſſe ex Lege 12. tabb. quoniam conſtat, actionem furti manifeſti eſſe ex edicto prætoris; adeoque quod de furti actione ex LL. deſcendente, traditur hoc loco, pertinet ad actionem furti nec manifeſti. Et lapſus eſt Hottomannus, qui hic exiſtimat, poſſe ad utranque etiam manifeſti furti actionem hoc referri; quoniam (hac ratione utitur) hoc utique ſit ex 12. tabulis, ut domini ob ſervorum delicta noxaliter conveniantur. Etenim ex hac ratione etiam actiones injuriarum, & vi bon. rapt. noxales ad L. 12. tabb. referendæ eſſent; quod diſerte textui huic repugnat. Neque verum eſt, quod Hottomann. ait, prætorem tantum pœnam furti manifeſti auxiſſe; qui imo, ut probatum eſt d. loco, aliud genus pœnæ à prætore introductum eſt; cum ex L. 12. tabularum corporaliter animadverteretur in fures manifeſtos.

Textus.

3. Omnis autem noxalis actio caput ſequitur. Nam ſi ſervus tuus noxam commiſerit, quamdiu in tua poteſtate ſit, tecum eſt actio. Si autem in poteſtatem alterius pervenerit, cum illo incipit actio eſſe. At ſi manumiſſus fuerit, directo ipſe tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverſo quoque directa actio noxalis eſſe incipit. Nam ſi liber homo noxam commiſerit, & is ſervus tuus eſſe ceperit, (quod quibuſdam caſibus effici primo libro tradidimus,) tecum incipit eſſe noxalis actio, quæ ante directa fuiſſet.

Commentarius.

1 Servus habet caput.
2 Cur ſervus liber factus ex delicto, ſed non ex contractu teneatur.

QUoniam hæc eſt qualitas noxalis actionis, ut dominus noxæ dando ſervum liberetur, nec ad reſtitutionem damni aut pœnam ſolvendam compelli poſſit, fit inde, ut cujus ex poteſtate ſervus exiit, amplius hac actione conveniri non poſſit, ſed ille teneatur, qui jam dominus ſervi eſt, & qui, ſi ipſi ignoranti ſervus talis qui noxam commiſit, v. c. venditus ſit, eo nomine regreſſum habet contra venditorem: ex quo ſtipulatio illa ſive clauſula in venditionibus ſervorum receptiſſima, *eos noxis ſolutos eſſe l. 1. §. 1. & paſſim de ædilit. ed.* id eſt non eſſe in ea conditione ut propter ipſos dominus noxali actione conveniri poſſit. Idque eſt quod hic tractat Juſtin. & ſcribit, Noxalem actionem ſequi caput: velut eſt in *l. ult. h. t.* Noxam ſequi caput obligationem nimirum ex delicto, quæ ſemel contracta ſervo inhæret; eumque quodcunque eat, & in quemcunq; transferatur, comitatur. Et errat hic quoque Hottomannus, dum per caput intelligit dominum ſervi. Etenim 1. non puto ullibi ita loqui textus juris, ut vocet dominum caput ſervi: quod & dominis non ſatis eſſet honorificum 2. cum noxa ſignificet delictum & obligationem ex delicto: ea utique in ſervi perſona hæret, non in domino 3. dicitur in *l. 1. §. ſi apud 18. depoſ.* quod delicta & noxæ caput ſequantur & id accommodatur ei caſui, quo qui ſervus deliquit poſt manumiſſus fuit. Denique explicat hoc diſerte *l. quod dicitur 18. de furt.* quod noxa ſequatur caput nocentis. Nec movet, quod † alibi ſervus caput haberi negatur §. *ſervus 4. ſup. de cap. dim.* ibi enim verbum *Capitis* in ſpecie uſurpatur ut patet ex *l. ult. de cap. min* ſicut & verbum *perſona* in ſpecie ſumptum ſervo negatur, ſed recte latius ſumptum de eo prædicatur, ut explicatum ſup. *de jure perſ.* Eademque ratio *Capitis* eſt. 1

At ſi manumiſſus fuerit.] Qui in ſervitute deliquit, † manumiſſus ipſe convenitur actione ex delicto ordinaria, quæ ei mandatur, qui eo quo deliquit tempore, liber fuit *h. §. & l. quod ab alio 15. de condict. furt. l. 4. C. An ſervus. pro ſuo fact.* Rationem reddit Hottom. quod naturalis obligatio quæ durante ſervitute cepit, fiat efficax poſt libertatem. Sed ita, etiam tenebitur ſervus poſt manumiſſionem ex contractibus in ſervitute geſtis, ex quibus utique obligatur naturaliter *l. 14. de O. & A.* quod extra caſus ſingulares in *l. 3. Cod. An ſervus ex ſuo fact.* falſum eſt *l. 1. 2. & 5. C. d. t.* Itaque ratio differentiæ quæ diſerte ponitur in *l. ſervi 14. de O. & A.* inter contractus & delicta quærenda eſt; eoque in hoc poſita eſſe videtur, quod ſervus contrahens omnia adquirit domino, & qui cum eo contrahit, ſcit ſibi cum ſervo nullam actionem eſſe poſſe, itaque domi-

mavit, & ab uſu communi hoc peni.us receſſit. Quis enim patiatur filium ſuum, & maxime filiam, in noxam alii dare ut pene per filii corpus pater magis quam filius periclitetur: cum in filiabus etiã favor pudicitiæ hoc bene excludat. Et ideo placuit, in ſervos tantummodo noxales actiones eſſe proponendas, cum apud veteres Legum commentatores ſæpius invenerimus dictum, ipſos filios familiarum pro ſuis delictis poſſe conveniri.

Commentarius.

Ratio juris veteris, cujus fit mentio in *prin.* §. pendet à veteri & ſummo poteſtatis jure, parẽtum in liberos, de quo ſup *lib* 1. *tit.* 9. ex Dionyſ. Halic. & aliis luculenter egimus: & quod illud jam diu ante Juſtin. diſpli.cuerit, probavimus ab imaginariis venditionibus, quæ emancipationibus obſervabantur.

Quis enim patiatur.] Hæc una eſt ratio mutationis, ſumta a miſeratione liberorum, qui ita alieni in ſervitutem dedebantur.

Et maxime filiam.] Hæc ratio proprie eſt ſexus fœminini; a pudicitiæ favore, quæ tamen etiam in pueris militat.

Ut pene per filii corpus.] Ratio tertia à miſeratione patris *arg. l.* 8. *in f. Quod met cauſ.*

Ipſos filiosfam.] Quarta ratio, quod ipſi liberi actione ex delicto conveniantur, ſicut & ex contractibus ſuis obligantur *l.* 39. *de obl. & act.*

Quod ſi pœnam pecuniariam aut æſtimationem ſolvere non poſſint, juxta vulgatum axioma, punientur in corpus: niſi pater ſolvendo pecuniam illos liberare malit, quod ſane facere non cogitur.

Sed & hoc remedi i cujuſdam loco introductum eſt, ut quamvis pater ex pœnalibus cauſis & delictis filii nec peculiotenus quidem conveniri poſſit *l.* 58. *d. R. I.* tamen filio condemnato in certam ſummam actione judiciali de peculio pater teneatur *l.* 3. §. *Idem* 11. *de pecul.* de quo etiam ſupra aliquid nos dixiſſe meminimus.

* * *

AD TITULUM IX. LIBRI QUARTI INſtitutionum,

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECIſſE DICATUR.

TEXTUS.

Animalium nomine, quæ ratione carent, ſi quã laſcivia aut pavore, aut feritate pauperiẽ fecerint, noxalis Lege XII. tabularũ actio prodita eſt. Quæ animalia ſi noxæ dedantur proficiunt reo ad liberationem: quia ita L. duodecim tabularum ſcripta eſt: utputa ſi equus calcitroſus calce percuſſerit, aut bos cornu petere ſolitus cornu petierit. Hæc autem actio in iis quæ contra naturam moventur, locum habet. Ceterum ſi genitalis ſit feritas, ceſſat actio. Deniq; ſi urſus à domino fugerit, & ſic nocuerit, non poteſt quondã dominus conveniri, quia deſiit eſſe domin⁹ ubi fera evaſit. Pauperies autẽ eſt damnum, ſine injuria factũ datum. Nec enim poteſt animal injuriam feciſſe dici quod ſenſu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.

Commentarius.

Conveniimur & tenemur ex eorum qui in poteſtate noſtra ſunt & conventionibus, juxta tradita tit. 7. & delictis, ſed noxaliter tantum. In poteſtate noſtra ſũt animalia & rationalia, ut liberi noſtri & ſervi, de quorum delictis actum tit. præced. & ratione carentia, de quibus *h. t.* Delictum hic latius ſumimus, ut etiam compe at beſtiis hæc vox, licet illæ verbo in ſpecie ſumto, non dicantur delinquere nec injuriam facere, *h. tex. verſ. pauperies.* quia, ut ibidem dicitur, ſenſu carent, id eſt non ſentiunt neque intelligunt ſe delinquere, cum careant proæreſi. Qua de cauſa iſtius generis delictum in ſpecie pauperies vocatur *d. verſ. & in pr. h. t.* quoniam alter ex eo fit pauperior; alias conſt. animalia bruta quoque ſenſum habere & animam ſentientem, & philoſophis animal definitur corpus ſentiens.

ticum. Sed &, ſi jus eo ſenſu accipiatur, quo in *l. 1. de Juſt. & jur. & in pr. ſup. de jur. nat.* &, ſi animalia bruta jure utuntur, neceſſario ſequitur, ea ſenſu eodem injuriam quoque facere dici: quo reſpectu, ſi arietes commiſerunt inter ſe, & alter periit, inter provocantem (ſcilicet qui quaſi injuriam prior intulit,) & provocatum diſtinguitur *l. 1. § cum arietes 11. ſi quadrup. paup.*

Animalium nomine.] Quadrupedum in rubrica hic & in Digeſt. mentio fit, hæc enim fere damnum dare ſolent; ad bipedes tamē & aves hoc quoq; porrectum fuit, ut actio utilis daretur *l. 4. h. t.* ſed & amplius ad pecudes tantum hoc pertinere videtur; arg. ejus quod de cane in ſpecie Edicto ædilium cautum eſt, *§. ult. h. t.* an forte quia fruſtra canis noxa daretur, ex quo fere nullam utilitatem domini percipiant.

Si qua laſcivia aut pavore.] Theoph. videtur legiſſe *ferus*, reddidit enim *ἠγριωμένα*. additur, *aut feritate* quia hæc animalia alias manſueta, induūt quaſi naturam ferarum beſtiarum, dum contra naturam ordinariam iſtorum animalium ita moventur, ut eſt in *pr. §. 1.* ex quodam contracto quaſi vitio, ideoque in *ſ. pr.* ait Juſtin. *bos cornu petere ſolitus*, quia ſi id facere ſolitus non ſit, creditur culpa aut inſtigatione hominis id feciſſe, quo caſu non hac, ſed actione Legis Aquiliæ experimur, *l. 1. §. 4. 5. & 6. h. t.* Ex quo amplius efficitur, ut ſi feræ beſtiæ damnum dederint, ceſſet hæc actio, quia hæ ex natura ſua lædere ſolent: idque docet Juſtin. *h. text. verſ. certum.* Et id apparet tractari de hujuſmodi feris beſtiis, quæ occupatæ, ſunt redactæ in poteſtatem alicujus & in privati dominio ſunt, de quibus in *t. x. tu ſeq.* ex quo hoc quoque diſcimus, quod hic affirmatur, ceſſare hanc actionem, ſi genitalis ſit feritas, accipiendum eſſe de actione directa; utilis enim locum habet *d. § ult. in fin.*

Noxalis actio L. XII. tabb.] In Lege Aquilia ſervi & quadrupedes æquiparantur *l. 2. de L. Aquil.* non diſſimiliter & hic, ut pro utrorumque delictis ſit noxalis actio: itaque dominus aut æſtimationem damni præſtare neceſſe habet, aut animal pro damno dedere ei qui damnum accepit: & hoc facto liberatur *h. tex.* ubi additur ratio, quia ita L. XII. tabb. ſcriptum ſit: ſed ratio porro eſt, (in iſta enim non adquieſcit animus) quæ *tit. praeced.* relata eſt de ſervis, quia non placuit, ferociam iſtorum animalium ultra corpora ipſorum dominis damnoſam eſſe; & poſſit tamen dominus ex cauſa aliter & gravius coerceri, ſi ſciens vitium animalium, ea forte vagari ſine cuſtode permiſerit.

Ut puta ſi equus calcitroſus.] Hottom. qui ubique captat occaſionem inſectandi Tribonianum, hoc quoque loco reprehendit eum, quod exempla regulæ propoſuerit, quæ demum ſequitur in *§. ſeq. verſ. hæc autem.* Sed inepta & iniqua reprehenſio eſt; vel quia parum ad rem ipſam intereſt, an à regula an ab exemplis fiat initium: vel quia recte etiam referuntur ſub *pr. tit.* ubi Juſtin. ait de animalibus, quæ laſcivia, pavore &c. damnum dederunt, quod in *d. pr.* exemplis equi calcitroſi & bovis cornupetæ voluit illuſtrare.

Denique ſi urſus.] Hic locus non ita explicandus eſt, quaſi hæc ſit ratio cur non detur hæc actio, quia fugerit urſus: nam & adhuc in poteſtate exiſtens beſtia damnum dare poteſt: ſed Juſtiniani hæc eſt ſententia, quod utroq; caſu ſive urſus adhuc in poteſtate, ſive cum fugiſſet, damnum dederit, ceſſare hanc actionem: quin amplius & tertio caſu, ſi cum in poteſtate eſſe nocuit & poſtea fugit. Primo caſu ceſſat hæc actio, quia in caſum quo genitali feritate damnum datur, hæc actio concepta non eſt: & tamen utilis datur, ut modo diximus. Altero caſu ceſſat, quoniam non amplius fuit dominus, cum damnum daret beſtia. Tertio, quia beſtia quæ evaſit eſt inſtar ſervi manumiſſi, nec amplius noxæ dari poteſt animal quod evaſit.

Hæc ad noxalem actionem.] Hæc adjecit, propter aliam actionem, quæ ex edicto ædilium competit, de qua *text. ſeq.* & eſt quaſi remotio objectionis tacitæ: quod iniquum ſit, nullo modo teneri eum, qui feram beſtiam, quæ nocuit, in poteſtate habet: reſpondetur autem, licet ob proprias rationes non competat directa actio noxalis, tamen alio remedio damnum paſſo ſuccurratur.

TEXTUS.

1. Ceterum ſciendum eſt, ædilitio edicto prohiberi nos, canem, verrem, aprum, urſum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: &, ſi adverſus ea factum erit, & nocitum libero homini eſſe dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnatur: ceterarum vero rerum, quanti damnū datum ſit dupli. Præter has autem ædilitias actiones, locum habebit & de pauperie: numquam enim

enim actiones præſertim pœnales de eadem re concurrent. ſ, alia aliam conſumit.

Commentarius.

Edictum ædilium proponitur in *l. bi enim 40. cũ ſeqq. de ædil edict.* Si homo liber perierit, pœna eſt 200. ſolidorum, ſi ei nocitum ſit, quid in æſtimationem damni veniat, docet *l. 3. h. t.* in qua haud tamẽ ſcio ſatis, quid per *Legem* intelligat ICtus, vix enim eſt ut ita appellaverit Edictum ædilitium: & utique tamen actio noxalis ex L. XII. de pauperie, pro iis quæ ibi referuntur, competere non poteſt. Pro reliquis damnis eſt actio in duplum. Ut tamen poſitis terminis habilibus non excludatur actio de pauperie, ut ait Juſtin. in *h. §. verſ. præter.* quod jam olim Accurſ. recte explicavit de utili actione; ceteroquin obſtaret § 1. *ſup. h. t.* quæ negat competere hanc actionem, in caſum quo genitali & ingenita feritate beſtia damnum dedit. Placuit autem in hunc caſum quoque actionem utilem noxalem porrigi, ſi quis maller potius ipſam beſtiam conſequi, & ad eam quæ adhuc penes dominum eſt, dedendum, aut æſtimationem damni alternative experiri. Quod fere ſecus ſi habet in feriis beſtiis, v. c. urſis, apris, leonibus: nam manſuetæ beſtiæ utiles ſunt dominis ſuis, aut emptores facile inveniunt. Eaque gratia diximus pro cane quoque non videri introductam actionem de pauperie: & proinde *l. 2. h. t.* accipiẽda erit de actione utili: vel etiam ad Edictum ædilitium referenda, de quo aut de alio id genus jure, non autem de actione noxali agitur in *l. 3. eod. tit.* Aut an potius dicimus L. XII. tabb. & actionem de pauperie etiam in cane locum habere, de quo etiam Plato locutus eſt *XI. de LL.* & Plutarcho teſte, Solon: ſed ædiles inſuper addidiſſe pœnam Edicto ſuo, (cum forte noxalis actio lenior videretur) & quidem non in omnem caſum, ſed ſi canis ibi habitus, qua vulgo iter fit damnum dediſſet. Et quid ſi extra eum caſum aper, urſus aut leo damnum dederint, an tum ceſſabit omnis actio? Et quid ni & hic actio noxalis directo locum habere potuerit: & habent iſtę quoque beſtiæ precium & utilitatem ſuam. An offendit hic Tribonianus? an ſpeciatim accipitur genitalis feritas, quę facta eſt à beſtia fera, quæ non amplius in poteſtate eſt? Atquin hoc caſu ineptum ſit dubitare, an actio noxalis locum habeat nec ne, cum beſtia amplius dedi non poſſit. Quod ego in medium relinquo.

Plus dubitationis & difficultatis habet, quod Juſtin. ait præter actionem ædilitiam, etiam competere actionem de pauperie: & ſubjicit pro ratione, quod numquam actiones præſertim pœnales, de eadem re cõcurrentes, alia aliam conſumat. Intelligit concurrere actionem de pauperie cum ædilitia. Et igitur efficitur actionem noxalem eſſe pœnalem, quoniam tantum eſt adjectio actionis ex delicto: & conſequenter iſtud non erit generale, quippe cum ut ſup. probatum ad § *ult. de furtis.* multæ ſint actiones ex delictis, non pœnales, ſed rei perſecutoriæ. Concurrere dicũtur actiones dupliciter, elective (ita docendi cauſa loquuntur Doctores) & cumulative. Illud ita, ut ex pluribus actionib. una tantum experiri liceat, qua in judicium deducta ceteræ conſumantur: quomodo ad §. *ceterum 5. tit. 7.* diximus in ea materia plures cõcurrere actiones, ſed ut una eligenda ſit, qua electa ad aliam non ſit regreſſus. Hoc ita, ut omnibus experiri liceat aut ſimul, aut ſucceſſive, de quo concurſu hic agit Juſt. dum ait, quod una actio aliam nõ conſumat: idque etiam traditum eſt in *l. numquam 60. de O. & A. l. numquam 130. de R. I.* Ait Juſtin. non conſumere ſe actiones invicem, præſertim pœnales. Et igitur etiam perſecutoriæ quædam ita concurrent cumulative: Quod ipſum de actionibus ex delicto accipio, & quidem habilibus terminis poſitis, de quibus mox dicemus. Facilius autem eſt, ut cõcurrant cumulative plures actiones pœnales, ſiquidẽ cum vix idem bis peti poſſit, longe eſt difficilius, ut perſecutoriæ actiones duæ pluresve ita concurrant, ubi jam adeptus ſum per unam ꝙ mihi cepit abeſſe. Atquin nihil impedire videtur, quin ex pluribus cauſis pœnã perſequamur. Sed quid eſt, quod ait Juſtin *de eadem re concurrentes.* Ratio cur actio una per aliam conſumatur, præcipue pendet à cauſa ex qua petitur, & à re quæ petitur. Certiſſimum principium juris eſt, quod de eadem re bis judiciũ non reddatur, ſed haud dubie obſtat exceptio judicati: quoniam per deductionem priorem in judicium, ejuſdem rei, jus agendi ſuper eadem re conſumptum eſt: utcunq; poſtea alia cauſa in judicium deducatur. Veluti ſi qui emit hominem, eundem ſibi ſtipulatus ſit dari, procul dubio una actio conſumit alteram: & quod eſt in textib. noſtris, ex pluribus cauſis rem deberi poſſe, eo pertinet, ut plures actiones concurrant elective, ſed una per alteram conſumatur: hactenus ſci ut ſi ex una, actor rẽ conſecutus ſit, alia experiri non poſſit: ſecus enim fuerit ſi reus ſit abſolutus, quo caſu nihil videtur impedire

pedire, quo minus altera actio quoq; in judicium deducatur; quæ ſententia eſt ICti in *l. & an 14. §. 2. de except. rei jud.* quod ſingulas obligationes ſingulę cauſæ ſequantur, nec ulla earum alterius petitione vitietur. Et igitur ſi res & cauſa eadem ſit, omnino conſumptum eſt rurſus agendi jus, & utiq; obſtat exceptio rei judicatæ. Sin ſit eadē res in ſpecie & alia cauſa (vetus ſcilicet, quæ cū altera ſimul fuit,) reus condemnatus, ante jure repellet actorē: ſed abſolutus non repellet. Sin ſit eadem cauſa & alia res, recte aget creditor: Et tamen ſubtiliter loquēdo, non videtur alia res ex eadem cauſa peti poſſe: quia intelligimus idē ſpecie, & (proprie loquendo) in individuo: atquin v. c. pluralitas rerum etiſ facit, ut plures intelligantur ſtipulationes, licet una forma & ſerie ſermonis verba prolata fuerint, ut docent *l ſcire 29 l. ubi 75 § pen l plurib. 140 in pr de V. O.* Quid igitur, ut eo redeamus, in hoc textu ſignificat *de eadem re.* Si intelligamus eandem rem in ſpecie, & eandem petendi cauſam, falſa omnino erit ſententia hujus loci, nec fieri poteſt, ut rurſus admittatur judicium, ubi utrumque & res petita, & cauſa petendi eadem eſt. Quid ſi diverſa ſit petendi cauſa? v. c. ſervum læſi, eundem poſtea rapui; competit & actio L. Aquiliæ, & vi bon. rapt. certum eſt alteram per alteram conſumi *l. 2 in pr. de priv. delict.* Et videtur hic diverſa eſſe ratio actionum ex cōventionibus, & ex delictis. Illæ enim, ut diximus ita ſe habent, ut ubi ad eandem rem plures dantur, ſi ex una conſecutus rem ſit actor, alia amplius uti non poſſit: niſi tamen, quod addendum eſt, appareat id actum eſſe, ut res bis peti poſſit, ut creditor & rem, & æſtimationem vel bis æſtimationem conſequi poſſit: v. c. ſi hominem emptum, poſtea mihi donaveris, ſi ex cauſa empti eum precium ſolviſſem, hominem conſecutus fuero, recte poſt ex cauſa donationis agam. Atquin rurſus ſubtilius rem conſideranti, in actionibus ex delicto, & maxime pœnalib. ita res ſe habere videtur, ut ubi plura ſunt delicta & plures actiones, nunquam diverſis actionibus eadem res peti videatur: veluti in propoſito exēplo, ob ſervum læſum, ejus æſtimationē & quanti mea intereſt, peto; ſed ob eum raptum actione vi bo. rap. in quadruplum ago. Videtur itaq; quod hic dicitur *de eadem re* paulo pinguius accipiendum, non ut Accurſ. de eodem facto & delicto, nam ex uno ſimpliciter delicto tantum una actione agi poteſt, ſed quod intelligat in eandem rem & circa eandem delictum cōmiſſum eſſe per plura facta & delicta. Sed & amplius hic factum à delicto ſeparandū eſt, quoniam aliquando in unum factum plura poſſunt incidere delicta, verbi cauſa ſi ſervum meum in mei injuriam quis flagellis ceciderit, & ejus corpus hoc modo deterius reddiderit, eſt unū factum, ſed duo delicta, injuriarum & damni dati, niſi quis ſubtilius hic duo facta conſiderari poſſe putet, injuriæ illationem in dominum, & ſimul ſervilis corporis læſionem; & alia ratione duplicitas factorum hic ſtatui poteſt, quod ex graviori injuria in ſervile quoq; corpus, nomine ſervi injuriarum actionem domino competere ſup. ad *§ patitur. de injuriis.* oſtendimus. Secundum hæc commode etiam accipiendū eſt, quod ait Ulp. in *l pen de O. & A.* non conſumere ſe invicem actiones pœnales, de eadem pecunia cōcurrentes; ut non omnino eadem ſpecie pecunia ſignificetur; & videtur Ulp. ſpeciei pecuniam opponere voluiſſe: nam in identitate ſpecie vix concurſui cumulativo eſt locus.

Et ut maxime eadem ſit pecuniæ ſumma, tamen non eſt vera identitas, cum pecunia in genere conſiſtat. Summa diſputationis huc redit, ut ſiquidem actiones cōcurrere debeant cumulative, nec alterа alterum conſumere, & diverſitatem rerum petitarum, & itidem cauſæ & nimirum delicti, & plura commiſſa delicta eſſe oporteat: cæteroquin unum delictum pluribus pœnis ſimul effectualiter, ut omnes exigantur, non coercetur, & pluralitas actionum pœnalium plura delicta præſupponit. Atque huc pertinet quod Ulp. ſcribit in *l. 2. de priv. delict.* plura delicta concurrentia non facere, ut ulli impunitas detur. Idque in pluribus factis apertius eſt, in caſibus, quos ibi proponit ICtus, ſed ſæpe, ut prædiximus unum tantum videtur factum, ut tamen plura ſint delicta: quamvis propter identitatē facti unum delictum videatur, & ita quoq; diſputent ICti, ut unum delictum appellent, veluti ſi quis arbores furtim exciderit, tenetur & L. Aquil. ob damnum datum, & ex L. XII. tabb. tamquam fur non manifeſtus in duplum *l. 1. in prin. & l. furtim 7. arb. furt. caſ.* & id unum delictum appellat ICtus in *l. cū ex uno 32 de O. & A.* & ſunt tamē delicta duo, furtum & damnum datum, ſed minus apparet hæc duplicitas: indeque controverſia inter ICtos nata videtur: & tamen eam duplicitatē ſatis inſinuat ICtus in *l plura 53. de O. & A.* ubi plura delicta una in re neceſſario intelliguntur, ubi ex uno facto naſcūtur: tū quia alias omnino abſurda ſit ſententia, quod non liceat uti omnibus actionibus ſed tantum una, & contra *d. leg. 2. de privat. del.* & contra apertam rationē: tum quia ſtatim pro ratione ſubjicit,

eſſe

eſſe unam tantum obligationem; quod manifeſto falſum eſt in pluribus factis: quamvis etiam ſi unū factum ſit & plura delicta, inſubtiliter dicatur eſſe unam obligationem: quin imo contradictorium eſt, eſſe plura delicta, & unam tantum obligationē: non magis enim plura delicta, quam plures conventiones unam obligationem habere poſſunt: & ſingula delicta neceſſario ſingulas & totidem obligationes præſupponunt: ut vel hinc appareat non ſemper ſatis accurate locutos ICtos, quemadmodū in *d. l. 53.* Modeſtinus unam obligationem ſtatuit, ubi ſunt plura delicta: pingui Minerva, nimirum, dum unum tantum factum conſiderat, veluti in arboribus furtim cæſis accidit.

Igitur hic primum omnium diſtingui oportet, an plura ſint facta an unum factum. Illo caſu puto inter omnes conveniſſe quod pluribus actionibus experiri liceat. Quod ad hoc attinet, non videntur textus pugnantes admittere liquidam conciliationem.

Ait enim hic §. quod alia per aliam non conſumatur: quod in genere ita dictum & in *l. pen de O. & A. & in l. 130. de R. I.* non videtur reſtringi poſſe ad caſum quo plura ſunt facta, aut plures omnino diſtinctæ delinquendi cauſæ: quamvis alias iſtam explicationem materia hujus tit. facile patiatur, ubi diverſitas & rerum & cauſarum agendi, ſatis apparet.

Verum latius id patere probatur evidenter ex *d. l. cum ex uno. 32. de O. & A.* ubi vocatur unum delictum, (eo ſcilicet ſenſu quo explicatum eſt) & nominatim delictum arborum furtim cæſarum proponitur, (in quo vel maxime iſta unitas apparet) & tamen reſpondetur, omnibus actionibus experiri permitti, idque obtinuiſſe poſt magnas varietates: & pe ſp cuum eſt, hoc de effectu rei dici, ut fruſtra ſint, qui reſpondent, naſci quidem plures, & natas eſſe, ſed poſt unam intentatam, reliquas per exceptionem excludi. Etenim ille proprie non dicitur poſſe experiri, qui jure per exceptionem excluditur: neque de hoc an plures ipſo jure competerent actiones dubitari potuit, ſed an plures etiam recte quoque & cum effectu in judicium deduci poſſent. Sed contradicit *d l. 53. de O. & A.* ubi dicitur, quod licet plures natæ ſint actiones ex pluribus delictis, (ubi tamen unum factum eſt) tamen probatum hoc eſſe, unā tantum utendum eſſe, omnes autem exerceri non poſſe. Qui textus adverſis frontibus pugnat cum *d. l 32 ſub eod. tit.* Illa & *d l. 32* ait obtinuiſſe poſt magnas varietates, ut omnibus uti liceat: hæc ait, probatum id eſſe, quod liceat tantum una uti. An diſtinguimus, utrum ex priori actione reus condemnatus ſit an abſolutus? Non puto: nam ratio ICti in *d. l 32 de O & A.* procul dubio hæc eſt, quod ut ſup. probavi, revera ſunt plura delicta, quibus ſingulis ſuæ pœnæ debentur ex ratione *l. 2. de privat. delict.* An dicimus intereſſe, utra prius actum fuerit actione, an ea quæ minus, an ea qua plus continetur: ut ſi illa prius mota ſit, ſuperſit altera, ſed non in ſolidum & totum, verum deducto eo quod priori actione fuit in condemnatione, quomodo in caſu non diſſimili de actione L. Aquil. & commodati reſponſum eſt in *l. 7. § 1. commodat.* & in terminis *l. 1. arb. furt. caſ.* de delicto, quo arbores furtim cæſæ fuerunt: quod judex in actione ſecunda ſeu poſteriori deducat, quod agendo priori actione conſecutus eſt actor. Quam limitationem haud ſcio an ferat *d l. 32. de O. & A.* Ita enim vere loquendo non liceret effectu uti omnibus actionibus, ſed tantum una, quæ plenior & pinguior eſſet: à qua ſi agendi initium factum eſſet, alia in judicium deduci non poſſet: quod longe diſſidere mihi videtur à mente ICti in *d. l. 32.* quamvis reſponſum ICti in *d. l 1. arb. furt. caſ.* confirmetur per *l quoties 41. §. 1. de O. & A.* & in concurſu actiones ex contractu, & delicto, actionis ſcilicet pœnalis mixtæ & perſecutoriæ, facilius iſtud admittendum videtur, ut una actio per alteram minuatur, per *d. l. 7. §. 1. commodat.* ſed non ita facile in concurſu actionum ex delicto. Et nimirum hoc modo revera una actio per alteram conſumitur: quod omnino repugnat text. in *d l. cum ex uno 32. de oblig. & act.* An diſtinguimus tertio inter qualitatē conditionemque actionum ex uno facto, ut ſiquidem tendant ad diverſa omnes concedantur cumulative; ſin autem ad idem una per aliam tollatur, ut *d. l 32.* procedat in priori membro: in poſteriori locum habeat *d. l 53 eod. tit. cum ſimilib.* Cauſam ita diſtinguendi præbet & ratio & textus in *d l. pen arb. furt. caſ.* ubi ICtus ait, ſi actum ſit ex L. Aquil. contra eum qui arbores clanculum furtim cæcidit, liberandum eſſe reum actione ex Interdicto, *quod vi aut clam*: ſalva tamen manente actione ex L. XII. tabb in duplum: Scilicet actio ex Interdicto *Quod vi aut clam*, pariter ut actio Legis Aquiliæ competit ad Intereſſe: itaq; merito per unam alia conſumitur, non tam ipſo jure quam per exceptionem, ut colligitur ex *d. l pen.* quæ ait liberandum eſſe aut abſolvendum reum ab interdicto *Quod vi aut clam.* Et probabilis mihi videtur hæc diſtinctio,

ctio, qua poſſint etiam non incommode componi textus varie loquentes, & inprimis in *d. l. cum ex 32. & in d. l. plura 53 de Ob. & Act.* Nam legis Aquiliæ actio perſequitur diverſum ab eo quod eſt in actione L. XII. tabb. quæ eſt ad duplum. ſed enim *d. l. 1. arb. furt. caſ.* in terminis de hac actione duplici loquitur, & ſaltem id id quod ſupereſt alterū ſalvā manere reſpondet: neq; enim mihi ſapere poteſt: quod Accurſ. ita explicat *d. l. pen. arb. furt. caſ.* ſalvam ſaltem in reſiduum manere actionem, quæ in duplum eſt ex L. XII. tabb. Minus ſapit quod *Ioh. Fab. hic d. l. cum ab uno 32. de O. & A.* explicat de caſu, quo plures deliquerunt, & v. c. furtum fecerunt. Etenim hic jus non videtur fuiſſe dubium, quin pœnalibus revera actionibus, ſinguli in ſolidum conveniri & exigi potuerint, ita ut unius ſolutio non prodeſſet ceteris, cum quiſque ſui delicti pœnam ſuſtinere intelligatur: ſicut & pariter certum eſt, quod quibus caſibus perſequitur quiſque quod ſua intereſt, plures licet deliquerint, tamen unius ſolutione ceteri liberentur. Tum etiam penitus divinatorium eſt, ut textus eodem modo fere loquentes, *in d. l. 32. & d. l. 53. de O. & A.* de diverſis omnino caſibus explicemus. Et vero maxime ineptam hanc explicationem facit, quod ICtus in *d. l. 32.* nominatim pro exemplo proponit, delictum, quo arbores ſunt furtim cæſæ: quod ſi de diverſis & pluribus delinquentibus ſenſiſſet, nulla ratio dari poſſet, cur hujus potius delicti, imo cur non potius aliorum meminiſſet. Etenimirum in hoc facto maxime videtur eſſe unitas, & nihilominus plures naſcuntur actiones, & quidem tres, ſcilicet ex L. Aquilia, ex L. XII. tab. In duplum, & ex Interdicto *Quod vi aut clam.* Et ſunt in hoc uno facto tria delicta, quod & clam opus aliquod facit, & inſtar furis clam rem meā contrectat, & ſimul damnum mihi dat corrumpendo arbores. Quæ tamen facit, ut omnibus tribus actionibus mihi uti licere debeat, quam rationem ſecutus eſt ICtus in *d. l. 32. de O. & A.* ſed illa quam diximus unitas facti alios movit, ut effectu tantum uni actioni fecerint locum. Quomodo iſta extricanda ſint accuratius, viderint Doctores: hæc quæ ita in mentem venerunt, ad pergere volui: totum enim hunc tractatum de concurſu actionum plene abſolvere nec inſtituti, nec jam animi, fortaſſis nec vitium eſt. Duo tantum adhuc capita ſtrictim adjicere libet: Alterum de concurſu actionis pœnalis & perſecutoriæ, alterum de concurſu actionis ſive perſecutionis criminalis & civilis. Quod ad prius attinet, actio pœnalis aut mere talis eſt, aut mixta. Mere pœnalis & rei perſecutoria numquam ſe invicem conſumunt, ex certiſſimo principio juris, quod qua actione non deducitur in judicium, quod alia actione continetur, per eam alia actio conſumi non poteſt: aliud autem eſt pœna & aliud rei perſecutio: & ut plurimum ex diverſis cauſis iſtæ actiones deſcendunt: Et hinc per actionem furti quæ mere pœnalis eſt, rei vindicatio contra ipſum etiam furem, aut actio ad exhibendum, vel condictio furtiva conſumi non poteſt, per notata ad *§. ult. ſup. de oblig. & del. textus in l. rei 45. cum l ſeq. pro ſoc. & in d. §. ult.* ibi *extrinſecus habet.* Itaque in *l ſi is cui 71. di furt.* ubi actio furti dicitur tolli per commodati actionem, neceſſario actio furti de condictione furtiva accipiēda eſt, quæ una eſt Accurſii ſolutio, nam reliquæ, quas affert in *d. l. 45.* nullius ſunt momenti. Et illud vero ex *d. l. 45.* obſervandum eſt, quod conſumptio vel ſublatio alterius actionis aliquando fit ipſo jure, aliquando per exceptionem, cujus rei una ratio depēdet à qualitate actionum, an ſint bonæ fidei vel ſtricti juris; illis enim quoniam exceptiones ipſo jure inſunt, fit, ut ipſo jure cōpetere amplius non videatur facta ſolutione, de qua re ſuo loco agitur, & diximus *Tract. de action diſp. 6* & aliquid in *§. actionum 28 ſup. de actionib.* Ex quo fit, ut ſi prius ſit actum condictione furtiva, actio commodati cui ineſt ipſo jure exceptio, extingui dicatur; ſin prius commodati actum fuerit, neceſſaria ſit exceptio: quod & traditum eſt in *l qui ſervum 34. § ſi is 3. de Obl. & Act.* ex cujus collatione confirmatur, *d. l. 71 de furt.* de condictione furtiva explicandam eſſe.

Mixta autem & perſecutoria actio ubi concurrunt, intereſt an prius actum ſit, actione mixta pœnali, an rei perſecutoria. Per illam utique hanc tolli neceſſe eſt, cum in mixta, rei perſecutio inſit: At non poteſt tolli mixta per perſecutoriam; niſi quoad ſimplum & reſiduum per mixtam actionem exigetur: quæ hactenus ſubducto jam ſimplo, mere pœnalis naturam imitatur. Hinc ſi contra raptorem actum ſit condictione, actio vi bonorum raptorum non niſi in triplum ſupererit. Hinc ſi commodati actum eſt, actio Legis Aquiliæ, in eo quod ſupereſt adhuc competit *l 7. §. 1. commod.* ſecūdum quod explicandum eſt quod dicitur in *l. in rebus 18. §. 1. commod.* unam actionem per aliam conſumi, & poteſt fieri ut in actione L. Aquil. non contineatur plus quam actione commodati. Itaque in pluribus pœnalibus obtinet, ut altera alte-

ram

ram conſumat, quo ad cõcurrentem tantum ſummam, altera actione manente ſalva quo ad reſiduũ *l.1. arb. furt. caſar. l. ſi quis 88. de furt.* quin & in actionibus pluribus perſecutoriis, in quarum altera plus eſt *l. ſed ſi 47 pro ſocio.* Nec obſtat, quod ſi actum rei vendicatione, & res reſtituta ſit, ceſſet penitus actio quod metus cauſa (quæ tamen in quadruplum eſt) *l. metum 9. §. licet 6. Quod met. cauſ.* quoniam actio *Quod met. cauſ.* non eſt omnimodo in quadruplum, ſed demum talis fit ob contumaciam Rei, ſi non reſtituat rem *l. item 14. §. 1. quod met. cauſ. §. Item actio 27. ſup. de actionib.* Atque hoc primum eſt, de quo nos acturos diximus, ut hoc ſaltem addamus, tum demum ſupereſſe actionem alteram quo ad reſiduum, ſive actiones perſecutoriæ, ſive pœnales ſint, ubi ſunt diverſæ agendi cauſæ: ſecus ubi una tantum agendi cauſa eſt, ex quo pendet deciſio *l. 9. § 1. de trib. act.* Alterum erat de concurſu actionis ſive perſecutionis aut accuſationis criminalis cum actione civili. De quo traditur pro regula in *l. unic. Quand. civil. act. crim.* Quoties de re familiari & civilis & criminalis competit actio, utraque licere experiri, nec per unam alteram conſumi. Ait, *de re familiari*, non quod ulla criminalis perſecutio, ad rem familiarem pertineat, ſed ut intelligamus tale delictum, quo ſimul infertur damnum rei familiari, veluti crimen falſi, expilatæ hereditatis &c. quod non accidit in criminibus adulterii, læſæ majeſt. &c. Et igitur quo ad illud genus criminum, procedit indubitate regula *d. l. unic.* in actione civili perſecutoria rei, quæ non conſumit actionem criminalem, nec hæc illam. Sed ſi actio civilis pœnalis ſit, mihi quidem videtur intereſſe, an de crimine privato, an publico quæratur: hujus perſecutio enim cum publica ſit, & omnibus pateat, non poteſt per actionem civilem licet pœnalem conſumi: niſi quis putet forte diſtinguendum, an actio illa pœnalis ſit privata an popularis. Sed quod attinet crimen privatũ, quod & pœnali actione civili, & itidem privata perſecutione extra ordinem vindicari poteſt, velut eſt crimen furti, injuriarum &c. *l. ult. de privat. del. l. ult. de furt. l. ultim. de injur.* magis eſt, ut per extraordinariam criminalem perſecutoriam, actio pœnalis conſumatur, quam ſententiam probavi ad *Treutl. de privat. delict. th. 3.* ſed ſatis evagati ſumus.

❧(***)❧

AD TITULUM X. LIBRI QUARTI INſtitutionum,

DE IIS PER QUOS AGERE poſſumus.

TEXTUS.

Nunc admonendi ſumus quemlibet hominem agere poſſe aut ſuo nomine, aut alieno. Alieno: veluti procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim in uſu fuiſſet alterius nomine agere non poſſe, niſi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hoſtilia permiſſum erat furti agere eorũ nomine qui apud hoſtes eſſent, aut reipublicæ cauſa abeſſent, quive in eorũ cujus tutela eſſent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neq; excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morb. & ætas, & neceſſario peregrinatio, itemq; aliæ multæ juſtæ cauſæ ſæpe hominibus impedimento ſunt, quominus ipſi exequi rem ſuam poſſint.

COMMENTARIUS.

Dixit de actionibus, quæ tum ex delictis tum ex conventionibus, & qua propriis qua alienis moveantur. Non incommode ſubjicitur, de perſonis, per quas inſtituuntur actiones: & prius eſt ut ſciatur, quid & quæ ſint actiones, quam ut de modo eas inſtituendi tractetur. Sed recte monet Joh. Faber, non eſſe (ut loquitur) ſuper his inſiſtendum. De uſu procuratorum proponit jus vetus & novum, olim, ait, in uſu fuiſſe ut nemo alterius nomine agere poſſet. Et ſcilicet actiones omnes erant Legis actiones *l. 2. 6. deinde 6. de orig. iur.* quæ ſolemnibus formulis conſtabant, & ob id quiſq; nomine proprio eat proponeret receptum erat: unde Lege XII. tabb. de jumento dando ei qui in jus vocatus erat, vel arena ſternenda cautũ erat, quoniam

 ipſum

Digitized by Google

ipſum præſentem eſſe oportebat, ut apparet ex *Gel-lio lib. 1. c. 20.*

Exceptiones hic propoſitæ perſpicuam habent rationem: nam nec pupillus ipſe ob ætatem, nec populus univerſus agere poterant, neque ſervo jus erat lege agendi, eoque ubi ſe in libertatem vindicare volebat, aſſertore opus habebat, ut docet *l. 1. Codic. de aſſert. toll.* Et hinc factum ſupra diximus, ut actus Juriſdictionis voluntariæ, qui per alium expediri non poſſunt, propriam ſibi fecerint hanc appellationem *Legis actionum:* quoniam reliqui actus Juriſdictionis, ut vocant, contentioſæ, illam qualitatem ex qua olim æſtimabantur LL. actiones, amiſerunt, & per procuratores, tutores, aut curatores exerceri cœperunt: Cujus rei rationē reddit Juſtinianus hoc textu *verſ. ſed quia* quod variæ cauſæ impedimento ſint, quo minus homines per ſe ipſos litigare poſſent. Itaque jam temporibus Juriſconſultorum noſtrorum obtinuiſſe, & tum frequentiſſimum fuiſſe procuratoribus, uti ex *titt. D. & Cod. de procurator.* apertiſſimum eſt: ut omnino erret, qui quod ſcriptum eſt, ab Ulpiano in *l. nemo 123. de Reg. Juris.* neminem alieno nomine Lege agere poſſe, ad jus vetus, cujus hoc loco mentionem facit Juſtinianus, referunt: & omnino verum eſt *Lege agere*, ibi in ſpecie uſurpari juxta uſum temporum illorum, de actibus voluntariæ juriſdictionis, veluti adoptionibus, emancipationibus, quæ licet recepto uſu procuratorum in iis, quæ ad contentioſam juriſdictionem pertinebant, per alios expediri, & alieno nomine perfici non poterant, ut ſup. *lib. 1. de adoptionibus & emancipationibus* explicatum eſt.

Pro populo] Qui nimirum conſtituebat aliquem, ut univerſorum nomine cauſam ageret, qui hodie in ſpecie ſyndicus appellatur.

Pro libertate.] Qui in ſervitute injuſta detentum vindicaret in libertatem, qui dicebatur adſertor: *l. 1. C. de adſ. toll.* & diximus in *§. præjudiciales. 13. ſup. de act.*

Pro tutela.] Videlicet nomine pupilli, qui in judicio conſiſtere nō poterat: ſed nec minor poterat *l. 1 C. de his qui legit perſ ſtandi*, ideoq; id ſupplēdum eſt ex eo quod in *præcedd.* verbis de curatorio nomine dixit. Nimis ſupine hic lapſus eſt Theoph. qui pro tutela agere, explicat, cum duo litigant de tutela, uter eorum adminiſtrare debeat.

Lege Hoſtilia.] Non memini alibi iſtius Legis Hoſtiliæ mentionem fieri. Satis confidenter Pacius in notis. Tulit, inquit, A. Hoſtilius, cum A. Atilio, a 100 U bis 580. At enim in Faſtis, tres ejus nominis conſules legimus. C. Hoſtilium Mancinum & Atilium Serranum anno ab V. C 580. aut, ut alii 583. Rurſus L. Hoſtilium Mancinum cum Q Fabio Max. Æmiliano, anno Urbis 609. & rurſus anno Urbis 616. ſive 617. C. Hoſtilium Mancinum cum M Æmilio Lepido: ſcimus & Regem Romanorum eo nomine fuiſſe: potuit & Tribunus plebis ex iſta familia aut potius gente fuiſſe In tāta obſcuritate & ſilentio omnium autorum, certi aliquid affirmare, neſcio cujus arrogantiæ eſt. At cur L. Hoſtilia tantum permiſit nomine captorum ab hoſtibus aut abſentium Reip. cauſa agere ob furtum illis factum? An forte, quia furta clam fiunt, & intervertunt poſſeſſionem, quæ non redintegretur fictione poſtliminii.

Qui ve in eorum cuius.] Abſentium ſcil. Reip. cauſa aut captorū ab hoſtibus. At enim hi ut maxime tutelam ipſo jure durare dicamus; nec finiri per captivitatem aut abſentiam reip. cauſa, utiq; interim curatores habent, de quo actum *ſup. §. pen. de curatorib.* Quorſum igitur hic neceſſum erat abire à regula & admittere procuratorem? An hoc referimus ad caſum, quo necdum pupillis de alio tutore aut curatore proviſum eſt?

Cœperunt homines.] Apparet hinc non Lege aliqua, ſed ſenſim & uſu hoc receptum fuiſſe.

Sæpe imp. dimento ſunt.] Hæc fuit ratio, ob quam procuratoribus uti cœperunt homines: ceteroquin poſtquam ſemel uſus procuratorum receptus fuit, etiam extra caſum neceſſitatis & impedimenti procuratores dati fuerunt, *l. 1 §. uſus 2. de procurat.* ibi, *vel nolunt vel non poſſunt.*

TEXTUS.

Procurator neq; certis verbis, neq; præſente ſemper adverſario, imo & plerunque eo ignorante conſtituitur. Cuicunque enim permiſeris rem tuam agere, aut defendere, tuus procurator intelligitur. Tutores & curatores quo modo conſtituantur, primo libro expoſitum eſt.

COMMENTARIUS.

PRocurator alius eſt extrajudicialis ad negotia, de quo actum *ſup. titulo. Mandati*, alius qui dicitur judicialis, cui mandata eſt cauſæ alienæ actio aut defenſio. Intervenit enim & a parte actoris ad agendum, & à parte rei ad defendendum: ut docet

docet *hic* § ibi *agere aut defendere*, quod utrumque poſt admiſſum fuit: cum olim ut in *text. praeced.* habetur, per alium neque agere, neq; excipere actionem liceret. In ſpecie tamen defenſor dicitur, qui alterius cauſam defendendam ſuſcipit ſine mandato, de quo in §. *ſi vero* 5. *tit. ſeq.* Quod ad modum conſtituendi procuratorum & præcipue à parte actoris attinet, probabile eſt, olim certis quibuſdā & ſolemnibus verbis, & ut indicio eſt hic *textus in pr.* præſente altero, conſtitutionem & ceſſionem actionis factam eſſe: ſed poſtea placuit, ut per ſimplex mandatum procurator quoque ad agendum recte conſtitueretur, *h. text. in pr* & conſequenter nudo conſenſu, per epiſtolam quoq; & nuncium, juxta naturam mandati, de quo *ſup. lib. 3.* proprio titulo actum eſt. Itaq; paſſim jure noſtro, cedere & mandare, aut præſtare actionem pro iiſdem uſurpantur, ut videre eſt ex *l. 1 §. & ſi 13. cum §. ſeq & §. non tantum* 18. *& l. cum pupillus* 21. *de tut. & rat diſtr. l. Modeſtinus* 76. *de ſolut l. 1. in f. C. de magiſt conv* de qua re & omnino ceſſione actionum, & procuratore ſimplici, & eo qui in rem ſuam dicitur, accurate egimus, *tract. de act. diſp. 4. th. 3.*

Tutores & curatores.] Hoc ideo monet, quoniam hi longe aliter, quam procuratores, & nimirum teſtamento Lege & à magiſtratu conſtituuntur, juxta *tractata lib. 1.*

Ad Titulum XI. LIBRI QUARTI Inſtitutionum,

DE SATISDATIONIBUS.

TEXTUS.

Satiſdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per uſum amplexa eſt. Olim enim ſi in rem agebatur, ſatiſdare poſſeſſor compellebatur, ut ſi victus eſſet, nec rem ipſam reſtitueret, nec litis æſtimationem, poteſtas eſſet petitori, aut cum eo agendi, aut cum fidejuſſoribus ejus, quæ ſatiſdatio appellatur, judicatū ſolvi. Unde autem ſic appelletur, facile eſt intelligere: namque ſtipulabatur quis, ut ſibi ſolveretur, quod judicatum fuiſſet. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, ſatiſdare cogebatur, ſi alieno nomine judicium accipiebat. Ipſe autem qui in rem agebat, ſi nomine ſuo petebat, ſatisdare non cogebatur. Procurator vero ſi in rem agebat, ſatisdare jubebatur, rem ratam habiturum dominū: periculum enim erat, ne iterum de eadem re experiretur dominus. Tutores vero & curatores eodem modo quo procuratores, ſatisdare debere, verba edicti faciebant: ſed aliquando his agentibus ſatisdatio remittebatur. Hæc ita erant ſi in rem agebatur.

COMMENTARIUS.

1 *Satiſdatio rei in actione in rem.*
2 *Clauſula cautionis de jud. ſolvendo.*
3 *Ad l. 13.* verſ. proinde. jud. ſolv. *quando ob rem non defenſam committatur ſtipulatio.*
4 *Procurator actoris an caveat de rato.*
5 *An tutor ſatisdet de rato.*

CONfuſim ſatis hæc res tractatur: ſed & rectius ſe haberet inſcriptio, *De cautionibus*, latius enim patent tractata *h. t.* quam uti ad ſatiſdationem omnia referri poſſint, ut vel apparet ex §. *ſed hodie* 2. *h. t.* Et cautio in genere poteſt dici, quod reſpective alia ſit nuda, alia non nuda. Nuda dicitur, quæ fit ſimplici promiſſione & ſtipulatione, & latius quæ tantum fit verbis, ſive ſimplicibus ſive etiam juratis: nam & juratoria cautio nuda eſt, hactenus, quod ſola perſonali obligatione cavētem adſtringat, licet ea fortior cenſeatur ob vinculum religionis. Non nuda eſt, quæ habet pignora aut fidejuſſores, quæ poſterior non uno loco in ſpecie ſatiſdatio dici ſolet *l. 1. de ſatiſdat l. 7. de prætor. ſtipul.* & cum ſatiſdationem deſiderat Lex aut prætor, in dubio exiguntur fidejuſſores: ut tamen ſæpe pro fidejuſſoribus pignora admittantur *argum. l 1. §. jubet 9. de collation. l. 2 §. 3. quod leg* de qua re alibi tractatur. Finis cautionum & ſatiſdationum de quibus *h. t.* agitur eſt, ut judicium & quæ in eo aguntur uſque ad ſententiam, ſint tanto magis rata, & effectum ſuum conſequantur, nec per alterutram partem eludantur.

Alius

Alius antiquitati placuit.] Quod antiquitati tribuit, id temporibus JCtorum ex quorum libris Digeſta compoſita ſunt, obtinuiſſe perſpicuis indiciis, imo certis textibus deprehenditur: nec adeo accurati potuerunt eſſe compoſitores, ut non inſpergerent libris à ſe collectis, quæ ſuo ſeculo antiquata fuiſſe hic teſtatur Tribonianus.

1 *Olim ſi in rem agebatur.*] Jus † vetus hic proponitur ſub triplici diſtinctione, actionis in rem & in perſonam: actoris & rei, perſonarum principalium, & pro his intervenientium. Prima propoſitio hæc eſt. In actione in rem qui actionem ſive ſuo nomine, ſive alieno ſuſcipiebat, de judicato ſolvendo ſatiſdationem præſtare cogebatur: id expreſſum in *l. ſi petitor 8. ind. ſolu. l. ſi cum 33. de fidejuſſ.* & ſatis apparet ex *l. 1 Cod. uti poſſidetis*, quæ ſimul oſtendit ſi reus poſſeſſor non caviſſet, poſſeſſionem in adverſarium translatam fuiſſe. Et periculum enim erat, ne poſſeſſor rem faceret deteriorem, eoque ſatiſdatione opus erat: & ea de cauſa res mobilis aliquando ſequeſtrari & apud officium deponi ſolebat *l. ſi fid. 7. in f. qui ſatiſd. cog.* Et ita Aſconius in 3. Verrin. qui rem, inquit, tenet, ſatiſdat, nihil ſe deterius in poſſeſſione facturum, de qua jurgium eſſet.

Nec rem ipſam &c.] Apparet hinc, eum eſſe exitum judicii in rem ut Reus reſtituat rem, vel æſtimationem. Et diximus ſup. ad §. 1. *& ad præterea 31. de actionib.* actionem in rem fuiſſe arbitrariam, qua primo Reus jubebatur rem reſtituere, id ſi non faceret, damnabatur, quanti actor rem eſſe juraſſet. Itaque ſi alterutrum horum non fieret, ex cautione de judicato ſolvendo agebatur (ut ait Juſtinianus) cum ipſo reo aut cum fidejuſſoribus. Ita enim jus eſt, ut ubi ſatis datur, primum promittat ipſe principalis ſe aliquid daturum facturum, tum idem adſtipulentur pro eo qui dicuntur fidejuſſores. Et errat Hottomannus qui negat, cum ipſo reo ex ſtipulatione iſta agi potuiſſe. Licet enim cum Reo propria quoque actione, & ſcilicet judicati, agi potuerit, tamen non video, quid impedimento eſſe poſſit, quo minus ex ſtipulatu quoq; Reus potuerit conveniri: quam certum eſt, in ipſius etiam perſonam conceptam fuiſſe: & ſatis perſpicue hoc probatur ex hoc loco, & quod nimirum & cum Reo & cum fidejuſſoribus ex ſatiſdatione interpoſita agi potuerit.

Unde ſit appelletur.] Notatio nominis. Ita nimirum ibi cavebat actor, ut ſecurus eſſet in eventum ſententiæ ſecundum ſe datæ, & ita conſequeretur à fidejuſſoribus, quod forte ob inopiam Rei, per actionem judicati, ab ipſo conſequi non poſſet. Hoc enim principaliter hac ſatiſdatione agitur: & hæc præcipua iſtius eſt ſatiſdationis † clauſula, à qua etiam tantum appellatur: quo reſpectu una ejus clauſula eſſe dicitur in *l. cum quærebatur 13. jud ſolvi*, ſed inſunt ei duæ clauſulæ aliæ, *de defendendo & de dolo leg. 6. eod. tit.* quod alias ſi præciſe tantum res judicata ſpectaretur, reus non comparendo, & defugiendo judicium, & ſive ipſe ſive fidejuſſor doloſe hac in re aliquid agendo vim & effectum ſatiſdationis eludere poſſent: Et ita Juriſconſultus in *l. 3. § ſi reus 9. jud ſolv.* committi ait hanc ſtipulationem, ſi reum poſt præſtitam ſatiſdationem abſentem factum, nemo defendat, ſcilicet committi ob rem non defenſam: quam clauſulam ineſſe diximus huic ſatiſdationi. Sed hic ſcrupulum movet *d. l. cum quæreb. 13. verſ. † proinde jud. ſolu.* 3 ubi Juriſconſultus ait, non videri commiſſam ſtipulationem ob rem non defenſam, niſi lis fuerit conteſtata. Et an igitur *d. l. 3. §. 8 eod. titul.* accipimus de caſu litis jam conteſtatæ? Vix opinor ita explicari poſſe: vel quia textus indefinite loquitur: vel quia poſt litem conteſtatam, ubi eremodicium ob Rei abſentiam contrahitur, judex in principali recte fert ſententiam ut hic nihil neceſſe ſit committi ſatiſdationem ob rem non defenſam, cum ex ea judicato non ſoluto ex principali clauſula agi poſſit. Et omnino ſtatuendum eſt, ſatiſdationem & ejus clauſulam de re non defenſa pertinere etiam ad caſum, quo ante litem conteſtatam reus diſceſſit nec ſui copiam fecit. Sed reſpondendum eſt ad *d. l. 13. jud. ſolu.* Accurſius & Bartolus reſpondent, quod ibi non de litis conteſtatione ſuper cauſa principali, ob quam ſatiſdatio interpoſita eſt, facta agatur, ſed quæ facta eſt ſuper ipſa ſtipulatione de judicato ſolvendo: ad quod faciunt verba textus, *niſi ex ſtipulatione lis fuerit conteſtata.*

Et recte ſe habet reſponſio Bartoli: verum removenda erat objectio hæc: quod abſurdum videatur, ſtipulationem committi, ubi ex ipſa demum litis conteſtatio facta eſt: cum, committi ſtipulationem notiſſimo uſu juris ſign ficet, aliquid peccatum eſſe contra ſtipulationem, ut ex ea agi & porro litis conteſtatio fieri poſſit: ſecundum, quod ubi reus abſens non defenditur, videbitur protinus ſtipulatio de defendendo, ex clauſula ob rem non defenſam, commiſſa eſſe, nec demum committi, ubi ex ipſa ſtipulatione litis conteſtatio ſecuta

cura eſt. Hoc nimirum Bartolus & Accutſius non explicant. Ego ita hoc explicandum cenſeo; (neque enim jam habeo autorem quem ſequar.) Tum demum protinus committitur ſtipulatio, ubi contra eam factum eſt, vel factum eſt & accidit id in cujus eventum concepta fuit ſtipulatio, ubi unum tantum eſt in ſtipulatione, vel duo alternative, & æque principaliter, & ita ſunt ut aliquo eveniente non ſit locus purgationi, moræ ſive culpæ. Id tractat Jutiſconſultus in *d.l. quærebatur* 13. *iud. ſolv.* exemplo ſtipulationis, quæ ſub alternativa conditione concepta eſt, ubi ſatis eſt, unam extitiſſe, ut ſtipulatio commiſſa ſit & agi ex ea poſſit. Aliam rationem eſſe docet hujus ſtipulationis quæ continet clauſulam de defendendo & de judicato ſolvendo, ex quibus hoc principaliter eſt in obligatione, illud quaſi acceſſorie & per interpretationem: & ita ut qui non defenſus eſt, & diſceſſit corrigere hoc peccatum, & comparens ſe defendere, vel etiam abſentem eum fidejuſſor acceptus defendere poſſit, ut perſpicue docet *l. ultim. iudic. ſol.* Et igitur ubi primum quis non defenſus eſt, non protinus ita committitur ſtipulatio, ut fidejuſſor exigi & condemnari debeat, ſed ante litis conteſtationem ex ipſa ſtipulatione, licet corrigere & purgare culpam, & evitare actionem, ſuſcipiendo defenſionem: quod non amplius licet, ubi jam litis conteſtatio facta eſt contra fidejuſſorem, ob rem non defenſum: quoniam poſt litis conteſtationem purgationi amplius locus non eſt. Ita res ſe habet in obligationibus faciendi: Qui in mora fuit, purgare eam poteſt, ita ut ſi ante litem conteſtatam faciat quod promiſit, evitet actionem & condemnationem ad intereſſe. Et proinde & hoc quoque caſu dicemus non male, demum committi ſtipulationem, (hoc ſcilicet effectu ut ad intereſſe condemnetur Reus) per litis conteſtationem. Et forte non inepte quis dixerit dupliciter ſtipulationem committi dici in hujuſmodi caſibus, plene ſive omnimodo & non omnimodo. Nam ſane protinus ubi elapſum eſt tempus quo factum præſtare potuit, commiſſa recte dicetur ſtipulatio, quippe ex qua haud dubie actio à prætore peti poteſt. Sed non videbitur commiſſa plene, cum purgationi moræ uſque dum lis conteſtata ſit, relictus ſit locus. Ita in noſtris terminis dicemus committi ſtipulationem, ubi Reus cepit non defendi: ſed non cum effectu, cum ſi ante litis cõteſtat. incipiat rurſus defendi purgata ita mora, fidejuſſor evitet actionem; ceteroquin ſi poſt, reus qui defenſus non ſit, tranſigat cũ actore, aut alias liberetur, ſequeretur fidejuſſorem ex clauſula ob rem non defenſam condemnari debere: quod abſurdum eſſe apparet: eoq; argumento utitur J. Cenſ. in *d. l. 13* & ait his caſib. evaneſcere clauſulam ob rem non defenſam. Et forte his caſibus, etiã poſt litem ex ea clauſula contingentibus, abſolvendus erit fidejuſſor: idque adito prætore impetrabit, judex enim pedaneus ex veteris juris ratione, vix poterit, ob ſtricti jur.s judiciorum naturam. Hæc fortaſſe non indigna obſervatione videbuntur.

Multo magis is.] Ratio, cur potius hac cautione onerari debeat qui pro reo intervenit, quam ipſe Reus patebit ex § *ſi vero* 5. *infr. h.t.*

Ipſe autem qui in rem agebat.] Hactenus de Reo & ejus defenſore ſequitur quid juris in actore & qui ejus nomine intervenit, in actionibus in rem. Et principalis actor ſcilicet non ſatiſdabat, nec enim eadem ratio erat, quæ in Reo: & nec ſatiſdatio de judicato † ſolvendo in ejus perſona locum habebat: neq; rationis videbatur ut ab eo exigeretur cautio de perſequendo litem, cum actor præſumatur id facturus, qui ultro actionem poſtulavit, & rei potius tergiverſari creduntur; unde à Græcis nomine ſignificanti φεύγοντες & actores διώκοντες appellantur. 4

Procurator vero.] Iſtud non propriũ actionis in rem eſſe mox ipſe Juſtin. in §. *ſeq.* ſcribit: ſicut nec prius, de ipſo principali, quod ſatiſdare non teneatur. Itaque parum accurate iſta res tractatur, dum quæ communia utrique actioni ſunt, in rem & in perſonam, ut ſpecialia proponuntur. Ait autem: procuratorẽ actoris ſatiſdare, dominum rem ratam habiturum. Atquin, quicunque agit ex mandato domini, ille non neceſſe habet ſatiſdare de rato. Procurator autem agit ex mandato domini. Ergo non ſatisdat de Rato. Aſſumptio eſt in §. *pen. tit. præc.* ubi Juſtinian. ait, eum eſſe procuratorem, cui dominus permiſit rem ſuam agere: & procurator nihil aliud eſt quam mandatarius, qui relationem habet ad mandantem: ideoque in *l. 1. de procurat.* definitur eſſe, qui aliena negotia MANDATU domini adminiſtrat. Propoſitionis ratio manifeſtiſſima eſt: quod cum ut hic autor eſt Juſtin. finis hujus cautionis ſit, ut ne dominus iterum experiri poſſit, utique ubi de cujus voluntate conſtat, quod alii rem agendam permiſerit, iterum agere non poteſt, & cõtradictoria fuerint, mandare ut fiat, & illud ratum non habere: ita quicunq; verum mandatum de agendo profert, eum onerare hac

cautione de rato, ridiculum foret: & quod ubi de mandato conſtat, non ſit opus hac cautione, expreſſum eſt in *l.1. C de procur. l. 3 §. 2. ut in poſſ. leg. fac. l. ſi procur. 65. de procuratorib.* & probatur ex § *finante 3. inf. h. t. l. 1. in pr. C. de ſatiſdando.* Itaque fatendum eſt Juſtinianum abuſive poſuiſſe verbum *procuratoris*, pro eo qui ſe gerit pro tali, ſed liquido mandatum oſten lere non poteſt, & tamen aliquas conjecturas producit, ex quibus probabile fit eum à domino mandatum habere: quo caſu ubi aliqua dubitatio oritur, admittitur quis ad agendum cum cautione rati per *d. l. 1. C. de procuratorib. d. l. 3. §. 2. ut in poſſ. legat.* nam cui conſtat, mandatum non eſſe, is ne quidem cum cautione iſta auditur, niſi ſit conjuncta perſona *l. ſed & 35 in princ. L. Pomponius 40. § ultim de procuratorib.* ſed & procurator generalis ad negotia admittitur ad agendum, cum cautione rati, ut omnino explicandus eſt text. in *l. de pupillo 5. §. Qui proc 18. de nov. op. nunt.* ubi dicitur teneri ſatiſdare de rato, licet verus ſit procurator: ſcil. ad negotia gerẽda: alioquin expreſſe id falſum eſſet, per *d. l. 1. C. de procur.* Itaque tres ſunt caſus, primus quo conſtat eſſe mandatum ſpeciale ad agendum, & nulla opus eſt cautione rati: aut conſtat non eſſe mandatum, nec cum cautione admittitur regulariter quis ad agendum: quia in re eura liud ſi in eo qui pro reo intervenit, dicemus ad §. *ſi vero 5. inſt h. t.* aut dubium eſt de mandato, vel procurator univerſalis eſt ad negotia, & admittitur cum cautione Rati, ut ſit proſpectum Reo: nam ubi verum & ſpeciale mandatum non eſt ad agendum, res à parte actoris non deducitur in judicium: itaque licet reus abſolutus fuerit, domino iterum agente, & qui negat ſe hoc mandaſſe, non objici poteſt exceptio rei judicatæ, *l. nec filius 7. C. de reb. cred. l. 1. C. quib. res jud. non noc.* Eoq; ſi reus iterum conventus, quid inde damni ſenſiſſet, id omne vigore cautionis de rato à falſo procuratore & ejus fidejuſſoribus exigebat.

Tutores vero.] Ait Edicti verba feciſſe, ut tutoribus † & curatoribus eodem modo ſatiſdandum eſſet, quo procuratoribus. Videtur intelligere id edictum, cujus mentio in *l. ſervum 33. §. ait 3. de procur.* ex quo qui alieno nomine agere vult, debet cavere tum ſe viciſſim eum defenſurum, tum eum cujus nomine agit, ratum habiturum. Diximus autem, ubi de mandato conſtat cautione opus non eſſe: & ob id edictum illud neceſſario accipiendum erit de eo, qui alieno nomine actionem ſibi dari petit, ſine ſpeciali mandato: id eſt, qui vel procurator generalis ad negotia, vel conjuncta perſona eſt. Jam videamus an tutoris aut curatoris eadem ratio ſit, quæ hujuſmodi procuratoris generalis aut conjunctę perſonę ſcilicet quo ad cautionem rati. Et omnino diverſiſſima ratio eſt, quia tutores officium quaſi publicum ſuſtinent, & non tantum ad extrajudicialia, ſed ad omnia omnino pupilli negotia conſtituuntur, nec dubium eſt eos hoc nomine teneri judicio tutelæ, ſi debitores pupillares non convenerint judicio, aut alias actiones competentes non moverint. Et adeo cum ex neceſſitate officii tutorio nomine agere teneantur, abſurdum ſit, ab iis flagitare ſatiſdationem de rato. Et ita diſerte Juriſconſultus in *leg. vulgo 23. de admin. tut.* obſervari ait, ne tutor caveat, ratam rem pupillum habiturum, quia (tutor) rem in judicium deducat. Quæ ſolida ratio eſt, ob quam non neceſſaria eſt hæc cautio; quoniam eadem res bis in judicium deduci non poteſt; & igitur ſi tutor recte rem in judicium deducit, ſequitur pupillum ſi poſtea iterum agere velit, excludi exceptione rei judicatæ; & igitur non opus eſſe cautione rati; quæ exigitur, ut hoc ipſo loco Juſtinian. ait, ubi periculum eſt, ne dominus iterum de eadem re experiatur. Et igitur falſum videtur, quod hic Tribonianus ſcripſit, tutores debere cavere de rato; & falſum, quod aliquando tantum ipſis ſatiſdatio remittebatur, & qui hic Juſtiniani honori conſulere volunt, inepti eſſe coguntur, dum dicunt cautionem iis remitti, uti conſtat eos eſſe tutores.

Etenim hoc utique præſupponendum eſt: alias ſtulta ſit quæſtio an tutores caveant, nec ne, ſi in dubio ponas, an ſint tutores, & non de tutoribus qua talibus quæras. Et ideo ponenda eſt hæc Regula, Tutores non cavere de Rato: cui ſubjungenda declaratio, ut ſi dubitetur, an ſit tutor, aut adhuc duret tutela, tum cautio jure exigatur; ut recte factum ab Ulp. in *d. l. 23.* quem ordinem vitioſe convertit Tribonianus.

Quod ad alteram ſatiſdationem attinet, de qua in *d. l. 33. §. 3. de procurat.* de defendendo, ſi forte Reus conventus, viciſſim mutuam petitionem habeat, eam etiam procurator cum mandato ſpeciali præſtare tenetur. Sed de illa hic non agitur, & verum eſt, nec hac gravandum tutorem, quippe qui omnino ex neceſſitate officii defenſionem pupilli ſuſcipere cogitur, quod certius ſanxit Juſtinian. in *l. ultim Codic. de adminiſtr. tut.*

TEXTUS.

TEXTUS.

2. Si vero in perſonam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione qua in rem agitur: ab ejus vero parte cum quo agitur, ſiquidem alieno nomine aliquis intervenire, omnimodo ſatisdaret, quia nemo defenſor in aliena re ſine ſatisdatione, idoneus eſſe creditur. Quod ſi nomine proprio aliquis judicium accipiebat, in perſonam, judicatum ſolvi ſatiſdare non compellebatur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui alieno nomine convenitur ſatiſdet de jud. ſolvendo, licet agat ex mandato.*

IAM monuimus ad *princ. in verſ. procurator.* actioni in perſonam etiam eſſe communia, quæ de actione ibi tradita ſunt; nimirum, quod & qui in perſonam agit nomine proprio, non tenebatur ſatiſdare: & quod qui alieno nomine agere volebat, itidem ut in actione in rem, ſatiſdare tenebatur, (juxta ea, quæ ante diximus) dominum rem ratam habiturum: quod & ſatis apertam habet rationem. & eſt textus generalis in *l. ſervum 33. in fin. de procurat.*

Ab eius vero parte.] Et hoc habet commune actio in perſonam cum actione in rem, quod utrobique, qui judicium ſuſcipit alieno nomine, de judicato ſolvendo tenetur ſatiſdare. Et hoc ſolum in actione in perſonam ex veteri jure eſt ſpeciale, quod in *f* §. habetur, ſi quis proprio nomine ſuſcepit judicium, qui non tenetur ſatisdare de judicato ſolvendo; quod in actione in rem olim contra fuiſſe in *princ. tit. verſ. olim* Juſtinian. ſignificat. Rationem diverſitatis notant, quod cum rei interitu liberetur reus, in quam actio directa eſt, potuerit facile Reus rem petitam præſertim mobilem, corrumpere, aut utiq; deteriorem reddere, ſed enim & qui ex contractu rem debet ejus interitu liberatur, ſed ante moram nec facile hic citra moram ad judicium venitur; utiq; à litis conteſtatæ & judicii accepti tempore non poterit, ſe ratione hac defendere reus. Et hic aliqua inter iſtas actiones eſt diverſitas. Nam qui actione in rem convenitur, aut poteſt putare jure, ſe dominum eſſe, aut ut maxime hoc non putet, poteſt tamen ignorare, an petitor ſit dominus, cui niſi liquido dominiũ probaverit, rem non tenetur reſtituere; ita que licet res poſt motam litem & conteſtatam, modo ſine culpa & dolo poſſeſſoris perierit, omnino abſolvendus eſt *l. ſin autem 27. §. 1. de rei vindicat.* Illud hic ſupereſt videndum, quamobrem † ille, qui alieno nomine judicium ſuſcipit, ſatiſdare teneatur de judicato ſolvendo, licet conſtet liquido, eum ad agendum mandatum habere: hoc enim h. §. videtur voluiſſe ſignificare Juſtinianus, dum ait, eum omnino ſive omnimodo ſatiſdare, id eſt, ſive mandatum habeat, ſive non, quod non advertit Hott. qui *omnimodo* nullo ſenſu diciait; ſed qua fronte adducit Theophilum, quē ſecutum ſe profitetur, cum tamen apud hunc diſerte extet πάντα τρόπον. Sed & amplius, quod mandatum non liberet ab hac cautione de ſolvendo judicato, expreſſum eſt in *l. 1. in f. Cod. de ſatiſdando* & probatur per regulam generalem paſſim & in *§. ſi vero 5. inf. h. t.* quod nemo intelligatur idoneus defenſor ſine ſatiſdatione. Reddit Hottom. hanc rationem, quod alias victo procuratore, poſſit prætendere litis dominus, non niſi præjudicare rem inter alios actam, & ita eluderetur judicium: Sed non video, qui dominus hoc prætendere poſſit, qui de ſuſcipiendo judicio alteri mandatum dedit non magis, quam prætendat hoc qui mandatum de agendo dedit; & procul dubio talem prætenſionem non admiſſurus fuiſſet prætor, verum ea non obſtante in eum dediſſet actionem judicati. Itaque hæc ratio Hottomanni nulla eſt. Non tamen longe ab ea abit, tradita à *Cyn. in l. 1. Cod de procur. n. 2.* quod reo, qui vicit ſatis ſit conſultum per mandatum actoris, ut eum quandocunq; iterum agere volentem, exceptione repellat; ſed non ſit ſatis conſultum actori, per ſimplex mandatum, niſi & ſatiſdatio accedat. Mihi ratio vera & ſubtilis iſtius rei hinc pendere videtur quod ut tractavi ad *§ pen. ſup. tit. ult. lib. 3.* ſuſceptio judicii alieno nomine, eſt inſtar delegationis, & facit, ut ſubtilitate juris reus liberatus videatur, ut merito, qui in locum rei quaſi ſuccedit ſatiſdatione hac ſit onerandus, quod alias invito actori, vel creditori alius debitor obtruderetur. Et hinc ex ſtricta juris ratione actio judicati omnino danda eſſet in ipſum defenſorem, imo & in procuratorem: Sed prætor ex æquitate, cum alienum negotium geſtum revera ſit, mandatu Rei, actionem negat in procuratorem, & eum dat in reum principalem, (ſi modo ſit ſolvendo) *l. ſi ſe 4. de re iudic.*

Digitized by Google

TEXTUS.

2. Sed hodie hæc aliter obſervantur, ſive enim quis in rem actione convenitur ſive perſonali ſuo nomine, nullam ſatiſdationem dare compellitur pro litis æſtimatione, ſed pro ſua tantum perſona, quod in judicio permaneat, uſq; ad terminum litis, vel ſuę promiſſioni committitur, cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant, vel nudam promiſſionem, vel ſatiſdationem pro qualitate perſonæ ſuæ dare compellitur.

COMMENTARIUS.

1 *Qui juratoriam præſtent cautionem.*
2 *Quam præſtent, qui poſſident immobilia, ad* l. 15. in pr. qui ſatiſd. cog.
3 *De cautione auth. generaliter* Cod. de Epiſcop. & Cler.

REus ipſe olim conventus actione in rem, ſatiſdabat de judicato ſolvendo, *prin. h. t.* hodie non ſatiſdat; hoc §. eam enim intelligit ſatiſdationem de præſtanda litis æſtimatione. Notant tamen Doctor. caſus ſpeciales, quibus hodieque alia ſatiſdatio præter eam quæ hic exigitur, requiratur, veluti in *leg. Senatuſconſulto 16. de offic. præſid. l. ſi fidejuſſor. 7. §. ultim. qui ſatiſdar cog.* Sed & affines huic cautioni quædam aliæ ſunt; iidem aliquando præſtandæ, veluti de judicio ſiſtendo *l. 2. § ſed ſi dubitetur 6. de iudic.* Hæc enim diverſa eſt ab iſta in h. §. quæ porrigitur uſque ad terminum litis. Sed illi exhibitione ſemel legitime in judicio facta ſatisfit. Similis eſt etiam cautio de ſuſcipienda lite, ut in *leg. ſi quis 8. §. penultim. Cod. de præſcript. 30. ann.* Recte autem hoc §. regulariter illa cautio exigitur (quamvis eam fere abiiſſe in deſuetudinem notent Interpp.) ad eludendas tergiverſationes reorum, quorum eſt moras nectere, & qua poſſunt, trahere, aut eludere litem, qua de cauſa, ut ad pr. diximus verbo appoſito φεύγοντες à Græcis appellantur, & inde frequenter à Triboniano Græculo, fugientes.

Quod in fin. §. eſt, de modo cavendi, non tantum ad iſtam de qua hic agitur, ſed ad alias quoque cautiones pertinet. Et dixi jam ad *pr. tit.* cautionem eſſe, vel nudam, vel non nudam, quæ fere
admittitur in ſubſidium; nec enim quod quis idonee fidejuſſoribus, aut pignoribus cavere non poteſt, propterea jure ſuo cadere debet. Et huic fini
præcipue introducta & admiſſa eſt cautio † jura- 1
toria, cui pauperiores committuntur, ut & jurent
ſe facturos, quod alias fidejuſſorib. datis promittere debuiſſent, ſimul & hoc, ſe idoneos fidejuſſores reperire non potuiſſe, *auth. generaliter Cod. de Epiſc. & Cler.* Atque hęc eſt una cauſa hujus cautionis, paupertas, alia eſt à dignitate, nam illuſtres non coguntur ſatisdare, ſed juratoriam tantum cautionem præſtant; *l. quoties Cod. de dignit.* quod privilegium etiam his datum eſt, qui in ſacris ſcriniis militant *l. in ſacris 12. Cod. de proxim. ſacr. ſcrin.* Reliqui ſatiſdationem præſtare & dare fidejuſſores teneantur. niſi tamen poſſideant immobilia, *l. ſciendum*
15 in princip. qui † ſatiſdar. cog. ubi tamen Accurſ. 2
annotat, eos nihilominus jurare teneri, per *l. ultim. Codic. de princ. ag. in reb.* ubi qui immobilia poſſidēt, dicuntur credendi juratoriæ cautioni & ſubſtantiæ ſuæ; quod tamen, & ut juretur, non obſervari conſuetudine ibidem Bart. atteſtatur: & non putarim id ad mentem eſſe Juriſconſulti in *d. l. 15.* nec video, quis hoc admiſſo ſit futurus locus, repromiſſioni nudæ; quæ *& h. § & in rubr. qui ſatiſd. cogant.* opponitur cautioni juratoriæ, & cui nudæ promiſſioni, relinqui poſſeſſores immobilium, æquum videtur. Plane arbitrio judicis crediderim permittendum, ut æſtimet, an jurare reus debeat, an nude tantum promittere, quæ eſt Baldi ſententia in *dict. l. ſciendum 15. in princ.* Verum cautio iſta, nec cum poſſeſſione bonorum immobilium ſufficere videtur, cum bona alienando inutilem poſſit reddere cautionem. Hac de cauſa itum eo eſſe videtur frequentius, quod teneatur reus ea bona hypothecæ obligari. Ita enim *Bartol. in l. 1. in fin. & in d. l. 15. in princip. numer. 7. qui ſatisdat. cog. Iaſon & Caſtr. ibid. uterque nu. 6. itidemque Iaſon ad rubr & Caſtr ad l. 1. ibi n. 4.* Quam tamen ſententiam firmant non bene ex *d. l. ult. Cod de princip agent. in reb.* quoniam *ſua ſubſtantia credi*, nō ſignificat, quod bona teneantur obligare pignori, ſive hypothecæ, ſed quod propter bona immobilia non teneantur ſatiſdare. Ceteroquin ſi hæc fuiſſet ſententia Juriſconſulti in *l. 15. qui ſatiſd. cog.* illud nō omiſiſſe; quod præſertim ea ſit idonea cautio, quæ fit per hypothecā, & non multo indignior, quin utilior aliquando cautione fidejuſſoria. Et facit optime *l. 15. §. ultim. qui ſatiſd. cog.* Plane n. fuerit contra mentem JCti, ſi ibi intelligamus, cum

onere

Digitized by Google

onere hypothecæ rem alienatam; ubi nec ratio quidem eſſet dubitandi. Neque movet ratio ſupra dicta, quoniam quod in *d. l.* 15. traditur, non eſt generale, & ad ſpecies omnes ad cautionem pertinens, ſed tantum obtinet in cautione de judicio ſiſtendo; minime omnium autem in cautione de judicato ſolvendo, quam præſtare quis cogitur, licet poſſideat immobilia, ut poſt gl. notat *Iaſon. in d. l. 15. in princ. numer. 3. in fin.* & probatur ex § *ſi vero 5. infr. h. t. l. minor. 51. §. fi. ll. cum ſeq. de proc.* ubi dicitur eum teneri ſatisdare, qui locupletiſſimus ſit; quod non niſi abſurde poſſit ad poſſeſſorem mobilium tantum reſtringi. Itaque nec à præſtandorum fidejuſſorum neceſſitate liberabitur, qui cavere debet de rato; quia & in cautione † nova actori impoſita *auth generaliter. C. de Epiſc. & cler.* cēſet Bart. requiri fidejuſſores, licet actor immobilia bona poſſideat; cujus tamen ſententiam recte mihi videtur improbare *Iaſon. in ſæpe d. l. 15 qui ſatisd. cog. nu. 1. & 2.* tum quod ea quoque eſt quaſi cautio quædam de ſiſtendo; tum quod ratio *d. l.* magis quoque militat in actore quam in reo; ita enim communiter Dd. quod ideo poſſeſſor immobilium liberetur ab onere ſatisdandi de ſe ſiſtendo judicio, quia fugæ ſuſpicio ceſſet, quæ longe magis ceſſat in actore. Neque mala eſt ratio iſta; non tamen video cur à Jaſone & aliis improbetur altera à quibuſdam tradita, quod ſatis ſit conſultum actori ſi reus immobilia poſſideat; quin iſta fere magis accommodata videtur: Nam lite necdum conteſtata, ſi reum contingeret eſſe abſentem & latitantem, hoc remedio ſuccurrebatur actori, ut in poſſeſſionem bonorum debitoris mitteretur; quomodo cum ei conſultum eſſet, non erat cur onere ſatisdandi gravaretur Reus. Illud autem videndum, an eadem ſit ratio cautionis quæ *hoc* §. proponitur: nam vetus illa de judicio ſiſtendo, cautio præſtabatur huic fini, ut quis evitaret neceſſitatem ſequendi adverſarium in jus, itaque in certum diem, quo ſe ſiſteret promittebat; eoque adeo ſe ſiſtente ſatisdatio iſta habebat exitum & finem ſuum. Atquin hujus §. cautio porrigitur ad finem uſque litis, ſicut & illa de qua in *d. auth generaliter C. de Epiſc. & cler.* Itaque verendum erit ne ſufficiat poſſeſſio ſola immobilium; & ſiquidem ſufficere exiſtimatur, (Interpp. enim communiter accipiunt *hunc* §. de cautione de ſiſtendo) admittendum magis erit, quod volunt Interpp. ita ſufficere immobilium bonorum poſſeſſionem, ut hypothecæ ea ſimul obligentur.

5

Pro qualitate perſona.] Hoc explicatur ex iis; quæ ſupra ad *hunc* §. diximus, de perſonis illuſtribus, & iis, qui in ſacris ſcriniis militant; itemque quod aliquando cautio juratoria, aliquando nuda repromiſſio, à poſſeſſoribus immobiliū exigatur. Minus autem recte huc refertur, quod à parentibus & patronis, quivis licet minus idonei fidejuſſores ſunt accipiendi *leg. 2. §. 2. qui ſatisdar. cogantur.* licet enim fidejuſſores non ſint omnino idonei, tamen utique fidejuſſores ſunt, & adeo iſta ſatisdatio, non nuda eſt repromiſſio.

TEXTUS.

3. Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel ſuſcipitur; in actoris quidem perſona, ſi non mandatum actis inſinuatum eſt, vel præſens dominus litis in judicio procuratoris ſui perſonam confirmaverit: ratam rem dominum habiturum, ſatisdationem procurator dare compellitur; eodem obſervando, etſi tutor, vel curator, vel aliæ talis perſonæ, quæ alienarū rerum gubernationem receperunt, litem quibuſdam per alium inferunt.

COMMENTARIUS.

HActenus de principalibus perſonis, ſequitur de iis quæ pro aliis, aut aliorum nomine in judicio interveniunt. Et 1. de procuratore actoris; oportet enim procuratorem hic eſſe, id eſt ut mandatum ſit à domino litis, vel mandati adſint aliquæ conjecturæ. Ceteroquin conſtat eum, quem certum eſt, non habere mandatum, nec admitti, (excepta conjuncta perſona) cum cautione rati, ut ſup. *ad pr. hujus tit.* diximus: & evidentiſſime probat hic locus, quod ibidem tractavimus, ubi conſtat de mandato, non opus eſſe cautione de rato habendo; veluti ut eſt *in pr.* ſi mandatum actis inſinuatum, aut ab ipſo domino litis præſente, aliquis ad agendum fuerit conſtitutus, qui duo caſus exempli loco adducti videntur: poteſt enim & aliis modis & per teſtes, mandatum probari, quamvis probabilis ſit ſententia *Fabri hic n. 19 & 20.* quod ad hunc effectum, ut liberetur procurator à cavendo, non ſufficiant teſtes ad probandum mandatum: quia cum horum teſtimonium abſenti domino præjudicare non poſſit, non eſt hac ratione reo ſatis conſultum, quo minus dominus iterum agat: &

Digitized by Google

v. etiam late Fabrum *ibid. per totum*, quomodo & quando res dicitur eſſe aut fieri dubia, ut procurator admittatur ad cautionem rati. Et ſecundum hæc textus generales *in l. ſervum 33. §. ait 3 l. non ſolum 39. §. 1. de procur.* neceſſario, de conjunctis perſonis, aut de procuratoribus generalibus ad negotia, & de caſibus, quibus dubitatur de mandato, ſunt explicandi.

Eodem obſervando.] Quid juris ſit, ubi tutores ipſi nomine pupillorum agunt, diximus *ad fin. pr. h. t* Hic agitur de caſu quo porro alius nomine tutoris agit, & quo, ut loquitur textus tutor vel curator &c. litē inferunt per alium. Quod recte limitat Accurſ. ſi poſt litem conteſtatam id fiat, ante enim procuratorem conſtituere tutor non poteſt *l neque 11. in pr. C. de procuratoribus.* Cujus ratio eſt, quod jus dandi procuratoris ſoli domino competit: quæ cū etiam militet in cæteris, qui bona aliena adminiſtrant, quorum hic mentio fit etiam, nō ſatis rationis video, cur ab Hottomanno hi à tutoribus & curatoribus hac in re ſeparentur. Scribit tamen hic Faber, prælatos etiam poſſe dare procuratorem ante litem conteſtatam. Ait Juſtin. *Quando per alium litem inferunt*, quæ verba non ſatis apte videntur dici de caſu quo lis jam cœpta & cōteſtata eſt. Et poſſit igitur hic locus intelligi de caſu, quo pupillus tutore autore dedit procuratorem *d. l. 11. C de proc.* ut etiam quo dedit tutor actorem *d. l. 11.* de cujus natura dictum eſt *in § ult. de curatoribus.*

TEXTUS.

4. Si vero aliquis convenitur, ſiquidem præſens procuratorem dare paratus eſt, poteſt vel ipſe in judicium venire, & ſui procuratoris perſonam, per judicatum ſolvi ſatisdationem, ſolenni ſtipulatione firmare, vel extra judicium ſatisdationem exponere, per quam ipſe ſui procuratoris fidejuſſor exiſtat, pro omnib. judicatum ſolvi ſatisdationis clauſulis: ubi & de hypotheca ſuarum rerum convenire compellitur: ſive in judicio promiſerit, ſive extra judiciūm caverit: ut tam ipſe, quam hæredes ejus obligentur. Alia inſuper cautela vel ſatisdatione, propter perſonā ipſius exponenda, quod tempore ſententiæ recitandæ veniet in judicium, vel ſi nō venerit, omnia dabit fidejuſſor, quæ in condemnatione continentur, niſi fuerit provocatum.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo reus poſſit eſſe fidejuſſor ſui procuratoris.*
2 *De altera cautione quod reus venturus ſit ad excipiendam ſententiam.*

Dixit de eo qui nomine actoris intervenit. Ex parte Rei duplex tractatio eſt, & nimirum tum de procuratore, qui mandatum ſcilicet habet, de quo hoc §. tum de eo qui in ſpecie defenſor dicitur, & intervenit ſine mandato, de quo *in §. ſeq.* Diximus ſupra, quod qui pro reo intervenit, omnino tenetur ſatisdare de judicato ſolvendo. Et fruſtra hic objicitur à quibusdam, quod fidejuſſores hic contra regulam juris videantur promittere factum alienum: ſiquidem in hac ſatisdatione continetur etiam clauſula, rem defenſam iri, & dolum malum abfuturum, ut ad *pr. tit.* diximus. Et in ſtipulationibus & ſatisdationibus prætoriis, facile tale quid permittitur, *arg. l. 5 de prætor. ſtipul* & ipſa natura hujus ſatisdationis ſatis oſtendit, venire id quod intereſt actoris, quinimo aliàs plane uſus fidejuſſionum tolleretur. Refert autem hic modum Juſtinianus, quo liberare poſſit dominus procuratorem à cautionis hujus onere, ut nimirum in judicio aut extra illud, ipſe pro procuratore ſuo ſatisdet. judicatum ſolvi, & ita procuratoris ſui † ex ſtat ipſe fidejuſſor. Ubi objicit Faber, quod obligatis acceſſoria requirat principalem: hic autem procurator, cujus fidejuſſor eſt ipſe principalis, non eſt obligatus.

Reſpondet ipſe, eum non eſſe verum fidejuſſorem, ſed quaſi & pro fidejuſſore. Sed & aliæ duæ reſponſiones, licet eas improbet Faber, mihi recte ſe habere videntur. Quod obligationi futuræ, & qua ſcilicet poſt condemnationem obſtringitur procurator, accedat principalis. Neque obſtat *l. ſi ſe 4. in princ. de re jud.* Etenim denegatur quidem in procuratorem actio judicati, ſed nihilominus ſumma & ſtricta juris ratione, tenetur procurator ipſe, in quem & ex ratione juris ſententia fertur: cum ut ſupra oſtendimus, Reus, dum intervenit alius pro eo, liberetur: nec dubium eſt, quin procurator conteſtetur litem in ſuam perſonam, qua de cauſa etiam poſt lit. cont. dominus litis fieri dicitur. 2. Quod ipſe procurator, pro quo

reus

reus principalis fidejubet, debeat promittere, judicatum ſolutum iri. Nam obtinet ita in genere, in dantis ſatisdationibus, ut fidejuſſores accedant, & promittant idem, id eſt, adpromittant, quod jam promiſit alius principalis, ut notavimus ad pr. tit. Aliam inde objectionem movet Faber, quod hæc fidejuſſio ipſius Rei ſit inutilis: quippe cum re non defenſa fiat miſſio in poſſeſſionem bonorum debitoris, & condemnatione ſecuta actio judicati in ipſum principalem detur *d. l. 4. de re iud.* Ego ſimpliciter reſpondebo, principalem reum, dum eſt fidejuſſor procuratoris ſui, non cōſiderari qua reum, ſed qua alium quemvis. Et cum procurator cogatur ſatisdare de judicato ſolvendo, quid ni & ipſum reum fidejuſſorem dare poſſit. Et tamen quia ipſe principalis verus Reus hic fidejuſſor eſt, qui alias tenetur, amplius requiritur hoc §. ut hypotheca bonorum accedat: quo tanto certius cautum ſit actori.

Pro omnibus clauſulis Quantum tres eſſe diximus, & eas explicavimus *ad pr. tit.*

Alia inſuper cautela] Obſcurior videtur pleriſque hic locus: mihi videtur eſſe perſpicuus. Nimirum duplicem præſtari cautionem à Reo docet *hic text*: alteram pro perſona procuratoris ſui; alteram pro perſona propria. In illa ipſe eſt fidejuſſor: in hac ipſe fidejuſſor ut ſit, impoſſibile eſt cum promittat, ſe eo tempore quo ſententia ferenda eſt, in judiciū † venturum ad excipiendam ſententiam, ideoque
2 ut ſuper hoc fidejuſſores det, alias omnino neceſſarium eſt & hunc fidejuſſorem, quem ex hac cauſa dedit Reus, ſignificat *Iuſtin. in fin §.* ibi, *omnia dabit fideiuſſor*: & mirari ſubit, judicium Cujacii & Cōtii, qui verbum *fideiuſſor.* expungendum cenſent, maxime cum loquatur Juſtinianus, de reo, qui promiſſis non ſtetit, nec ad judicium venit, adeo de reo abſente ut proinde nec neceſſe ſit, ſuppleri textum cum Hottomanno, *vel ipſe*, *vel fideiuſſor.* cum nec beneficium ordinis implorare hic fidejuſſor, abſente quippe reo, poſſit: quamvis & ideo fruſtra hic Hottomannus de beneficio novo ordinis quærit, quod demum poſt per *N. 4.* eſt introductum.

Apparet ex his manifeſto errare, qui poſt Acc. interpretantur in *hoc verſ.* hanc cautionem præſtari non à domino litis, ipſo reo principali, ſed à procuratore: Etenim rationis eſt, & ipſe arguit textus, de uno eodemq; agi, qui utramque præſtat cautionem.

Deinde: ipſum factum quod eſt in cautione, nimirum, quod tempore ſententiæ venturus ſit ad judicium, efficit, ut ab ipſo reo principali cautionem eſſe præſtandam, dicere oporteat: quippe qui ipſe in judicio non verſatur, ſed reliquit procuratorem: cum quo licet cætera judicii peragantur, voluit tamen Juſtinianus in reum ſententiam ferri, in quem etiam datur judicati act. *l. 4. in princ. de re iud.* Et 3. abſurdum valde ſit, promittere procuratorem hoc factum rei principalis, quod & notiſſimis regulis juris repugnat, cum omnino ipſe reus, qui tum præſens eſt, hoc potius præſtare debeat. Quæ adeo manifeſta ſunt, ut nec deberet quemquam movere à Pacio hic citata Theophili autoritas, ut maxime hic diſſentiret, quem non de numero compoſitorum juris, ſed recentiorem fuiſſe notant *Curtius & Baro. hic ad tit I. Quib. mod. ius pat. pot. ſolu.* ille. 2. *con-tect. ult.* Sed et im mirum eſt, adeo ſocordem Pacium fuiſſe, & ita ſecure hæc ſcripſiſſe, inepiter deceptum ab Interprete Latino Curtio (cujus etiam errorem ſecutus eſt, qui nupere Theophilum edidit, Gothofr. ita ut Græcum textum cum Latina priori verſione non collatum fuiſſe appareat,) qui addidit verba *à procuratore* quæ in Græco textu nuſquam ſunt: & qui Græcus textus apertiſſime interpretationem noſtram, quod cautio hæc à Reo principali præſtetur, comprobat, ut vel hinc intelligant ſtudioſi, quam utilis, & imo pene neceſſaria ſit Juriſconſulto cognitio aliqua linguæ Græcæ. Et quia autor ille paſſim in manibus omnium verſatur, locum totum hic adſeribere non libet, quem & alias produxi ad Treutl. de ſatisdat.

TEXTUS.

5. Si vero reus præſto ex quacunque cauſa non fuerit, & alius velit ejus defenſionem ſubire, nulla differentia inter actiones in rem vel perſonales introducenda, poteſt hoc facere: ita tamen, ut ſatisdationem, *judicatum ſolvi*, pro æſtimatione litis præſtet. Nemo enim ſecundum veterem regulam, ut jam dictum eſt, alienæ rei defenſor, idoneus ſine ſatisdatione intelligitur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur etiam ſine mandato alium reum defendere poſſit.*

Ex par-

Ex parte actoris non admittitur alius, quem conſtat non habere mandatum: ſed ex parte Rei & pro eo defendendo quilibet admittitur, modo ſatisdet de judicato ſolvendo: Et proinde non intelligo, quid ſibi velit Goth. dum ad Theoph. *ad §. ſed hæc ſup. h. t.* adnotavit, procuratorem ſive actoris ſive rei, cogi ſatisdare, dominum habiturum rem ratam, poſterius enim de Reo, manifeſto falſum eſt: nec qui pro hoc intervenit, alia cautione quam de judicato ſolvendo gravatur. Ratio autem cur
1 quivis, † etiam cui nihil eſſe mandatum conſtat, admittatur pro reo, multiplex eſt. Et 1. humanitatis ratio ſuadet, & quaſi publice intereſt, ut defendantur abſentes, *l. ſervum 33. §. publice de procurat.* Sed non eadem æquitas ſuadet, ut quis pro alio agat.

Nam & 2. conſtat quod quilibet velit omnino defendi, ſed non quod velit agere. 3. Nullius cauſa fit deterior, dum defenditur, ſed poteſt fieri deterior, dum agitur: & hinc permiſſum eſt cujus etiam pro abſente, ignorante & invito ſolvere *in princip. ſup. quibus mod. toll. obligatio.* 4 à parte actoris res in judicium deducitur argumento *l. vulgo 23. de adminiſt. tut.* itaque oportet ipſum creditorem, vel ejus mandato alium, actionem inſtituere: ſecus ſe habet ex parte Rei. Et denique vel præcipue facit, quod multum Rei, ne conveniatur à falſo procuratore, intereſt, quia iterum poteſt agere dominus *in fin. pr. h. tituli*, at nihil intereſt actoris, à quo reus conventus defendatur, modo idonea ſatisdatio præſtetur. Ex quo etiam amplius fit, ut defenſor ſtatim ubi cavit, etiam ante litem conteſt. dominus litis efficitur *l. Titius 76. de procurat.* & in ipſum actio judicari datur *l. Plautius 61. eod. l. 4. de re judic.*

Cætera hujus tit. induſtriam noſtram non deſiderant.

AD TITULUM XII. LIBRI QUARTI INſtitutionum,

DE PERPETUIS ET TEMPORAlibus actionibus &c.

TEXTUS.

Hoc loco admonendi ſumus, eas quidem actiones, quæ ex Lege, Senatuſve conſulto, ſive ex ſacris conſtitutionibus proficiſcuntur, perpetuo ſolere antiquitus competere: donec ſacræ conſtitutiones, tam in rem, quam in perſonam actionibus, certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria prætoris juriſdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipſius prætoris intra annum erat imperiũ. Aliquando tamen extenduntur & in perpetuum, id eſt, uſque ad conſtitutionibus introductum finem: quales ſunt eæ, quas bonorum poſſeſſori, cæteriſq; qui hæredis loco ſunt, accommodat. Furti manifeſti quoque actio, quamvis ex prætoris ipſius juriſdictione proficiſcatur, tamen perpetuo datur, abſurdum enim eſſe exiſtimavit, anno eam terminari.

COMMENTARIUS.

1 *Prætoriæ actiones, an. cur & quæ annales.*
2 *Actio furti manifeſti cur perpetua.*
3 *De actionibus XL. annorum.*

NOn ignobilis eſt hæc diviſio actionum, quæ proinde forte, *ſup. tit. 6.* proponẽda, aut, quod Faber hic ſcribit, ſtatim ei tit. ſubjicienda fuiſſet. Diſtinguuntur actiones in temporales & perpetuas. Hæc qualitas à cauſa efficiente hic deducitur, quod ſcilicet actio quæ eſt ex jure civili, perpetua: quæ vero ex jure prætorio deſcendit, ſit temporalis. Sed enim ait recte Juſtinianus, actiones, quæ deſcendunt ex jure civili, SOLERE eſſe perpetuas: nec enim dubitare quis poſſit, quin Lex hoc efficere & ita expreſſe diſponere poſſit, ut actio tempore finiatur: & tamen magis per exceptionem quam ipſo jure. Hic enim illud quoque valere videtur, quod tempus non ſit modus finiendæ obligationis: aut an hoc pertinet ad obligationes, quæ natura ſua perpetuo durant: ubi autem Lex ipſa, cujus hac in re abſoluta poteſtas eſt, initio ita formavit actionem, non videtur ultra lege definitum tempus actio prorogari modo ullo
poſſe. Sed cur igitur prætoriæ ſimpliciter † quoque introductæ, tamen non vivunt ultra annum? 1
Docet hoc loco Juſtinianus, id fieri ob qualitatem

Digitized by Google

tem & imbecillitatem cauſæ efficientis, quæ eſt. Edictum prætoris: & quod, cum prætoris eſſet tantum annuum imperium, nec etiam prætoriæ actiones ultra annum durare potuerint: cui porro accedit, quod prætor non proponebat Edicta jure Legiſlatoris, ſed ſimplici magiſtratus jure, eoque etiam edicta, quæ propoſuerat defendebat: ex quo rurſus conſequens fit, ut ea ceſſante poſt annum poteſtate, ſimul penitus Edictorum, & actionum propoſitarum vis & poteſtas ceſſaret. Verum hic multa obſtant, & inprimis, quod hæc ratio facit, ut nullæ prætoriæ actiones ſint perpetuæ, nam in omnibus jam dicta ratio militat: & ſcitum tamen eſt, pleraſque prætorias actiones eſſe non annales, ſed & ipſas perpetuas: veluti, ut *h. §.* traditur, quæ dantur bonorum poſſeſſori. Quin in genere ſcriptum eſt, quod actiones prætoriæ perſecutoriæ (exceptis tamen illis, quæ ſunt ex delictis *l. 5 §. ult. cum ll. ſeqq. l. 7. §. ult. cum l. ſeq. de actione tribut. l. 1. in pr. de vi arm. cum ſimilib.* itemq; illæ, quæ dicuntur reſciſſoriæ *l. in honorariis 35. in fin pr. de Ob. & Act.*) dentur etiam poſt annum, ad inſtar civilium actionum *d. l. in honorariis 35. de obligat. & act.* Huic objectioni & aliis ſatisfecimus pro virili *ad § prætorum quoque ſup. de jure nat &c.* Illud conſtat, actiones prætorias (ut diximus) reſciſſorias & quæ ex delicto ſunt, maxime pœnales, eſſe annales.
2 Et cur hinc igitur excepta eſt † actio furti manifeſti *in fin. hujus text.* Refert Faber rationem, eo quod furtum ſit cæteris delictis frequentius: ſed & ipſe eam improbat, & ea perſpicue eſt inepta: cum & dolus ſit frequentior, & tamen actio doli ex edicto prætoris annalis eſt. Rationem intelligere licet ex illis, quæ ſupra diximus *ad pr. tit. vi bon. rapt.* ubi differentiæ rationem reddidimus cur cum actio *vi bon. rapt.* ſit annua & mixta, actio tamen furti manifeſti pœnalis pura & perpetua ſit. Nimis autem ineptus ſit, qui hinc velit inferre, furti non manifeſti actionem in duplum, non eſſe perpetuam: de hac enim non dubitabatur, cum eſſet civilis: ut *ſupra tit. 1. hoc. lib.* probavimus. Eſt & exemplum actionis prætoriæ perpetuæ, ex delicto, *in l. 4. § ult. de dam. infra.* de qua attigimus aliquid *in §. ult ſup. de fur. ad finem.* Jam cætera videamus. Et poteſt de hoc etiam quæri, an eadem actionum realium perſonalium ſit ratio. Et omnino dicendum eſt, has quoque eſſe perpetuas, ſed quæ ex accidenti fiant temporales ob conditionem poſſeſſoris, qui rem ſi. de bona & titulo acceptam tenet, & à lege præfinito tempore poſſidet: Cum enim hoc modo dominus civili jure per uſucapionem effectus ſit, non poteſt ei res evinci: quin imo hoc caſu nulla actio realis amplius contra eum dari poteſt, prioris quippe domini jure extinctio. Et ita quidem olim obtinuit ut actiones revera eſſent perpetuæ. Sed ut eſſet litium finis, & tandem aliquando poſſeſſores & debitores eſſent ſecuri, poſterioribus placuit Impp. ut actiones triginta, & ad ſummum quadraginta annis finirentur *l. 3. & 4. C. de præſcri. 30. ann. l. 1. §. 1. C. de annal exception.* Et illud tempus propter ſubrogationem dicitur abuſive perpetuum *h. text. verſ. aliquando.* Regulariter autem actiones finiuntur annis † XXX. Exceptio eſt du- 3
plex 1. quod quædam fiunt quadraginta annorum ex accidenti, cum alias ſua natura ſint tricennales: vel ſi ſi lis ſemel conteſtata fuerit *l. 1. §. 1. in fin. C. de annal. except.* 2. quod quædam natura ſua vivunt XL. annis, qualis eſt hypothecaria actio quatenus eſt contra ipſum debitorem *d. l §. 1. l. cum notiſſimi 7. §. 1. C. de præſcr. 30. ann.* Et haud ſcio an talis quæ alia ſit actio: nam Juſtinianus in *d. l. 1. §. 1. Cod. de annal. except.* videtur quadantenus derogaſſe conſtitutioni *l. 4. C. de præſcript. 30. ann.* quæ aliquas actiones uſque ad 40. annos vivere permittit quod omnino abſcinditur *d. l. 1. §. 1.* Et cum LL. non verbis, ſed rebus poſitæ ſint, licet hinc intelligere, quam improbabilis ſit opinio Dd. vulgo recepta, qua ex cauſa ignorantiæ reſtitutionem contra præſcriptionem etiam ultra quadraginta annos concedunt: & ita manifeſto dd. textus eludunt: qui nullo modo poſt id tempus agi permittunt; cum tamen effectu parum, imo nihil interſit, an quis per actionem veterem, an officio judicis reſtitutam rem conſequatur: atq; ita ſcopum ſuum, nimirum, ſecuritatem poſſeſſoris & quidem pleniſſimam, ut eſt *in d l. 4.* non aſſecuti ſunt Impp. verum de hac re alibi tractatur. Eſt autem ſingularis caſus, quo actio uſque ad quinquaginta annos porrigitur *l. 3. C. de aleatoribus.* Et igitur hic de civilibus judiciis. Criminalia autem regulariter viginti annis finiri ſolent *l querela 12. C. ad L. Corn. de falſ.*

Lege ſive SCto, ſive ex ſacris &c.] Sæpe monuimus, vocem Legis ſolere ſpecialiter ſumi ex ratione juris antiqui ſub libera Repub. ut ſignificet ſanctionem à populo Romano latam, ut explicavimus *ad §. Lex eſt ſup. de iure nat.* cæteroquin mutata Rep. conſtitutiones principum adeo revera LL. fuerunt, ut nec alii ſanciendi jus competeret, niſi principi, aut cui id princeps conceſſiſſet.

Rrrrr Eodem

Digitized by Google

Eodem modo loquitur Juſtinianus *in pr. infra d: offic.iud.*

TEXTUS.

1. Non autem omnes actiones, quæ in aliquem, aut ipſo jure competunt, aut à prætore dantur, æque & in hæredem competunt aut dati ſolent. Eſt enim certiſſima juris regula ex maleficiis pœnales actiones in hæredem Rei competere: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni, injuriæ. Sed heredibus hujuſmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, & ſi qua alia ſimilis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio in hæredem non competit: veluti cum teſtatur doloſe verſatus ſit, & ad hæredem eius nihil ex dolo pervenit. Pœnales autem actiones quas ſupra diximus, ſi ab ipſis principalibus perſonis fuerint conteſtatæ, & hæredibus dantur & contra hæredes tranſeunt.

COMMENTARIUS.

1 *Criminalia iudicia an & quomodo morte finiantur.*
2 *Actiones ex delictu, quæ non dantur hæredibus.*
3 *Actio ex contractu ob dolum defuncti datur contra hæredes.*
4 *Lite cont. continentur actio in hæredes.*

PErtinet hoc ad alteram partem rubricæ, quæ actiones tranſeant in hæredes active aut paſſive. Poſſunt autem ita conjungi, quod omnes actiones aut tempore finiantur & pereant, aut morte *l. omnes 139. de reg. iur.* quidem aut actoris ſive creditoris aut Rei, & in hujus quidem perſona facilius.
1 Et ut † agamus generalius, actiones vel ſunt criminales, (de quibus hic non tractatur) aut civiles. Illæ etiam cœpto judicio extinguuntur, mortuo reo *l. 1. & ſeqq. C. ſi accuſat. vel reus mort. ſit*, exceptis criminalibus, læſæ majeſtatis, & his in quibus principaliter pecuniaria quæſtio vertitur *l. judiciorũ 20. de accuſat. l. ult. ad L. Iul pecul.* Accuſatore autem mortuo ita quidem finiuntur, ut hæres ſucceſſor accuſationis non ſit (cum nihil ipſius interſit) *l. ubi C. ſi reus vel accuſ.* ſed tamen qua quivis alius poſſit peragere accuſationem *l. accuſatore 13. de publ. iud.* quin & abolito quoque nomine Rei de novo eum repeteret *l. 3. §. ult. de accuſat.* Civiles actiones ſunt aut ex delicto, aut ex aliqua conventione. Hæ ſine controverſia & hæredibus & in hæredes dantur: illæ in hæredes non dantur: cujus rei rationem expoſuimus ſupra *ad §. ult. de oblig. ex del.* quod nimirum hæres tenetur, qua repræſentat defunctum, quæ repræſentatio ceſſat in delictis. Ex quo apparet mancum hic eſſe Imp. itemque ICtum *in l. pupillus 111. § 1. de reg. iur.* dum tantum mentionem faciunt actionum pœnalium (forte quod in his ratio eſt apertior & certior) ex maleficiis: nam & in actionibus ex delicto rei perſecutoriis i em juris eſt, ut in hæredes non dentur: quod per inductionem ſolide probavimus *ad §. ult. ſup. de oblig. ex delicto*, niſi quis cum Joh. Fabr. *in v. & pœnales* dicat actionum pœnalium appellatione, large ſumta, contineri omnes actiones, quæ ſunt ex maleficiis: quod tamen durius videtur. Hinc autem turpis eſt lapſus Hotomanni hoc loco, qui pœnalium actionum ideo ſcribit fieri mentionem, ut intelligamus actiones perſecutorias excludi. Nec movet, quod de condictione furtiva affertur, cujus ſpecialem eſſe rationem, & eam nec ex delicto eſſe ibid. oſtendimus. Intelligimus ſcilicet actiones ex delicto, qua talis: nam quatenus perſequuntur, quod ex delicto defuncti ad hæredem pervenit, nec pœnale ſunt, neque ex delicto dari cenſentur: eoque & in hæredem & perpetuo, ut illi turpe auferatur lucrum, cõpetunt *l. ſicuti 38 de reg iur. l. un. C. ex delict defunct.*

Atque ita obtinet ex parte Rei & heredum ejus: Cæteroquin ejus cui factum eſt delictum † hæredibus, contra ipſum reum, actiones quoque pœnales regulariter dantur *l. 1. de privat. del.* Exceptio una generalis eſt, ſi delictum tale ſit ex quo nihil abſit ex patrimonio, qua ratione utitur Theoph. hic, & actio tantum vindictam perſequatur, qualis eſt actio h. §. propoſita *verſ. ſed hæredibus* ſc. injuriarum *arg. §. ult. ſup. de injur.* ubi diximus, quod nimirum vindictam magis perſequatur *l. 2. § 4. de collat. add. l. ſi quis 10. §. 2. ſi quis caut.* Addit *de verſ.* Juſtin. *ſi qua alia ſimilis inveniatur* cujuſmodi eſt actio ex Edicto de in jus vocando *l. ult. eo. tit.* & ejus exemplo haud dubie, quæ proponitur *in l. 2. In ius voc. ut eant. & in l. pen. §. ult. Ne quis eum qui in ius voc.* Item de eo quod dejectum aut effuſum erit in ſpecie *l. ſi vero 5. §. hac autem 5. de his qui effud.* (ubi tamen ſpecialis ra-

lis ratio redditur, quod actio ſit popularis) actio calumniæ *l. 4. de calumniat.* quæ datur prohibito inferre mortuum *l. liberum 9. de religioſ.* & coadictio rerum donatarum ob ingratitudinem *l. hus ſolis 7. C. de revoc. donat.* nec diſſimilis eſt inofficioſi querela, qua quis quaſi injuriam illatam ſibi ulciſcitur argum. *N. 115. cap. 5. in princip.* nam & ipſa niſi præparata ad hæredes non tranſit *l. 6. § ult. cum ll ſeqq de inoff. teſtam.* talis olim quoque fuit actio de morib. *l ult C. Theod. de dotibus.* hodie ſublata *l. un. C. de rei ux. act.* Atque ita obtinet in actionibus pœnalibus, & aliis quæ deſcendunt ex delictis. Nihil autem huc pertinet, ea quæ dicitur longe alio ſenſu, pœnalis, ſcilicet ex ſtipulatione pœnali actio, quæ ſtipulatio ſolet ſubjici obligationibus de faciendo, *§. ult. Inſtit. de verbor. obligat.* quæ pœna fungitur vice ejus quod intereſt, itaque perſecutoria rei hæc actio, & ex conventione deſcendens in hæredes omnimodo datur: ſicut & reliquæ omnes, ejus generis, ut diximus paulo ante: adeo ut idem obtineat etiamſi defunctus dolum commiſerit, nihilominus enim in † ſolidum hæ actiones in hæredes dantur *l hoc iure 152. l. ad ea 157. in fin. de reg. iur. l ex depoſiti 12. l ex ex contractibus 49. de obligat & Actionibus l. 7 § 1. depoſiti* Et quid igitur eſt, quod Juſtinian. hic ait *in verſ. aliquando.* actionem ex contractu in hæredem non dari, ſi teſtator dolo verſatus eſt, & nihil ad hæredem ex eo dolo pervenit: quia falſum hoc eſſe citati textus evidenter oſtendunt. Varias hæc res peperit explicationes. Theophilus pro exemplo adducit actionem depoſiti, quam ſi dolo defuncti res depoſita perierit, negat dari in hæredem. Quod aperte falſum eſt per *dict. leg. 7. § 1. depoſitam l. ex depoſiti 12. de obligat. & action.* ubi expreſſe actio depoſiti dicitur in ſolidum in hæredem dari ex dolo defuncti. Hottomannus putat ſolvari Theophilum, ſi accipiatur de depoſito miſerabili, ex quo in depoſitarium quidem ipſum, in duplum, ſed in ſimplum tantum in hæredem actio datur, quæ etiam una eſt ex explicationibus Accurſii. Sed nec ita excuſari aut accipi Theophilus poteſt, qui nominatim loquitur de re quæ dolo depoſitarii periit: & iſta quoque inepta eſt explicatio: vel quia ſimplum utique ſolidum eſt, & alterum ſimplum pœna & extra ſolidum eſt: vel quoniam non ſimpliciter hic actio in duplum eſt, ſed ex accidenti, & contra inficiantem.

Alii intelligunt non ipſam actionem contractus, ſed famoſam actionem doli, quæ ob dolum in contractu admiſſum datur, & quam conſtat in hæredem non dari; ideoque putat expungendum verbum *veluti.* Alii intelligunt actionem ex contractu non meram, ſed ubi ſimul concurrit aliquod delictum: qualis eſt actio tributoria, cum aliis quas hic Accurſius recenſet; quod præſtat dicere, quam ut ſtultitiam accuſemus & inſcitiam Triboniani, quod facit *Anton. Faber decade 76. error. 4.* ad quem plura diximus in noſtris ad eum locum exercitationibus. Plane autem ineptum eſt, quod Cujacius 21. *obſerv.* 2. hunc locum reſtringit ad caſum, quo nihil ex admiſſo dolo ad ipſum defunctum pervenit & ad ejus hæredem, nec adeo deterius actoris jus redditum eſt. Nam 1. confertur hic actio ex contractu cum actione ex delicto, quæ non datur adverſus hæredem ad quem nihil pervenit ut maxime ex delicto alterius patrimonium fuerit minutum. 2. Ubi dolus defuncti non minuit jus aut patrimonium actoris, neceſſe eſt, ad hæredem aliquid perveniſſe, imo ſolidum perveniſſe neceſſum eſt. Et 3. omnino nulla hic eſſe poteſt ratio dubitandi.

Porro quod de pœnalibus actionibus dictum eſt, partim eas hæredibus non dari, partim, eas non tranſire in hæredes, † limitatur in fin. hujus textus, niſi lis fuerit conteſtata. Tunc enim quæ- 4
cunque tandem illæ ſint, in hæredes tranſeunt & continuantur, & quæ alias morte ejus cui delictum factum eſt, periiſſent, ab hæredibus ejus recte porro exercentur *h. §. in fin.* ubi paulo inſubtilius, lite conteſtata dicuntur actiones hæredibus dari, quæ vero nunc non demum dantur, ſed ante defuncto datæ, porro ab ejus hæredibus peraguntur: idque eſt, quod ICtus ait *in l. omnes 139. de reg. jur.* actiones, quæ alias tempore aut morte periiſſent, judicio incluſas ſalvas permanere. Idem probat *l omnia 164. de reg. jur. l. omnes 26 de ob. & act l ſciendum 58. eod l un. C. Ex delict. defunct.* quod poſtea conſtitutionibus Imp. mutatum videtur. ut ſufficeret etiam conventum ſaltem fuiſſe viventem, ad hoc, ut hæredem perſecutio pœnæ tranſiret *l. conſtit. 33. de ob & act* quamvis Joh. Faber. *in v pœnales h. § 1* ita accipiat, quod ibi dicitur de convento, ſi ſimul accedat contumacia debitoris conventi & citati: Cæteroquin nec citationem ſolam ſufficere, ut tranſeat actio in hæredes. Atque ita obtinet jure civili. Jure Canonico conſtat hæredem ſecundum vires hæreditatis, ſaltem ſimplum damni dati ſolvere, de quo late hic agit *Joh. Faber* Ait Juſtin. *in pr. §.*

Digitized by Google

in *l. ſi is* 11. § 2. *in fin. de pignorib.* ex quo, ut Hottom. hic notat, fiebat, ut purum judicium diceretur, ſi exceptio inſerta non eſſet. Fontes & cauſæ exceptionum traduntur in *ſeq.* & oſtendunt eas eſſe ejuſmodi, ut integro pro ſe juſta, in ſe conſiderato, & quæ ex juſta cauſa nata eſt, ex qua alius condemnatio ſequeretur, fiat injuſta, & igitur etiam injuſta condemnatio, adverſus eum, qui exceptione eſt munitus, ut in *fin. pr.* oſtendit Juſtinianus.

TEXTUS.

1. Verbi gratia, ſi metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapſus, ſtipulanti Titio promiſiſti, quod non debueras promittere, palam eſt, te eſſe obligatum jure civili; & actio, qua te dare oportere intenditur efficax eſt: ſed iniquum eſt, te condemnari, ideoque datur tibi exceptio quod metus cauſa, aut doli mali, aut in factum compoſita, ad impugnandam actionem. Idem juris eſt, ſi quis quaſi credendi cauſa pecuniam à te ſtipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniã à te petere poſſe eum certum eſt, dare enim te oportet, cum ex ſtipulatione tenearis. Sed quia te condemnari eo nomine iniquum eſt, placet te defendi debere exceptione pecuniæ non numeratæ: cujus temporanos, (ſecundum quod ſcriptum eſt ſuperiotibus libris) conſtitutione noſtra coarctavimus.

COMMENTARIUS.

Incipit referre quædam exempla, ad illuſtrandum, quod in principio dixerat. Et repetenda huc ſunt, quæ ſupra *lib. 3 ad titulum generalem de obligationibus* diximus; quod videlicet alia obligatio ſit mixta, naturalis & civilis ſimul, ex qua actio omnino etiam ad condemnandum efficax naſcitur, alia naturalis tantum, quæ non parit actionem: quædam civilis tantum, vel nuda, ut à Doctoribus docendi cauſa appellatur, ex qua ob conventionem jure civili approbatam datur quidem actio, ſed quæ repellitur exceptione, ob aliquã cauſam, quæ facit, ut iniquum ſit condemnari reum, & per quam ſcilicet ſubductum eſt vinculum naturale æquitatis, quo durante omnino condemnandus reus fuiſſet *leg. Stichũ* 95. §. *naturalis* 4. *de ſolutionibus*, quod vinculum æquitatis, aut ab initio deeſt, aut poſtea tollitur, ut exempla ſubjecta docent. Vinculum nimirum æquitatis ſolum, ubi quod intervenit, non ſatis validum eſt, ut totam obligationem etiam civilem perimat, quo caſu ſc. opus eſt objectione & allegatione, qua motus judex abſolvat reum conventum. Ubi autem tota obligatio perempta & reus ipſo jure liberatus eſt, jam ſublata actione, nec exceptione opus eſt: Sed ſimplici allegatione, quam Doctor. appellant exceptionem intentionis, aut facti; veluti ſi reus ſe ſolviſſe, aut debitum accepto ſibi latum dicat: Nam & hæc cum prætor, divinare, aut judex non poſſit, alleganda ſunt; ſed prætor tum non dabit actionem, verum ipſe de veritate hujus rei cognoſcet, de quo & quid interſit, an reus ipſo jure, an per exceptionem liberetur, dixi ad *Tractl. de modis* quibus tollitur obligatio.

Si metus coactus, &c.] Hæc faciunt, ut initio deficiat vinculum æquitatis. Equidem qui metu adactus aliquid promittit, conſentit, dum eligit minus malum, quod hactenus habet rationem boni, & fit objectum voluntatis. Sed non poteſt tamen revera obligatus dici naturaliter, cum non fuerit conſenſus & voluntas libera, & extra vim & verbi cauſa mortis intentationem, nemo hoc vellet.

Stipulanti Titio promiſiſti.] Hoc exemplo utitur, ut tanto minus poſſit dubitari, quin ipſo jure reus obligatus ſit, quippe ex ſolenni formula verborum. Et quod ad metum attinet, alibi probavimus, conventiones metu initas ipſo jure eſſe validas. Circa dolum cauſam qui dat contractibus, communiter eſt recepta diſtinctio, inter eas conventiones, quæ ſunt ſtricti juris, & quæ bonæ fide; quas ipſo jure nullas eſſe vulgo creditur, de qua prolixe egi *diſput. 6. de actionib.* De errore dubium facere poſſit, quod non uno loco dicitur, nihil magis eſſe contrarium conſenſui quam errorem, negato autem conſenſu, obligationem penitus negare eſt neceſſum eſt. Sed nimirum non omnis error ejuſdem & unius generis; neq; omnis ipſam eſſentiam obligationis concernit; quo caſu obligatio & contractus nullus eſt: Ceteroquin ipſo jure ſubſiſtens obligatio per exceptionem eliditur.

Iure civili obligatum te eſſe.] Subtilitate juris, ait JCtus, *in l ſi quis* 36. *de V. O.* & non obſtante dolo & metu

metu ex ſtipulatione naſci actionem reſcriptū eſt, *in l. pen. C. de inut. ſtip.* quia ſi verba conſideramus, in quibus eſt eſſentia ſtipulationis, utriq; verum eſt alterum ſtipulatum eſſe, alterum promiſiſſe; & quidē naſci actionem efficacem ait hic Juſtinianus, vel qua in abſtracto quaſi conſideratur, quo ſenſu in *pr. tit.* ait, juſtam eſſe actionem, vel quatenus prætor ex hujuſmodi ſtipulatione formulam dat & judicem: ſed quæ inſpecto fine & exitu oppoſita exceptione fit inefficax, dum propter hanc reus abſolvitur *h. text & d. l. pen. C. de inut. ſtip.*

Aut in factum] Exceptio hæc in factum, opponitur hic exceptioni doli, ſcilicet ſpeciali: Ceteroquin generalis exceptio doli ſicut cum aliis exceptionibus, ita quoque cum hac exceptione concurrit, quia dolo facit, utique qui ex hujuſmodi ſtipulatione per errorem facta aliquid peti *l. 2. §. & generaliter 5. junct. l. Julianus 7 de doli mali exc.* Quoniam autem variis modis intervenit error, hinc factum eſt, ut quæ ex hac cauſa competit exceptio, generali nomine exceptio in factū diceretur; quomodo & actiones quæ certo nomine carent, ſolent dici in factum; veluti quæ dantur ex contractibus innominatis; item que actiones utiles, & magis etiam ſubſidiariæ; ut explicatum ad *§. ult ſup. ad L. Aquil.* Et rurſus ſicut ob qualitatem perſonæ quæ convenitur, datur actio in factum, quæ contra alios eſſet de dolo *l. non debet* 11. *§. 1. de dolo*, ita ex hac cauſa agentibus illis perſonis, non de dolo, ſed in factum exceptio accommodatur *l. 4. §. adverſus 16. de doli mali except.*

Credendi cauſa ſtipulatus.] Solebat enim mutuo ſubjici ſtipulatio de reddenda pecunia *l ſi ita 6. §. 1. cum l. ſeq de novationibus.* Itaque, qui ita promiſit, dum ſperat ſe accepturum pecuniam, ſi eam non acceperit, conventus defenditur exceptione non numeratæ pecuniæ *h. textu*, cum qua & ipſa concurrit exceptio doli *l. 2. §. circa 3. de doli except.* Ceterum de hac exceptione non numeratæ pecuniæ, ſatis diximus *ſupr. lib. 3. de literar. oblig.*

TEXTUS.

2. Præterea debitor, ſi pactus fuerit cum creditore, ne à ſe pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet: quia pacto convento obligationes non omnino diſſolvuntur; qua de cauſa efficax eſt adverſus eum actio, qua actor intendit, *ſi apparet eum dare oportere.* Sed quia iniquum eſt, contra pactionem eum condemnari defenditur per exceptionem pacti cōventi. Æque ſi debitor creditore deferente juraverit, nil ſe dare oportere; adhuc obligatus permanet. Sed quia iniquum eſt, de perjurio quæri, defenditur per exceptionē jurisjurandi. In iis quoq; actionibus, quib. in rem agitur, æque neceſſariæ ſunt exceptiones, veluti ſi petitore deferente poſſeſſor juraverit eam rem ſuam eſſe, & petitor nihilominus eandem rem vindicet: licet enim verum ſit quod intendit, id eſt, rem ejus eſſe, iniquum tamen eſt, condemnari poſſeſſorem.

COMMENTARIUS.

1 *An vera ſit & propria exceptio iurisiurandi.*

Duæ hoc textu proponuntur exceptiones, pacti & jurisjurandi. Quod ad pactum attinet, diximus ſupra ad *§. ult quib. mod. obl. toll.* ubi eſſentia obligationis conſiſtit nudo conſenſu, & adhuc res integra, & v. c. nec pretium ſolutum, nec res tradita eſt, pacto nudo obligationem totam ipſo jure diſſolvi. Ubi vero, vel re, vel verbis eſt obligatio contracta, fieri non poteſt, ut obligatio, cum in his terminis res integra eſſe non poſſit; ipſo jure per pactum nudum tollatur; ſiquidem ſaltem prætorio jure pacta ſunt confirmata ad producendam exceptionem: nam nec ubi de obligando agitur ullam civilem, ſed tantum naturalem obligationem producunt. Et hoc eſt, nimirum, quod hic ait Juſtinianus, ſi debitor pactus fuerit cum creditore, ne à ſe pecunia peteretur, eum nihilominus obligatum manere: quoniam pacto convento obligationes non omnino diſſolvuntur; Non omnino, ait, quoniam licet actio nihilominus in debitorem detur, tamen oppoſita exceptione abſolvitur; & vulgo traditur, nihil intereſſe effectu, an quis exceptione an ipſo jure ſit liberatus. Itaq; ſicut alias, ita & hic prætor dat actionem, verum cum exceptione, de cujus viribus probatione & veritate ex ratione juris veteris Romani apud judicem pedaneum diſceptabatur.

Si apparet eum dare oportere.] Formula erat actionis perſonalis, quæ dabatur à prætore ex cauſa obliga-

ligationum, quæ erant de dando, de quo *ſup tit.* 6. *de actionib.*

Si debitor iuraverit.] Recte hæc exceptio, cum
1 exceptione † pacti jungitur; nam & juramenti delatio & ſuſceptio, quandam conventionis ſpeciem habent *l. Stichum* 95. § *naturalis* 4. *de ſolutionib.* Et ait Juſtinianus & hic quoque, eum qui juravit, manere obligatum. Sed negat Hotom. ſe id ſud concoquere poſſe, ob textum in *l. ait* 7. *de iureiur.* ubi prætor negat ſe daturum actionem in eum qui juravit; & igitur non poterit habere locum efficax actio, ut Juſtin. in § *præced.* circa exceptiones alias dixit, nec poteſt locum habere exceptio, ubi negatur actio. Addit Hottomannus, quod ubi juratum eſt, amplius non quæratur, an debeatur, vel debitum fuerit, ſed tantum an juratum ſit. Ex quo ipſe quidem infert, actionem & obligationem priſtinam omnino interiiſſe & concidiſſe. Sed enim cum ipſe ad §. *præced.* notet, ubi ipſo jure ſublata eſt actio, non dici obſtare exceptionem. Utique paſſim ſub *tit. de iureiur.* tractatur de exceptione jurisjurandi, & ſupereſſe igitur oportet actionem, quæ repellatur & elidatur per exceptionem. Quod autem obligatio & actio vetus ſuperſit, etiam poſt juramentum, probatur optime per *l. eum qui* 30 *in pr. de iureiur.* & confirmavi *diſput.* 8 *de action.* Neque adeo quidquam ad rem facit, quod alibi dicitur, nihil quæri, niſi an juratum ſit; hoc enim procedit, ubi creditor juravit, & actione in factum ex juramento experitur; & ſatis arguit *d. l Stichum* 95. §. 4. *de ſolut.* quod per juramentum tantum naturalis obligatio tollitur. Et quod eſt in *l* 9. *in pr. de iureiur.* denegari actionem, ipſum hoc ſatis arguit, ipſo jure ſupereſſe obligationem & actionem. Et quod adfertur ex *d. l.* 7. *de iureiur.* prætorem non daturum actionem, pertinet ad effectum rei. Tum etiam hic obſervandum eſt, quod exceptio juramenti ſit privilegiata, & litis finitæ, quæ à judicii limine removet actorem, & ad quam probandam, niſi res ſit difficilioris & altioris indaginis, ante litem conteſtatam reus admittitur. Cum enim finiendarum litium gratia ſit introductum juramentum *l* 1. *eo. tit.* non facile danda eſt in debitorem actio, qui ſe juraſſe contendit: niſi ubi res dubia eſt & obſcura *d. l.* 9. *in pr. de iureiur.* Et etiam ubi judicatum eſt, nihil aliud quæritur; nec tamen ob id negatur exceptio judicati. Et recte itaque ſe habet, quod *hoc* §. tradit Juſtinian. & in pr. de perſonali actione, & *ſub fin.* de reali, quod licet poſſeſſor juraverit rem ſuam eſſe, tamen ipſo jure adhuc in eum competat actio, quidquid videatur Hottomanno. Nec enim juramentum modus eſt adquirendi dominii. Et tamen quamvis revera dominus non fiat, tamen nihilominus ei amiſſa poſſeſſione in petitorem contra quem juravit, propter autoritatem juramẽti in factum actio datur; ſi modo, ut hoc §. proponitur, juraverit rem ſuam eſſe. Ceteroquin ſi tantum juraverit, rem non eſſe petitoris, amiſſa poſſeſſione actionem non habet *l. ſed ſi* 11. *in pr.* & §. 1. *de iureiur.* Ratio hujus exceptionis videtur eſſe à ſpecie ea conventionis, de qua paulo ante diximus. Et tamen Juſtinianus, aliam hic innuit, quod iniquũ ſit de perjurio quæri. Quod tamen paulo inſubtilius dictum videri poſſit, ſiquidem alia eſt quæſtio de exceptione jurisjurandi: alia an contra exceptionem jurisjurandi ſit admittenda replicatio de perjurio, quã conſtat jure noſtro non admitti regulariter, de quo actum eſt ad §. *Item ſi quis* 11. *ſupr. de act.* An vero alias ſit quæ perjurii pœna, alibi tractatur.

TEXTUS.

3. Item ſi in judicio tecum actum fuerit, ſive in rem, ſive in perſonam, nihilominus obligatio durat, & ideo ipſo jure de eadem re poſtea adverſus te poteſt agi. Sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari. Hæc exempli cauſa retuliſſe ſufficiat; alioquĩ quam ex multis variiſque cauſis neceſſariæ exceptiones ſint; ex latioribus D geſtorum, ſeu Pandectarum libris intelligi poteſt.

COMMENTARIUS.

1 *An & quã obligatio per ſententiam tollatur.*
2 *In quo fundetur exceptio iudicati.*

Denique hic proponit exceptionem judicati. Et ait licet judicatum ſit, manere, & durare nihilominus obligationem; quod ad actionem in perſonam referendum, aut verbum obligationib. laxius accipiendum eſt: nam actio in rẽ ex obligatione non deſcendit. Rectius ſane dixiſſet, actionem durare, quomodo & Theoph. αἱ μὲν ἀγωγαὶ μένουσι. Tractant autem hic & alibi Interpp. an & quæ † obligatio per ſententiam abſolutoriam tollatur. Naturalem non tolli, expreſſum eſt in *l. Iulianus* 60. *in princ. de condict. indeb.* Sed nec tolli civilem probatur ex h. §. quo dicitur adhuc agi poſſe; nec

nec enim ex naturali ſola umquam actio dari poteſt. Refertur quidem ab Angelo & Porcio ad *tit. ſup. de oblig.* reſponſio Bartol. vel quod propter reliquias civilis obligationis adhuc detur actio; vel quod ex naturali ſola poſſit dari actio, ſi ea aliquando conjuncta fuerit cum civili, & ſublata etiam cauſa manere effectum, probant exemplo liberorum, qui ſuperſtites manent, etiam ſublatis parentibus. Et quod civilis obligatio tollatur, inde confirmant, quod ſententia, quaſi vim Legis habeat, & habeatur pro veritate; ſed enim, reſponſio facilis eſt, quod judex non hoc agat, ut obligationem aliquam tollat, ſed ut quid in veritate ſibi videatur; pronuntiet; itaque reum abſolvit, non ut illum liberet obligatione, ſed quia illum non putat eſſe obligatum; ideoque obligationem, quæ vere ſubeſt non perimit; in quam ſententiam faciunt, quæ latiſſime diſputavimus ad 4. *part. chiliados Fabrilis de errorib. pragmat. decad.* 98 *cap* 7 *& ſeqq.* Quæ autem afferuntur de reliquiis civilis obligationis, & de actione competente ex ſola naturali obligatione, manifeſto inepta ſunt. Nam 1. ratio modo allata facit, ut tota ſit integra obligatio 2. reliquiæ non poſſunt ſatis eſſe efficaces ad actionem producendam 3. pugnantia ſunt, tolli obligationem, & tamen ejus manere reliquias 4. Inepta comparatio eſt, de liberis poſt parentes mortuos ſuperſtitibus; quoniam illi ſeorſim ſubſtantiam & exſiſtentiam habent, & parentes tantũ operantur & ſunt cauſæ efficientes in generatione, qua abſoluta, nec amplius cauſæ efficientis locum habent; ſicut nec architectus poſt quã domum fabricavit. Et vero cum Doct. vulgo obligationem civilem, patri, naturalem matri conferant, fiet hinc ut ſublata utraq; obligatione poſſit competere actio, quod eſt abſurdiſſimum. Tum porro alia ſubſtantiarum, alia accidentium ratio eſt, quæ ſublata cauſa ſubſiſtere non poſſunt.

Itaque nec fieri poteſt, ut extincta civili obligatione actioni ſit locus; & omnino id toti juris noſtri rationi repugnat. Hinc apparet quam ſit inepta ſententia, quam multis rationibus defenſari poſſe ait Porcius *d. loco.* quod per ſententiam utraque obligatio & civilis & naturalis tollatur. Et ſunt ea argumenta penitus inepta. Primũ eſt quod in judicio quaſi contrahatur *leg. 3. §. idem ſcribit.* 11. *de peculio,* 2. quod jure gentium teneamur obedire ſententiis magiſtratus; atqui ex jure gentium æſtimatur naturalis obligatio 3. quod, qui non appellat videatur conſentire, & per conſenſum tollitur naturalis obligatio 4. quod juramentum & ſententia à pari procedant, per illud autem tollitur naturalis obligatio.

Reſpondeo ad 1. quod nec verus ſit omnino cõtractus, cum in invitum dicatur judicium; & quod contractus iſte tendat ad obligandum, ut hinc reus condemnatus teneatur nova actione judicati. In 2. & 3. eſt plane nulla ratio connexi. In 4. eſt fallacia à dicto ſecundum quid &c. & hactenus differt, quod ipſe creditor defert juramentum, & ita conſentit, ut liberetur debitor, ſi juraverit, ſe non debere *l. Stichum* 95 *§. naturalis* 4. *de ſolut.*

Fundamentum porro exceptionis judicati eſt, † 2
quod de eadem re bis judicium agitari non debeat: Ceteroquin numquam finis eſſet litium. Hinc ille apud Terentium Phormio,

At tu qui ſapiens es, magiſtratus adi.
Judicium de eadem cauſa iterum ut reddant tibi.
Quandoquidem ſolus regnas, & ſoli licet.
Hic de eadem cauſa bis judicium adipiſcier.

De quo & diximus ſup. ad *princ. tit. de uſucap. & præſcript.* Itaque oportet ut omnia ſint eadem, eadem res, eadem cauſa, eadem conditio perſonarum: Ceteroquin exceptio non obſtat, ut docet *l. cum quæritur cum ll. ſeqq. de except. rei jud.* Idemq; oportet, ut res vere ſit in judicium deducta. Itaq; ſi falſus procurator egerit, licet reo abſoluto, domino agente non obſtat hæc exceptio *l. 1. Cod. quibus res jud. non nocet.*

TEXTUS.

4. Quarum quædam ex legibus, vel ex iis, quæ Legis vicem obtinent, vel ex ipſius prætoris juriſdictione capiunt ſubſtantiam. Appellantur autem aliæ perpetuæ & peremptoriæ: aliæ temporales & dilatoriæ. Perpetuæ & peremptoriæ ſunt, quæ agentibus ſemper obſtant, & rem de qua agitur, ſemper perimunt; qualis eſt exceptio doli mali, & quod metus cauſa factum eſt, & pacti conventi, cum ita convenit, ne omnino pecunia peteretur.

COMMENTARIUS.

PRoponuntur hic demum duæ exceptionum diviſiones: Prior eſt à cauſa efficiente. Hottomannus id quod LL. dicitur, obſcurum eſſe ait, quod Lex, aut valere omnino, aut pro nihilo eſſe jubeat.

Mihi

Mihi nulla hic videtur eſſe conſequentia, & valet omnino, quod etiam exceptione defenditur. Et lex ita unumquodq; inducit, aut confirmat, prout rei natura patitur; quomodo ſententia non eſt habilis, ut perimat obligationem; nec dubitarim, exceptionem rei judicatæ, eſſe à L.12. tabb. quam Decemviri à Græcis acceperint.

Ineptius eſt, quod objicit, exceptiones omnes pendere à beneficio prætoris. Non enim ita pendent, tamquam ab autore, ſed tamquam ab administratore juſtitiæ, qui exceptiones quocunq; jure introductas, cauſa cognita, aut dabat ad edictum atque formulæ, aut denegabat. Leges autem rurſus ita hic accipiuntur, ut in *princ. tit. præced. & alibi paſſim*, ſcilicet pro ſanctionibus ſub libera Republica à populo latis; per ea quæ obtinere legum vicem dicuntur, intelligit Senatusconſulta & principum conſtitutiones; quæ tamen ſub monarchia omnino teneant Leges erant.

Altera diviſio eſt ab effectu ſumpta; quod aliæ perimunt rem, & objectæ faciunt ut amplius agi cum effectu non poſſit; aliæ non perimunt, ſed differunt tantum actionem *l 3. D. h t.*

Videtur autem hic Juſtinianus, pro iiſdem habere, peremptoriam & perpetuam, dilatoriam & temporalem, ſicut & JCtus in *d. l 3 de exception.* Et ſeſe plerumque ita habent, ſed non ſemper id ita obtinet, verum quandam temporalem peremptoriam eſſe oſtendemus in *§. ſeq.* Solent autem præter ſingulariter exceptas, fere omnes exceptiones eſſe perpetuæ, licet actio ſit temporalis; quoniam quando quis agere velit, in cujusvis arbitrio eſt, ſed non an velit quis excipere; ex quo ſpecialis etiam exceptio doli eſt perpetua, licet actio ſit temporalis; quæ tamen admonitio non magni momenti eſt, ſi actionem tempore ipſo jure finiri putamus; quo caſu fruſtra quæritur de exceptione. Sed accidit nonnumquam, ut ubi eidem & actio, & exceptio datur hæc ſit perpetua, licet illa ſit temporalis; veluti filio exhæredato datur querela intra quinquenniũ; qui tamen ſi poſſideat contra petentem hæreditatem exceptione; perpetua in officioſi defendetur *arg l. 8. § ſi filius de inoff. teſt.*

TEXTUS.

5. Temporales atque dilatoriæ ſunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt; qualis eſt pacti conventi, cum ita cõvenerit, ne intra certum tẽpus ageretur: veluti intra quinquennium, nã finito eo tempore non impeditur actor rem exſequi. Ergo ii quibus intra certum tẽpus volentibus agere objicitur exceptio, aut convẽti pacti, aut alia ſimilis differre actionem debent, & poſt tempus agere: ideo n. & exceptiones iſtæ dilatoriæ appellãtur, Alioquin ſi egerint intra tẽpus, objectaq; ſit exceptio: neque eo judicio quicquã conſequebantur, propter exceptioné, neq; poſt tempus olim agere poterant, cũ temere rem in judicium deducebant, & conſumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita ſtricte hoc procedere volumus. Sed eum qui ante tempus pactionis, vel obligationis, litem inferre ſit auſus. Zenonianæ conſtitutioni ſubjicere cenſemus, quam ſacratiſſimus Legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & indicias, quas ipſe actor ſponte indulſerit, vel quas natura actionis continet, ſi contempſerit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam paſſi ſunt, & poſt finitas eas non aliter litem ſuſcipiant, niſi omnes expenſas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti, tempora litium doceantur obſervare.

COMMENTARIUS.

INprimis de temporalibus exceptionibus obſervandum eſt, quod dicuntur differre actionem *l. 2 in fin. D. h. t.* & rurſus dicuntur evitari poſſe *l 3 eod.* quorum prędicatorum minime eadem eſt ſententia, ut apparet exemplo exceptionis et pacto de non petendo intra certum tempus. Differre dicuntur actionem, dum actioni opponuntur, quomodo obtinet in exceptionibus verbi cauſa procuratoriis; evitari dicuntur exceptiones dum interim non agitur. Exceptiones verbi cauſa procuratoriæ recte & dicuntur evitari, dum non agitur per perſonam idoneam: &, ſi agatur, differunt tantum actionem, nec faciunt, quominus iterum agi poſſit: adeo hic idem eſt, exceptionem eſſe temporalem, & eſſe dilatoriam.

Sed in exceptione pacti temporalis non eodem modo ſe res habet, juxta rationem juris veteris, ſed ea, licet eſſet dilatoria, alio tamen ſenſu peremptoria erat. Et nimirum evitari poterat, dum actor poſt elapſum tempus adjectum moveat actionem, atque ita faciebat pactum, ut interim differetur actio. Quod ſi vero actor intra tempus inſtituiſſet actionem, & reus apud judicem pedaneum objeciſſet, ſe necdum debere ſolvere, perimebatur actio: quoniam judex, qui acceperat formulam puram, neceſſario reum abſolvere tenebatur; adeo actor iterum, de re eadem agens, exceptione judicati repellebatur; atq; ita fiebat, ut actor rem & cauſam amitteret; ut hic in *verſ. alioquin.* docet Juſtinian & explicavimus ſupr. ad §. *plus autem de act.*

Hodie autem & ſublato per Zenonem, cujus conſtitutionem probavit Juſtinianus, iſto jure, iſta quoq; exceptio objecta actioni intra tempus male inſtitutæ non amplius perimit, ſed tantum differt actionem, datis, in pœnam temere motæ actionis, reo duplicatis induciis, & ut inſuper actor impenſas, quas Reus ob temere motam actionem facere coactus fuit, refundere omnes cogatur, ut hic explicat Juſtinian. Exceptio quoque non numeratæ pecuniæ evitari quidem poteſt, ſi poſt biennium agatur, de quo actum eſt ſupra *de lit. oblig.* Sed ſi intra hoc tempus actio moveatur, objecta exceptio hæc, actionem plane perimit, & facit, ut reus abſolvatur.

Et errat circa exceptionem pacti conventi temporalis Hottomannus hoc loco, dum diſtinguit, an quis ipſo jure plus petat tempore, an contra pactum petat; & quod ille quidem olim cecider t cauſa, non etiam hic. Ego hoc falſum eſſe dico. Et hoc quoque caſu ſi judicium purum datum fuiſſet, cecidiſſe actorem cauſſa, objecta poſt apud judicem exceptione pacti, verum eſt. Nam etiamſi initio diem contracta obligatio habuiſſet, tamen ipſo jure nata actio erat, ut ſupra ſatis probavimus ad §. *omnis de verbor. obligation.* itaque falſum eſt, quod ipſo jure plus hoc caſu petierit creditor. Et ratio eadem eſt, ſi tempus poſt adjectum ex pacto fuerit obligationi. Et nimirum hic quoque, ſi judicium fuiſſet purum *ſi apparet Titium centum debere, condemna.* ubi reus probaſſet judici, ſe necdum pecuniam debere, quem condemnare judex non poterat, neceſſario abſolvebat; ex qua ſententia rurſus neceſſario exceptio rei judicatæ reo parabatur. Et expreſſe hoc §. Juſtinian. comparat hos caſus, quo ab initio diem adjectum habuit obligatio, & quo poſtea dies adjecta ex conventione fuit, illis verbis, *inducias, quas ipſe actor ſponte indulſit, vel quas natura actionis, continet*, & ſolemne iſtud eſt Hottomanno, ut nodum quærat in ſcirpo, & ſæpe nugas agat.

In duplum habeant.] Recte Johan. Faber hic ait, quod tota dilatio duplicetur, non illud tantum quod ſupererat de dilatione; quod & literæ convenit. Unde infert Faber: Sæpe fieri, ut tripliciter tempus, ſi actor, vel creditor, ſub finem dilationis egerit, veluti ſi cum pactum eſſet, ut ne quis intra biennium peteret, & petierit creditor ultimo menſe anni ſecundi, ex ſententia Fabri, expectare tenebitur creditor alios totos annos quatuor. Quod tamen alienum videri poſſit à mente Juſtiniani. Et dixerim potius, quandocunque agatur, intra tempus ſcilicet, tantundem adjiciendum eſſe (ſubducto tempore convento) quantum temporis initio adjectum fuit; velut ſi in propoſita ſpecie, creditor egerit poſt annum, dixerim, triennium exſpectandum eſſe; ut ſit ſemper uniforme tempus & certum, & uniformis pœna.

Poſt finitas eas non aliter] Aperte oſtendit hic locus, quod ubi ante tempus actum eſt, reus ab inſtantia debeat abſolvi, & finitis duplicatis induciis, ſit nova actione opus; licet referente hic Joh. Fab. Canoniſtæ exiſtiment, reum condemnandum eſſe nihilominus, ut ſcilicet poſt lapſas duplicatas inducias, citra novum proceſſum ſolvere cogatur.

T E X T U S.

6. Præterea etiam ex perſona ſunt dilatoriæ exceptiones, quales ſunt procuratoriæ: veluti ſi per militem quis velit agere, aut mulierẽ. Nam militibus, nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex ſacro reſcripto, procuratorio nomine experiri cõceditur: negotiis vero ſuis ſupereſſe ſine militiaris diſciplinæ offenſa poſſunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipſius procuratoris, opponebantur, cum in judiciis nullo modo frequentari perſpeximus, cõquieſcere ſancimus, ne dum de his altercatur, ipſius negotii diſceptatio protelетur.

Com-

COMMENTARIUS.

1 *Diſtinctio except. dilatoriarum.*
2 *Mulier cur lite conteſtata, ut procurator admittatur.*
3 *Quo tempore exceptiones ſint opponendæ.*
4 *Exceptiones privilegiatæ & litis finitæ.*
5 *An exceptiones obiici poſſint poſt ſententiam.*

AGamus paulo plenius, & accuratius diſtin-
1 guamus exceptiones † dilatorias. Sunt hæ duplices, & ſcilicet concernunt vel ipſam cauſā principalem, veluti exceptio pacti temporalis, de qua ante actum: vel proceſſum ſive conſtitutionem judicii. Et hæ rurſum reſpiciunt vel perſonam judicis vel litigantium. Illa in genere poteſt dici, inhabilitatis: & rurſus eſt duplex: vel quod quis non poſſit eſſe judex ſimpliciter, veluti pupillus, ſervus &c. quæ eſt abſoluta inhabilitas: vel quod in hac cauſa aut in hanc perſonam non poſſit eſſe judex: & hoc iterum. Vel quod per ſe non habeat juriſdictionem in cauſa vel in perſonam: quæ eſt exceptio, in ſpecie, incompetentiæ vel ex accidenti, quod juriſdictionem quam habet, ex aliqua ratione exercere non poteſt: & ea fere duplicis. ſuſpicio, verbi cauſa, ſi ipſum ſimul contingit cauſa, vel parti adverſæ ſit conjunctus: quæ dicitur exceptio ſuſpecti judicis. 2. Præventio: quando ex duobus concurrentibus judicibus, alter reum prior in jus vocavit *l. 7. de judiciis.* Hæc de exceptionibus, quæ objiciuntur judici. Qui in judicio litigant, ſunt vel ipſi principales, vel pro iis intervenientes. Illis obſtat exceptio, verbi cauſa, quod idoneam nō habeant perſonam ſtandi in judicio, juxta *tot. tit. Cod. de his qui perſ. legit. &c.* His quæ objiciuntur exceptiones, fere ſunt & dicuntur procuratoriæ *h. text. & l. 3. D. e. t. in fin.* Et hæc quoque duplici generis faciunt Dd. cum objicitur alicui, non eſſe eum procuratorem, qui videlicet nullum mandatum, aut revocatum habet, & dicitur procurator falſus, cum quo agitatum judicium penitus nullum eſt *l. licet 24. Cod. de procurat.* 2. Cum objicitur alicui, eum, ut maxime mandatum habeat, non poſſe eſſe procuratorem, cujuſmodi perſonæ ſunt, 1. mulier, 2. miles, niſi hic ſit
2 procurator † in rem ſuam *h. textu,* itemque niſi omiſſa exceptione adverſarius litem cum milite procuratore conſtituto, conteſtatus fuerit, *l. Ita 13. C. de procurat.* quod mirum fortaſſe alicui videatur, poſſe fieri per diſſimulationem aut ignorantiā partis adverſæ, quod nec ſacro reſcripto fieri poſſe hoc textu affirmatur. Arbitror rationem pendere à ſubtilitate civilis juris: & quod quis litis dominus effici dicitur per litis conteſtationem: ut jam non amplius alienum, ſed magis proprium negocium tractare & perſequi videatur. 3. huc refertur infamis *d. §. ultim.* ubi tamen Juſtin. hanc exceptionem magis improbare videtur: quem ego ita tamen acceperim, ut intelligat caſum quo de infamia non liquet, ſed ea requirit operoſam probationem: argum. ejus quod rationem hanc reddit, ne negotium protrahatur: adeo ſi notoria ſit infamia, aut quæ in continenti probari poſſit, nihil mutatum crediderim.

Colophonis loco ad hunc tit addemus aliquid de tempore † quo exceptiones ſunt opponendæ. 3
Et quod attinet dilatorias, eas in principio litis opponendas eſſe dicitur *in l. ult. C. de except.* quod licet non uno modo explicetur, communius tamen receptum eſt fore, ut principium litis, ſit intelligendum de litis conteſtatione: quod & hic probat Faber, & lite olim conteſtata ibant partes ad judicem: atque ita quoque *l. pen. C. eod. titul.* quæ exordii litis meminit, accipienda eſt. Et ratio non eſt obſcura, cur iſtæ exceptiones non admittantur, poſt litis conteſtationem, quod ad conſtitutionem judicii pertineant: adeoque hoc ſemel per litis cōteſtationem conſtituto, amplius nequeunt admitti: & litem conteſtando reus his exceptionibus videtur renunciaſſe: quod & notat *Cujacius* 18. *obſerv.* 34. Ex quo receptum eſt, ut ſi reus competere has exceptiones ſibi probabiliter ignoravit, aut ſi eæ demum poſt litem conteſtatam emerſerunt de novo, tunc poſt litem quoque conteſtatam, allegari poſſint *Weſemb. in paratit. hic num.* 10. De exceptionibus peremptoriis olim ita jus erat, ut in bonæ fidei judiciis, quibus dicebantur ineſſe exceptiones, etiamſi apud prætorem omiſſæ, nec formulæ inſertæ fuiſſent, tamen nihilominus ad ſententiam uſq; apud judicem pedaneum objici poſſent, ut explicatum eſt ſupra *ad 9. actionum Inſtit. de actionib.* In ſtricti autem juris judiciis, quibus exceptiones non inerant, & in quibus præciſe judex erat adſtrictus formulæ, nec extra eam quidquam poterat, neceſſario formulæ exceptionis inſerendæ & addendæ erant: Ceteroquin earū judex rationem habere non poterat, utcunq; reus poſtea ad earum probationem ſeſe obtuliſſet. Poſtea ſublato illo more judices dandi, poſtquam ipſi magiſtratus cognoſcebant & judicabant,

Digitized by Google

quod factum creditur ſub Imper. Diocletiano & Maximiniano argum. *l. 2. Cod. de pedan. judic.* ita cepit obſervari, ut exceptiones peremptoriæ, probatione earum poſt litem cont. reſervata conteſtandæ apud magiſtratum initio eſſent, ut argumento ſunt conſtitutiones eorundem *Impp. in l. 2. C. ſent. reſcind. non poſſ. l. 9. C. de præſcr. long. temp. l. 8. C. de excep.*

Idque initio & tum fuit neceſſitatis, ſed poſtea ſe ſim cepit eſſe voluntatis: & ita obſervari, ut iſtæ exceptiones licet initio non conteſtatæ, uſque ad ſententiam poſſent à Reo proponi: quod & recte Accurſius notat & poſt eum *Dd. in dd. ll. & Zanger. tract. de except. part. 3 cap. 26 num. 31. & ſeqq. Mynſing. 5. obſerv. 89.* Atque ita hodie quoque praxis obſervat, ut exceptiones hæ poſt litis cont. objiciantur, aut initio propoſitæ, poſt eam probandæ
4 rejiciantur, exceptis tamen quibuſdam † exceptionibus ſpecialibus, quas Dd. privilegiatas appellant: & quæ ante litem cont. hoc effectu objiciuntur, ut non remittantur poſt litis conteſtationem, ſed ſi modo non ſint nimium dubiæ & altioris aliquanto indaginis, ad probationem earum ſtatim admittatur reus, & ita hæ exceptiones objectæ, litis impediant ingreſſũ, unde litis finitæ quoque appellantur. Earum pleriq́ue tres ſtatuunt, jurisjurandi, rei judicatæ & tranſactionis, quoniam hæc principaliter tendunt ad finiendas lites, & ea gratia ſpecialiter ſunt introducta & confirmata *l. 1. de re jud. l. 1. de jurejur. l. 20. Cod. de tranſact. facit l. poſt rem 56. de re judic.* ut proinde iniquum ſit, eum qui aliqua harum exceptione munitus eſt, denuo cogi ſuſcipere judicium: adducunt aliqui quartam, præſcriptionis, *Sichard in l. 9. Cod. de probationib.* & de hac etiam *Dd. in l. aut prætor. 7. & in l. 9. in pr. de jurejur. Zanger. de except. p. 3. cap. 27 in fin. & c. 18 num. 3* Imo ſcribit *Caſtrenſ. in d. l. 7* omnes exceptiones fieri tales, & ſtatim et à ante litem cont. audiri reum ſi eas in continenti probare poſſit.
5 Quid autem, an etiam poſt † ſententiam locus eſt exceptionibus? Quod regulariter negandum eſt per *l. 4. Cod. ſent. reſcin. non poſſ.* & per rationem quod ſententia imponit finem liti *l. 1. de re judic.* nec poſt eam amplius diſputare licet, cum pro veritate habeatur, nec jam amplius quæratur, an verbi cauſa pecunia debeatur vel debita fuerit, ſed hoc tantum, an judicatum ſit *d. l. poſt rem 56. de re judic.* Ex quo ipſo apparet procedere hoc ſi ſententia valida ſit. Et hinc duæ limitationes Dd. firmantur 1. Quod poſt ſententiam admittatur exceptio nullitatis. 2. Exceptio reſtitutionis: quoniam illo caſu ſententia eſt nulla & perinde habetur ac ſi non eſſet judicatum: adeo nec propriè loquendo iſta ſit limitatio: hoc autem caſu ſententia valida non manet, ſed reſcinditur. Et huc faciunt *l. licet 24. Cod. de procurat. l. 4. §. condemnatum de re judicata l. 33. eod.* Ex eodem fundamento, confirmatur limitatio Doctorum alia, quod audiantur poſt ſententiam exceptiones, quæ eam non impugnant, nec impediunt, quominus executioni mandari poſſit: cujuſmodi eſt exceptio competentiæ, ne quis exigatur ultra quam facere poteſt *l. item 18. l. Neſennius 41 in fin. de re judic.* Item exceptio cedendarum actionum *l. ſi fidejuſſ. 41. §. 1. de fidejuſſ.* Item exceptio non facti implementi, velut non ſoluti pretii de qua re *Salicetus & alii Dd in l. 1. C. de jur. & fact. ign. Zang. de except. pa. 1. 3. c. 26 nu. 88. Gail. 2. obſ. 17.* Propria autem limitatio eſt in quibuſdam privilegiatis exceptionibus, veluti Senatuſconſulti Macedoniani & Velleiani: quibus locus datur etiam poſt ſententiam *l. 11 & Macedon.*

AD TITULUM XIV.

LIBRI QUARTI INſtitutionum,

DE REPLICATIONIBUS.

TEXTUS.

Interdum evenit, ut quæ prima facie juſta videtur exceptio, tamen inique noceat: quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi actoris gratia; quę replicatio vocatur, quia per eam replicatur, atque reſolvitur jus exceptionis: veluti cũ pactus eſt aliquis cum debitore ſuo, ne ab eo pecuniam petat, deinde poſtea in contrarium pacti ſunt, id eſt, ut creditori petere liceat, ſi creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, ſi non convenerit, ne eam pecuniã creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita: namque nihilominus hoc verum manet, licet poſtea in contrarium pacti ſint: ſed quia

quia iniquum eſt, creditorem excludi, datur ei replicatio ex poſteriori pacto co̅ventio. Rurſus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie juſta eſt, inique noceat: quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi rei gratia, quæ duplicatio vocatur. Et ſi rurſus ea prima facie juſta videatur, ſed propter aliquam cauſam actori inique noceat, rurſus alia allegatione opus eſt, qua adjuvetur actor, quæ dicitur Triplicatio. Quarum omnium exceptionem uſum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit? quas omnes apertius ex Digeſtorum latiore volumine facile eſt cognoſcere.

COMMENTARIUS.

1 *Replicationes quomodo concepta.*

2 *Ad* l. 27. §. 2. de pact. & l. 95. §. 4. de ſolution.

3 *Ad* l. 7. 1. de curat. fur. *quomodo reus utatur triplicatione.*

EXceptio, actionis; replicatio, exceptionis eſt excluſio: *l.* 2. §. 1. *de except.* cujus conditionem & neceſſitatem, ſatis prolixe & perſpicue explicat Juſtinianus: quod ſcil. per replicationes ſuccurratur actorib. unde Impp *in l. non* 10. *C. de except.* quod actores ſuam intentionem muniant replicationibus non exceptionibus: ſcilicet verbo hoc accepto in ſpecie: Cæteroquin appellatione generali exceptionum veniunt & replicationes, ut ſcribit *Vlp. in l.* 2. § 1. *de except.* & hoc loco & *in fin. hujus textus* Juſtinianus docet, illis verbis, *quarum omnium exceptionem.* Porro quod attinet ad formam, ſicuti exceptiones negative, ut *tit. præc.* diximus, 1 ita hæc replicationes † affirmative concipi ſolebant in formula, ut colligitur ex *l. conſilio* 7. §. 1. *de curat. furios. & l. itaque* 48. *de procurat.* Itaque in ſpecie propoſita *in pr. h. t.* ubi poſt pactum de non petendo, rurſus de petendo creditor pactus erat, ita formulā dabat prætor. *Si apparet Titium Mævio centum dare oportere, niſi pactus, aut ſi contra pactus eſt Mævius, judex condemna*: nam non obſtante pacto contrario, exceptioni tamen locum fuiſſe, (quæ adeo per replicationem elidenda erat) perſpicue ait Juſtin. dum ait, quantumvis pacti ſint in contrarium de petendo, tamen verum eſſe nihilominus, quod ante de non petendo fuerint pacti: idque eſt quod tradit Juriſconſ. *Paulus* † *in l. ſi unus* 2
27. §. *pactus* 2. *de pact.* quod non ut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem, quæ ſcilicet novandi gratia interpoſita eſt, & nimirum tollitur ipſo jure: ita & pactum alio pacto tollatur ipſo jure; quod ſcil. pacta ſint facti: ideoque opus eſſe, ut objecta exceptio pacti, ei detur alterius pacti replicatione. Ubi tamen vulgo ſolet opponi; quod ſcriptum eſt *in l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *de ſolut.* obligationem naturalem per pactum ipſo jure tolli. Et igitur r. videtur poſterius pactum hoc operari, ut nulla primi amplius habeatur ratio, adeoque nec locus eſſe exceptioni.

Deinde ſi per iſtud pactum de non petendo, ipſo jure ſublata eſt obligatio naturalis; non videtur hæc per pactum ſecundum de petendo poſſe reſtitui. Quoniam paulo eſt alienius ab hac commentatione, de apicibus juris diſſerere, breviter ſolum dico: quod obligatio, quæ naſcitur ex obligatione juris gentium, & quæ eadem jure civili approbata eſt, dicatur eſſe mixta, ſcilicet naturalis & civilis ſimul, docendi gratia, & revera etiam talis eſt: ſed quod tamen propter unionem illam revera ſit tantum unica obligatio: ita ut verbi cauſa, per pactum de non petendo, ejuſmodi obligatio non poſſit ſimpliciter dici non eſſe amplius naturalis: cum & ſimpliciter *in tit. præc.* dixerit Juſtin. his & ſimilibus caſibus reum obligatum, & actionem efficacem manere: ſed quæ propter pactum elidatur. Tum etiam cum hoc facti ſit, aliquem pactum eſſe, non poteſt per contrarium pactum effici, quo minus initio aliter pactum ſit: & proinde in conſtituendo judicio apud prætorem, hæc ſingula uti facta ſunt, formulæ ſunt inſerenda. Sed de his agitur alibi prolixius. Ita ſe res habet circa replicationem, quæ actori indulgetur: quæ porro ſi iniqua ſit, per duplicationem Rei, & hæc ulterius per triplicationem actoris eliditur, ut *in fin.* hujus textus docet † Juſtinianus: Ubi ſcrupu- 3
lum movet, quod cum triplicationem actori tribuat Juſtinianus, tamen *in l. conſilio* 7. † §. 1. *de curat. fur.* reus & poſſeſſor dicitur uti triplicatione. Res non eſt explicatu difficilis. Nimirum aut ſumimus perſonas actoris & rei ſeparatim, aut conjunctim. Illo ſenſu loquitur hic Juſtinianus. nam prima eſt actio quam intendit & proponit actor, ſecunda ejuſdem allegatio contra exceptionem

Digitized by Google

nem rei eſt replicatio, & hinc contra duplicationẽ rei, ejuſdẽ actoris tertia allegatio triplicatio vocatur. Conjunctim vero iſta accepit Juriſconſultus *in d. l. 7. §. 2. de cur. fur.* Nã 1. objectio inſtituta actione, eſt exceptio Rei; porro ſequitur replicatio actoris: & tertia allegatio Rei, quæ hoc ſenſu dicitur triplicatio, quæ eadem hoc reſpectu, ſi conjungatur actio, quod triplicatio poſſit & debeat appellari.

TEXTUS.

1. Exceptiones autem quibus debitor defenditur, plerumque etiam fidejuſſoribus accommodari ſolent, & recte: quia quod ab iis petitur, ab ipſo debitore peti videtur: quia mandati judicio redditurus eſt eis, quod ii pro eo ſolverint. Qua ratione etſi de non petenda pecunia pactus cũ Reo quis fuerit, placuit perinde ſuccurrendũ eſſe, per exceptionẽ pacti conventi illis quoq; qui pro eo obligati ſunt, ac ſi etiam cum ipſis pactus eſſet, ne ab eis ea pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non ſolẽt his accommodari. Ecce enim debitor ſi bonis ſuis ceſſerit, & cum eo experiatur creditor, defenditur per exceptionem, ſi bonis ceſſerit. Sed hæc exceptio fidejuſſorib. non datur: ideo ſcilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime proſpicit, ut cum facultatibus lapſus fuerit debitor, poſſit ab iis qui pro eo obligati ſunt, ſuum conſequi.

COMMENTARIUS.

1 *Exceptionum diviſio, in rem & in perſonam.*
2 *Exceptio & pactum in perſonam an proſit fideiuſſ. ri. & n. 6.*
3 *Ad* l. 22. de pactis.
4 *Exceptiones in perſonam.*
5 *Defenſor utitur exceptionibus rei principalis.*
7 *Exceptiones mixtæ.*

Duas exceptionum diviſiones *tit. præced.* propoſuit Juſt. alteram à cauſa efficiente, quod ſint vel civiles vel prætoriæ §. *quarum 7. eo tit.* alteram ab effectu, quod vel differãt vel perimant actionẽ §. *appellantur 8. cum §§. ſeqq. ibid.* hic proponitur tertia diviſio, quod aut ſint in rem † aut in perſonam.
1 *l. exceptiones 7. §. 1. h. t.* ut videatur hic tit. non ſeparandus, ſed cum *præced.* eſſe conjungendus: cæteroquin *tit. præced. hic* 8. potius fuiſſet collocandus: quod tamen hinc Acc. excuſat, quod etiam replicationes generali appellatione exceptionum contineantur, ut notavimus ad *text præced.*

Eodem modo autem diſtinguuntur exceptiones in rem & in perſonam, ſicut pacta alia in rem, alia in perſonam perhibentur. Sunt enim in rem exceptiones, quæ perſonam debitoris egrediuntur, & competunt aliis perſonis etiam, veluti hæredibus, itemque fidejuſſoribus (de his enim tantum quæri poteſt) nam ita quoque pacta in rem dicuntur, quæ etiam hæredibus non ſoli paciſcenti proſunt. *l. ſi ale pactum 40. in princip de pactis.* Et in dubio conſtat pacta in rem eſſe per *l. ſi pactum 9. de probat.* maxime ut hæredibus proſint *dict. leg. 9.* Cæteroquin ita paciſci quem poſſe, ut hæredibus inde exceptio non naſcatur, itidem conſtat. Proſunt porro hæ exceptiones etiam † fidejuſſoribus, 2 *h. §. & d. l. 7.* veluti doli, metus, rei judicatæ, &c. idque exemplo pacti de non petendo hic illuſtrat Juſtin. & *in pr. §.* oſtendit hoc receptum favore ipſius debitoris: quoniam ſi non prodeſſent fidejuſſori hæ exceptiones, ſed ille poſſet condemnari, iis non obſtantibus, effectu nec ipſi reo prodeſſent: ſiquidem fidejuſſor exactus, quod ſolvit actione mandati repeteret à debitore *h. §. in princ. & § ſi quid 6. ſup. de fideiuſſorib.* Sed quid ſi debitor, verbi cauſa in perſonam pactus ſit, ut ne à ſe tantum petatur, an tum exceptio fidejuſſori negabitur? Affirmativam partem tum confirmat ratio, quod non egrediuntur perſonam paciſcentium ejuſmodi pacta, & nec poſſunt: tum etiam textus expreſſus *in l. niſi 22 de pactis.* Sed contra dupliciter & non leviter occurritur, tum ex veteri tum ex novo jure. Et ex illo, quod competit convento fidejuſſori exceptio actionum cedendarum, atquin qui de non petendo pactus eſt, actionem utique quæ ſit efficax & utilis cedere non poteſt. Et igitur nec poterit exigere fidejuſſorem, qui actionem cedere efficacem ei non poteſt. Sed magis occurritur ex jure novo, quo conſtitutum eſt, ut ne fidejuſſor conveniri poſſit, niſi principali prius excuſſo. *auth. præſente Cod. de fidejuſſoribus.* idque ex *N. 4. cap. 1.* Accurſii reſponſiones ad utrumque, licet Bart. & alii eas probent, mihi non ſapiunt. Ait enim quod in ſpecie *d. l. 22.* † conſenſerit fidejuſſor pacto, 3 atque ita ſibi præjudicarit. Sed hoc divinatorium, & alienum plane à mente Juriſconſulti eſt, & ita nulla ratio dubitandi. Et procul dubio ICti ratio *in d. l. 22.* pendet à perſonalitate pacti, quod conſtat

ſua natura non egredi perſonas paciſcentium. Ait 2. quod reus ſolvendo non fuerit *in d. l. 22. de pact.* Verum hoc iiſdem rationibus convellitur, & divinatoriam hanc eſſe reſponſionem ibidem Alexander rectiſſime annotavit. Ait Accurſ. 3. quod non proſit quidem exceptio pacti fidejuſſori, ſed exceptionem doli prodeſſe. Verum ita plane eluderetur ſententia illa & regula, quod pacta perſonalia nullis aliis niſi paciſcentibus proſint, & Leges non rebus, ſed verbis eſſent poſitæ; cum exceptio doli non minus operetur, quam exceptio pacti: quæ etiam exceptiones ſolent ut plurimum concurrere *l. 2. §. Item quæritur 4. de except. doli*: & nimirum generalis exceptio doli, ſpecialis autem non debet porrigi ultra quam etiam exceptio pacti porrigi potest, ut notat *Bartol ad d. l. niſi 22. de pactis.*

Denique ait Accurſ quod ponendum ſit, fidejuſſorem beneficiis ſibi competentibus renuntiaſſe. Sed iſta coincidit cum prima, & per ſe etiam ineptus eſt, ut hoc interceſſiſſe fingamus, quod omnem penitus excluderet dubitandi rationem. Quod attinet objectionem ex jure veteri, dixerim hanc eſſe rei facultatem & poteſtatem, ut hoc modo paciſci poſſit, ut exceptio illi ſoli, non etiam fidejuſſori proſit: & hoc facit ratio juris, ne fidejuſſor exceptione pacti perſonalis ſe tueri poſſit: & ubi creditor aliter paciſci noluit, quam ut integra ſibi adverſus fidejuſſorem actio eſſet, nihil eſt, quod debitori imputari poſſit, cujus etiam forte interfuit, ut ne à creditore potius conveniretur, quam à fidejuſſore, quem forſan compenſationis, aut qua alia exceptione potuit removere.

Et cum non niſi de actione contra ipſum reum cedenda quæſtio ſit, nulla fidejuſſori iniqua conditio infertur, qui propriam actionem ex mandato contra debitorem habet. Dixerim etiam, nihilominus cedi poſſe actionem à creditore, fidejuſſori, eamque fore actionem efficacem contra reum, quippe qui hac exceptione, quæ ex pacto perſonali & ipſa perſonalis eſt ſe tueri non poſſit.

De exceptione excuſſionis difficilior videtur eſſe objectio. Nam pro fidejuſſore hoc facit, quod jus ex Lege quæſitum ipſi non videtur adimi poſſe pacto aut rei, aut creditoris: cum & iſtius beneficii contemplatione, quod ipſi conceſſum eſt, præſumatur fidejuſſiſſe: & alias id beneficium facile, & colluſione creditoris & Rei, exceptio jure indulta negotio nullo ipſi adimeretur.

Quod ſi admittimus repelli creditorem beneficio juris novi, jam ille plane amiſerit actionem, cum ob pactum conventum agere efficaciter contra Reum non poſſit: quod etiam iniquum videtur.

Et igitur, aut dicendum erit pactum aut omnino eſſe nullum, eoque non obſtante poſſe agi contra reum, ut pacti exceptio replicatione elidatur: aut detrahenda erit perſonalitas, ut habeat ut perinde, ac ſi pactum fuiſſet in rem conceptum: ut imputetur creditori, qui ita pactus eſt, quod relinquo in medio, ut tamen poſterius magis probem: pro quo v. quæ ſtatim in ſeq. nota. Hæc de exceptionibus in rem.

In perſonam ſunt, quæ † ſoli Reo proſunt, 4
nec hæredibus, nec fidejuſſoribus: quæ vel ex conventione talia ſunt, vel ex jure: cujuſmodi eſt quam hic proponit Juſtinianus exceptio ceſſionis, quod debitor bonis ceſſerit: & omnino, ut generalius loquamur exceptio competentiæ, ne quis ultra quam facere poſſit, conveniatur aut exigatur: hanc enim exceptionem etiam poſt ſententiam in puncto executionis recte objici diximus *tit. præced.* & egimus de hac exceptione *ſub fin. tit. de action. ſupra:* Eſt de iſta perſonalitate textus *in l. etſi 24. cum l. ſeq de re judic.*

Hoc tantum monendum, non dari hanc exceptionẽ fidejuſſori, ſi ipſe qua talis nomine proprio conveniatur: quod ſi rei conventi defenſionem ſuſceperit, ſane † hac exceptione utitur *l. alia 14. in princ. ſolut. matr.* nec enim defenſor, qui Rei princi- 5
palis vicem ſubit in plus quam ipſe Reus tenetur. Igitur ſi reus fidejuſſoris conventi ſuſceperit defenſionem, exceptionibus utetur, quæ ſoli Reo competebant. Plus dicit hic *Iohan. Faber* quod reus ſuſcipiens defenſionem fidejuſſoris, utatur exceptionibus, quæ ipſi Reo ſoli, non itidem competebant fidejuſſori: quod merito ait eſſe mirabile, ut reus principalis defendendo fidejuſſorem, poſſit uti ex perſona ſua exceptione, quæ non competit fidejuſſori, cujus tamen perſonam repræſentat: Id tamen verum eſſe probat *ex l. idemque 10. §. pen. Mandati.* Ubi dicitur, fidejuſſorem, ſi ſciens omiſit exceptionem, qua reus uti potuit, (ſcilicet ſolus, nam alias non eſſet ratio dubitandi) non habiturum actionem mandati, ſi modo habuerit facultatem conveniendi Rei (ſcilicet ei denuntiandi) & deſiderandi, ut ipſe potius ſuſciperet judicium vel ſuo, vel procuratorio nomine: Ergo & hoc modo poterit exceptionem allegare reus. Sed objicitur, quod ex perſona defenſoris non

Digitized by Google

ris non debet deterior fieri conditio actoris: tum
etiam obſtat *l. venditor 49. in princip. de iudiciis & hic
quoq; locus.*

An enim permittimus fidejuſſori convento, ut
denunciet reo principali, & ut poſſit hic in ſuſcipiendo
judicium, objicere exceptionem ceſſionis bono
rum? Id quidem directo impugnaret hunc textũ,
& ita eluderetur creditor, qui dum metuit ne debi-
tor labatur bonis accepit fidejuſſorem. Non ſuffi-
cit diſtinctio Fabri, inter exceptiones declinatorias
fori & alias. Ego arbitror rectiſſime ita diſtingui,
quod aut exceptionem perſonalem ſibi debitor ſo-
li quæſivit ex conventione & pacto inito cum cre-
ditore, & ita ex creditoris facto, aut citra factum
creditoris ex jure ſpecialis aliqua exceptio compe-
tit debitori. Et circa hãc falſum eſſe omnino dico,
quod reus ſuſcipere judicium pro fidejuſſore, & ea
exceptione uti poſſit: ſed in priori ſpecie exce-
ptionis admitto: nec enim patitur injuriam cre-
ditor, qui exceptione quæ ex facto ipſius provenit,
repellitur.

Et hinc non ineleganter puto extrica-ri, quod
6 ad *pr. huius textus* diſputavi, circa exceptionem †,
ex pacto perſonali, *ne à ſolo Reo petatur.* Dico enim
in his terminis debere fidejuſſorem denunciare
Reo, ut pro ſe ſuſcipiat judicium: atque ita pote-
rit uti exceptione illa pacti debitor ipſe: quod
tamen fateor non ſat commode dici, poſtquam
ex *N. 4.* exceptio ordinis data eſt fidejuſſori: cujus
vigore ſolvere aut ſuſcipere judicium ante reum
principalem non tenetur: ſed nimis forte de hac
re multa.

Duæ hæ ſpecies exceptionum ſunt in duobus
extremis. Aliæ ſoli plane Reo competunt, & nec
hæredibus quidem. Aliæ præter hæredes etiam fi-
dejuſſoribus competunt, favore ipſius Rei, ut ante
explicavimus: quo pertinet regula *l. & haredi 21. in
fin. de pact.* exceptionem pacti prodeſſe omnibus,
quibus ut proſit, intereſt paciſcentis. Videntur poſ-
7 ſe dari exceptiones mixtæ, † quæ hæredibus pro-
ſunt, non fidejuſſoribus: cujuſmodi eſt exceptio
læſionis ex cauſa ætatis, quæ parit petitionem re-
ſtitutionis: hæc enim datur hæredibus, non etiam
fidejuſſoribus. *l. 6. de reſtit. in integr. l. 1. & 2 C. de fi-
deiuſſ. min. l. exceptiones 7. in fin. de except.*

Qua de re pluribus non eſt hic
agendi locus.

❧(*⁎*)❧

AD TITULUM XV. LIBRI QUARTI INſtitutionum, DE INTERDICTIS.

TEXTUS.

Sequitur ut diſpiciamus de Interdictis, ſeu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta, formulæ atque conceptiones verborum, quibus prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat: quod tum maxime fiebat, cum de poſſeſſione inter aliquos contendebatur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur Interdicta fere tantum ſuper cauſa poſſeſſionis.*
2 *Modus procedendi & forma.*
3 *Interdicta an extraordinaria actiones.*

JAm ſupra monuimus, rectius poſt *tit. de actioni-
bus,* hunc tit. fuiſſe ſubjectum: maxime poſt-
quam ſublato veteri Interdicendi more, recta
actiones in factum proponuntur: ſed & olim fre-
quenter ex cauſa Interdictorum actiones datas
fuiſſe conſtat: & omnino implorato quoque
officii prætoris actionis iſ ſtat eſt *l. actionis 37 Obl.
& Act.* ubi & interdictorum fit mentio, ſed tem
iplani videamus. Et inprimis quomodo olim quiſ-
que ex Interdicto jus ſuum perſequebatur, ali-
qua explicandum eſt. Erat ait Juſtinianus interdi-
cta fuiſſe formulas & conceptiones verborum,
quibus prætor tum maxime uſus fuerit quoties
de poſſeſſione inter aliquos contendebatur. Ait,
maxime, nam quædam interdicta ingreditur cauſa
proprietatis *l. 2. §. quadam l. 1. § ult. de adq. poſſ.
& aſt. l. 3. 12. & 13. de itin. actuque priv.* At cur de
cauſa poſſeſſionis fere tantum † interdicta pro- 1
poſita à prætore fuerunt? ſane pleraque interdicta
ſunt propoſita ſuper cauſis publicis, & ejuſmo-
di rebus quarum non proprietas ſed uſus & poſ-
ſeſſio quædam eſſe poteſt. Tum porro quæ jam
ſunt

ſunt facta injuſta, ut poſſeſſionum invaſiones, clandeſtinæ & violentæ extructiones, & quædam alia ejus generis, quæ ſtatim reformari voluit prætor, non prolixe de jure utriuſque litigantis diſputari. Itaque de hujuſmodi cauſis interdicta
2 propoſuit prætor, quorum hæc † ratio & hic ordo & proceſſus erat, ut quis protinus officium prætoris nobile imploraret, & ſecundum hoc prætor vocato altero interdiceret, & certa ſcilicet formula verborum aliquid juberet vel fieri prohiberet: hoc enim ante omnia præcedere oportebat: Quod ſi juſſus non pareret interdicto, tum duplex ratio porro erat, ut vel implorante rurſum altero, prætor pro imperio ſuo manu quoque miniſtrorum contra contumacem juſſum ſuum exſequeretur: aut civilius ex cauſa interdicti actionem ordinariam daret.

Hæc refero quod eſt in l. 1. §. 4. *verſ. reſtituendæ* (ita enim rectius legitur) *uti poſſid.* reſtituendæ poſſeſſionis ordinem aut interdicto expediri aut per actionem, & apertius *in l. 1. §. 2. ſi mul. ventr. nom. & in l. 3. in pr. ne vis fiat. & c.*

Et huc reſpiciunt *Impp. in l. ult. C. h. t.* dum mutato jure veteri diſponunt, ut ſi quis interdictum efflagitet, ruptis vel exibus ambagibus inter ipſa cognitionum auſpicia actionem exprimat: cum olim nō protinus actio proponeretur aut peteretur, ſed primum interdictum flagitaretur: ut nimirum prætor ſolenniter certis quibuſdam verbis interdiceret: Et proprie ita dicebatur quis uti interdicto, & tum cum recta interdictum proſequens imperio prætoris in poſſeſſionem, verbi cauſa reſtitui ſe poſtulabat. Sed cum frequenter contra non parentem actio daretur, ex qua ni ſi paruiſſet interdicto Reus, fere ad intereſſe condemnabatur, evenit, ut etiam, qui hujuſmodi actionem petiiſſet, interdicto uti (quia ex cauſa interdicti actio dabatur) diceretur, ut apparet ex *d. l. 3. in princ. ne vis fiat, & c.* quin & per translationem, qui interdictum petebant & agebant, interdicere ipſi dicti fuerunt, ut in *leg. 6. ne quid in loco publ. l. 3. §. 5. uti poſſ. dict. leg. 1. §. 22. de aqua quot. l. 3. §. 4. quod vi aut clam.* ut interdicere iis locis nihil aliud ſit, quam interdicto certare & contendere.

Sublato igitur jam olim jure veteri & more priſco interdicendi, & recepto conſtitutoque, ut recta interdicerentur actiones *dict. leg. ultim. Cod. h. t.* non immerito in Pand. ita rubricam concepit Tribonianus *de Interdictis, ſive extraordinariis actionibus, & c.* Atqui † cur appellat extraordinarias cum utique actiones, quæ ex cauſa Interdictorum dabantur, ordinariæ eſſent, quia ad judicem pedaneum cum formula ibatur; docetque id *dict. lex 1. §. 2. ſi mulier ventr. nom.* ubi ita dicitur remiſſio fiet ad jus ordinarium. An dicitur ordinarium, reſpectu proceſſus executivi, cum imperio ſuo manu miniſtrorum prætor exequebatur negotium; & fortaſſis fuit aliquid ſingulare & diverſum ab aliis judiciis, in actionibus, quas dabat prætor ex cauſſa interdicti. An appellationem communem tum temporis his actionibus tribuere voluit Tribonianus; ſiquidem ſublata veteri ratione dandorum judicum, omnes actiones appellatæ ſunt extraordinariæ, poſtquam ipſi magiſtratus cognoſcere, & judicare ceperunt & neceſſe habuerunt, quod enim olim facerent, extra ordinem cauſa tractari dicebatur: & quæ prætoriæ, eadem extraordinariæ cognitionis erant *fac. t. t. de var. & extraord. cogn.* & juxta hanc ſententiam *Tribonian. in §. ult. h. t.* hodie omnia judicia ſeribit eſſe extraordinaria; quamvis ambigue, & imo poſtquam ordinarium eſſe cepit, ut magiſtratus judicarent cauſas ceſſante veteri ratione appellationis, non recte amplius judicia, quæ magiſtratus ipſi exercent, extraordinaria vocari aut poſſunt, aut debent. Licet autem ex his, quæ paulo ante diximus intelligere, errare Theophilum, qui interdictum definit, quod ſit ennuntiatum prætoris inter duos, non decidens cauſam, ſed judicem, quo modo judicandum ſit, informans. Plane enim falſum eſt, quod ſtatim judicem dederit prætor, ſed ut recte hic Juſtin. primum citra ullum judicem datum, decernebat & jubebat aliquid fieri; quod, aut exequebatur directo, aut poſt judicem dabat, ubi qui interdictum impetrarat, de contumacia adverſarii conqueſtus erat.

TEXTUS.

1. Summa autem diviſio interdictorum hæc eſt: quod, aut prohibitoria ſunt, aut reſtitoria, aut exhibitoria. Prohibitoria ſūt, quibus prætor vetat aliquid fieri: veluti vim, ſine vitio poſſidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi: vel in ſacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri. quo pejus navigetur. Reſtitutoria ſunt, quibus jubet reſtitui aliquid: veluti bonorum poſ-

leſſori poſſeſſionem eorum, quę quis pro hærede, aut pro poſſeſſore poſſidet ex ea hæreditate: aut cum jubet, ei qui de poſſeſſione fundi vi dejectus ſit, reſtitui poſſeſſionem. Exhibitoria ſunt, per quæ jubet exhiberi: veluti eum cujus de libertate agitur: aut libertum, cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in poteſtate ejus ſunt. Sunt tamen, qui putent, proprie interdicta ea vocari, quę prohibitoria ſunt: quia interdicere ſit denuntiare & prohibere, reſtitutoria autẽ & exhibitoria, proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

COMMENTARIUS.

1 *Interdictum unde dictum.*

PRima hæc proponitur Interdictorum diviſio: cui addendum eſt ex *l.1.§.1.h.t.* quod quædam ſint mixta, prohibitoria & exhibitoria ſimul. Parũ autem refert, an diſtinctionem facias trimembrẽ, cum Juſtiniano, ut res ſit apertior, an bimembrem; quod prætor interdictis, aut prohibeat aliquid fieri, aut jubeat fieri, ſub quod membrum, & reſtitutoria & exhibitoria referri poſſunt.

Vim ſine vitio poſſidenti.] Imo vero & qui vitioſe poſſidet, dejectus interdictum habet, ut docet §. *recuperandæ 6.inf.h.t.l.3 § eum 9.de vi arm.l 2.uti poſſid.* Non male reſpondet Faber, ideo hoc dictum, quod ſine vitio poſſidens, indiſtincte habeat interdictum, ſed in eo qui vitioſe poſſedit, diſtinguatur, veluti an dejectus ſit ex intervallo an incontinenti *d.l 3.§.6.* & in Interd. uti poſſidetis, an poſſideat ab adverſario injuſte an ab alio §. *retinendæ 4. verſ. nam uti inf.h.t.* Sed & jure veteri intereſſe notant, an quis cum armis an ſine armis fuiſſet dejectus.

Veluti bonorum poſſeſſori.] Hoc Interdictum eſt itidem adipiſcendæ poſſeſſionis, de quo in §.3.

Aut cum jubet ei.] Hoc eſt recuperandæ, de quo in § 6.

Exhibitoria ſunt.] Differentia inter hæc interdicta, & actionem ad exhibendum principalis eſt; quod illa tantum ad cauſam poſſeſſionis pertinent, ſed hæc iis fere datur, qui de proprietate ſunt litigaturi *l 1 ad exhibend.* Quin interdicta exhibitoria aliquando dantur ad extorquendam tantum ab altero injuſtam poſſeſſionem rerum, quarum aut non vera, aut etiam nulla poſſeſſio eſt, veluti quæ pro liberis noſtris exhibendis, aut homine libero exhibendo competunt. Alia differentia quam addit Hotto. quod actio ad exhib. detur ob privatum intereſſe, quominus generalis ſit, facit Interdictum *de tabul. exhib.*

Proprie interdicta vocari.] Notiſſima eſt hæc ſignificatio verbi *interdicere*: nec diſſimile vero eſt, id nomen initio de his † tantum Interdictis uſurpatum, 1
quibus prætor aliquid fieri curabat; poſt autem ad cetera quoque productum; ut ipſe Juſtinianus, autor eſt.

Et vix placet conjectura Hottoman. quod particula *INTER* hic ſit adauctiva, & adeo Interdictum ſignificet prætoris decretum imperioſum; quo ſenſu vix eſt, imo non eſt ut uſpiam hoc verbũ uſurpatum reperiatur, Nec movet quod in *l.1.ut in flum. publ.* legitur, *ut per lacum, &c navigare liceat, interdicam.* hoc enim ex illa, quam modo dixi, verbi productione & quaſi abuſione procedit. Illa autem aliuſi eſt, quod interdicta appellata ſint, quaſi Interim dicta; quamvis naturæ rei non male conveniat; quoniam per interdicta tota controverſia non deciditur; ſed tantum cauſa poſſeſſionis, poſt quam ſupereſt expedienda quæſtio principalis de proprietate *leg. 2. in fin. Codic. ubi in rem actio l ordinarii 13.Cod.de rei vindicatione l. 3.C.h.t.juncta leg. is qui de rei vindicatione.* Et hoc reſpectu *Iſid lib. 5. cap.25.* Interdictum definit, quod à judice non in perpetuum, ſed pro reformando momento ad tempus interim dicitur, ſalva propoſitione actionis ejus. Et hinc *tit. Cod. ſi de moment. poſſeſſ.* Ineptior videtur eſſe notatio, quæ in fin. *h. text.* adfertur, quod interdicta ſint appellata, quia inter duos dicuntur: neque enim illius *duos* ullum veſtigium in hoc verbo apparet; licet parum obſtet objecti Hottomanni. Quod etiam plures quam duo poſſint litigare. Etenim non tam debent intelligi duo homines, quam duæ partes inter ſe adverſæ, quæ in judicio regulariter contendere ſolent. Et plures verbi cauſa actiones unius vicem ſuſtinent. Ant. Contius alio iſtud refert, quod Interdictorum cauſa apud prætorem ſolum expediatur, ſine judice pedaneo. Sed ſane judicium & controverſia tantum inter litigantes tractatur, non cum judice. Neque tamen Hottom. emendatio ferri poteſt, cum eandem & ſcilicet vulgatam lectionem

nem Theoohilus quoque, & omnia exemplaria conſtanter habeant.

TEXTUS.

2. Sequens interdictorum diviſio eſt hæc; quod quædam adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparata ſunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ. Adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa interdictum accõmodatur bonorum poſſeſſori; quod appellatur *Quorum bonorum*, eiusq; vis & poteſtas hæc eſt: ut quod ex iis bonis quiſq;, quorum poſſeſſio data eſt alicui, pro hærede, aut pro poſſeſſore poſſideat, id ei cui bonorum poſſeſſio data eſt, reſtituere debeat. Pro hærede autem videntur poſſidere, qui putat ſe eſſe hæredem. Pro poſſeſſore is poſſidet, qui nullo jure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatẽ, ſciens ad ſe non pertinere, poſſidet. Ideo autem adipiſcendæ poſſeſſionis vocatur Interdictum, quia ei tantum utile eſt, qui nũc primum conatur adipiſci poſſeſſionem. Itaque ſi quis adeptus poſſeſſionem amiſerit eam, hoc Interdictum ei inutile eſt. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparatum eſt, eoque utitur dominus fundi, de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet.

COMMENTARIUS.

HÆc eſt altera Interdictorum diviſio, ſed ſane longe anguſtior priori, & quæ minime exhaurit totum diviſum, adeo ut ad ea tantum interdicta, quibus ea quæ ad patrimonium noſtrum pertinent, perſequimur pertinere videatur, & omnino ad rem familiarem, *l. 2. §. 3 h. t.* eoque non primam diviſionem, ſed ſubdiviſionem hanc eſſe recte Interpp. notant. Recta autem eſt membrorum collocatio h. §. prius enim eſt, ut aliquid adquiramus, tum ut adquiſitum defendamus, & admiſſum recuperare ſatagamus; quo etiam facit *l. ult. d. LL.* Hoc textu proponuntur duę ſpecies, aut exempla interdicti, adipiſcendæ. Alterum Quorum bonorum alterum Salvianum. De illo tractatur, cui & contra quem detur.

Et datur ei, cui bonorum poſſeſſio à prætore data eſt, prout ſe, uſurpatur *t. t. de bon poſſ.* quæ in jure conſiſtit non in facto. & per quam quis non conſequitur poſſeſſionem corporalem & actualem (alias non opus eſſet interdicto) ſed conſequitur jus perſequendi ea quæ fuerunt defuncti *l. 3. de bon. poſſ.* uno verbo, competit hæredi prætorio. Et nimirum directo: nam utiliter hoc remedium adcommodari & iis, qui jure civili hæredes ſunt, commoditer placuit, *arg. l. 1. C. quor bon.* Datur contra eum, qui poſſidet pro hærede, vel pro poſſeſſore, quod quale ſit, & qui nam ita poſſidere dicuntur, hoc ipſo loco explicatur & in *l. pro harede 11. cum ll. ſeqq. de petit. hared.* Idque adeo monetur, ut intelligamus contra eum, qui titulo ſingulari v. c. ex emto aut donato, rem accepit & poſſidet, hoc interdictum non dari; quoniam hujus jus potentius eſt, quam ut ei res per eum, qui ſe hæredem dicit, & jure & ex perſona defuncti venit, poſſit auferri. Idque adeo ita obtinet, ſi titulus ille ſingulares ſit juſtus & validus; nam contra eum, qui invalidum & jure nullum, titulum ſingularem habet, ſicut petitio hæreditatis, ita & hoc remedium datur, per *l. nec ullam 13. §. 1 & ſeqq. de petit. hæc.* atque ita humaniter in odium hujusmodi poſſeſſoris receptum fuit; Ceteroquin videbatur ſumma juris ratio facere, ut verbi cauſa petitio hæreditatis, & alia hujuſmodi univerſalia remedia, tantum darentur contra eum, qui quoque titulum univerſalem, aut penitus nullum prætendebat. Verum, cum hæredi prætorio, competat bonorum poſſeſſoria hæreditatis petitio *t. t. de bonor. poſſeſſ. hered. petit.* cui tandem bono neceſſarium eſt, hoc interdictum? Sed nimirum differentia eadem eſt, inter hæc duo remedia, quæ eſt inter remedia petitoria & poſſeſſoria. Interdictum iſtud eſt remedium poſſeſſorium, quod celerem habet expeditionem, & proceſſum expeditum, ut citra fruſtrationes aliquas & longiores moras litis, res reſtituantur *l. 1. C. quor. bon.* quod ſecus eſt in petitione hæreditatis. Et quidem videtur hoc interdictum tendere ad rerum corporalium & actualem reſtitutionem; ut argumento *l. 2. C. quor. bon.* ubi dicitur hoc interdictum competere contra corporum poſſeſſorem; quod ipſum quoque in petitione hæreditatis ſecus eſt, quæ principaliter eo tendit, ut petitor declaretur hæres, eoque ſufficit ut reus ſit quaſi rerum

incorporalium poſſeſſor *l. 9. de petit. hered.* In eo autem utrumque hoc remedium, Interdicti, & hæreditatis petitionis convenire videntur, quod utrumque pariter eſt univerſale *l. 1. quor. bon.* Quod dupliciter verum eſt, 1. enim ſunt univerſalia & dicuntur, ratione intentionis actoris, qui ad ſe pertinere dicit univerſa bona, 2. ratione tituli in reo, qui ad ſe bona pertinere contendit. Jam enim diximus, quod ex mera ratione juris, qui pro hærede poſſidet tantum his remediis conveniri queat. Nec quidquam obſtat, quod dicitur in *l. 9. & 10. de petition. hered.* eam petitionem contra eum quoque dari, qui rem minimam tenet & poſſidet: quoniam etiam hic poteſt prætendere nihilominus titulum univerſalem, & dicere quod poſſideat pro hærede.

Hæc de prima ſpecie Interdicti adipiſcendæ poſſeſſionis. Alterum interdictum eſt, Salvianum. De hoc ait Juſtinian. *in fin. huius text.* quod competat domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Et igitur primum pro domino fundi interdictum hoc prætor propoſuit; ſicut & Serviana actio eidem initio ſolum propoſita fuit, §. *Item Serviana 7. ſup. de action.* ubi hoc tractatur. Et adeo ut aliqua utriuſque remedii ſit diverſitas, videtur Serviana quidem haud dubie contra quoſcunque poſſeſſores rerum obligatarum: Sed Salvianum Interdictum tantum contra ipſum colonum competiiſſe; directo videlicet; idque eo argumento, quod in *l. 1. de interd. Salu.* contra tertium poſſeſſorem, ex æquitate; & ſc. deficientibus interdicti verbis, utile interdictum porrigitur, & quidem in iiſdem terminis rerum a colono obligatarum, & ubi poſſeſſor cauſam & titulum ab ipſo colono habet. Quæ autem alias inter alia Interdicta, (quæ ſunt remedia poſſeſſoria) & remedia petitoria eſt, eadem inter Salvianum Interdictum & Servianam actionem fuiſſe videtur differentia; quod nimirum ſuffi eret in illo probari ſolum hoc quod res eſſet obligata, cũ ipſe colonus, & qui cauſam ab eo habebat, poſſidentes, nihil haberent, quod objicerent, quo minus poſſeſſionem reſtituerent actori.

Sed in hoc præterea; ubi contra tertium poſſeſſorem movebatur, neceſſe erat probare, quod res tempore obligationis fuiſſet in bonis debitoris. Et proinde longe utilius erat experiri Interdicto, quam actione Serviana, & ob id etiam Salvianum non dabatur niſi contra ipſum colonum, & qui cauſam ab eo habebat. Et forte ea movit ratio prætorem, ob quam in primis & primo fundi dominis contra colonum conſulium voluit, vel quod domini fundorum minus poſſent obſervare, ne res obligatæ à colonis extra urbem habitantibus in alios transferrentur; vel quod coloni eſt, ut plurimum pauperes & in re tenui eſſent; ut proinde hoc agere debuerit prætor, ut pro mercede dominis ſatisfieri ex rebus obligatis poſſet. Et igitur, ut diximus primum Interdictum hoc pro dominis fundorum contra colonos ipſos introductum, ſed poſt & ex eadem locationis fundorum cauſa, contra tertium poſſeſſorem, qui cauſam habere à colono utiliter productum fuit, *d. l. 1. de Interdict. Salu.* Sed poſtmodum ex eadem ratione receptum fuit, ut daretur utile Interdictum ex quacunque cauſa, ſed ſolummodo contra ipſum debitorem, quippe qui objicere & ipſe nihil poſſit, quo minus ex propria conventione obligatam rem creditori reſtituere teneatur: idq; probat *l. 1. C. de prec. & Salu. Interd.* ubi dicitur, hoc interdictum dari tantum contra conductorem debitoremve. Nec enim ferendi ſunt, qui particulam Ve ibi detrahunt. Et ut diximus, eadem quæ in conductore, in alio quoque debitore militat ratio: ſiquidem debitor qui ipſe rẽ obligavit, ſine turpitudinis & propriæ fraudis confeſſione non poteſt excipere, quod res non fuerit ipſius; ſed jure hoc excipit poſſeſſor tertius, maxime qui cauſam ab ipſo debitore non habet: aut alias bona fide rem accepit & tenet, & cui iniqua inferretur conditio, ſi ſimpliciter probata pignoris obligatione rem reſtituere teneretur: ſiquidem pignus rei alienæ, in præjudicium quidem debitoris, ſed non in tertii præjudicium tenet, *arg. l. 1. de pignorib. & l. rem alienam 41. de pignor act.* Cum autem initio introductum hoc eſſet Interdictum pro domino fundi pro rebus obligatis ex cauſa locationis, facilius admiſſum fuit, ut ex hac cauſa contra tertium poſſeſſorem porrigeretur. Ex quibus apparet, non leviter errare Interpp. qui Interdictum hoc ex quacunque cauſa etiam contra tertios poſſeſſores concedunt. Ex qua opinione duo conſequuntur abſurda 1. quod plane tollitur actionis Servianæ utilitas & neceſſitas, quippe cum quivis creditor Interdicto potius uſurus ſit, quo longe facilius obtinere poſſeſſionem poſſit *arg. l. 24. de rei vind.* 2. quod ita, ut diximus infertur iniqua conditio poſſeſſori, qui rem bona fide, præſertim ab alio quam à debitore accepit, & rem juxta Interdicti naturam cogitur reſtituere, licet creditor non probaverit, rem obligatam fuiſſe tum temporis

in de-

in debitoris bonis: & ita, quæ hac de re tam accurate ſe ipſa ſunt paſſim à JCtis *ſub tit. de pignor & pign. act.* penitus eludũtur. Et tamen opinio iſta Interpp. communiter recepta eſt, & in foro obtinet, ut licet intelligere ex iis, quæ de hac re ſcribunt *Angelus & alii in d. §. Item Serviana 7. ſup de actionib.*

In *verſ. ideo autem h. §.* reddit Juſtinia. rationem, cur hæc Interdicta dicantur adipiſcẽdæ poſſeſſionis, quod ei tantum utilia ſint, qui nunc primum conatur adipiſci poſſeſſionem. Licet enim hoc proponat de Interdicto quorum bonorum, tamen cum & alia ſint adipiſcendæ poſſeſſionis interdicta, niſi & his conveniat, ratio bona eſſe nõ poteſt. Et tamen videndum eſt, ne hoc falſum ſit in Interdicto Salviano, quod ſecũdo loco hic proponitur. Nam recuperandæ poſſeſſionis interdicta de quibus *h. t.* tantum iis competunt qui vi dejecti ſunt, & cur Interdictum quorum bonor. non detur poſt apprehenſam ſemel poſſeſſionem, ſpecialis ratio eſt, quod tum heres prætorius alia & propria remedia habet. At ſane ſi creditor citra vim aliquo caſu poſſeſſionem amittat, non videtur ei aliud remedium ſupereſſe quam Interdictum Salvianum; nec videtur ratio ſolida dari poſſe, cur id ei non ſit cõcedendum. Et proinde fatendum erit, rationem Juſtiniani tantum ad Interdictum *Quor. bon.* pertinere, & adeo rectam non eſſe.

TEXTUS.

3. Retinendæ poſſeſſionis cauſa comparata ſunt Interdicta, Uti poſſidetis & utrubi, cum ab utraque parte de alicujus rei proprietate controverſia ſit: & ante quæratur, uter poſſidere ex litigatoribus, & uter petere debeat. Namque niſi ante exploratum fuerit, utrius eorum poſſeſſio ſit, non poteſt inſtitui petitoria actio: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius poſſideat, & alius à poſſidente petat. Et quia commodius longe eſt, poſſidere potius quam petere, ideo plerumque fere ſemper, ingens de ipſa poſſeſſione exiſtit contentio. Commodum autem poſſidendi in eo eſt, quod etiam ſi res ejus nõ ſit, qui poſſidet, ſi modo actor nõ potuerit ſuam eſſe probare, remanet in ſuo loco poſſeſſio: propter quam cauſam, cum obſcura ſint utriuſque jura contra petitorem judicari ſolet. Sed interdicto quidem uti poſſidetis, de fundi vel ædium poſſeſſione contenditur. Utrubi vero interdicto de mobilium rerum poſſeſſione. Quorum vis & poteſtas plurimam differentiã inter ſe apud veteres habebat. Nã *uti poſſidetis* interdicto is vincebat, qui interdicti tempore poſſidebat, ſi modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adverſario poſſeſſionẽ: etiamſi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam poſſeſſionem, aut precario aliquem rogaverat, ut ſibi poſſidere liceret, utrubi vero interdicto is vincebat, qui majore parte ejus anni, nec vi nec precario nec clam ab adverſario poſſidebat. Hodie tamen aliter obſervatur. Nam utriuſque interdicti poteſtas, quantum ad poſſeſſionem pertinet, exæquata eſt, ut ille vincat & in re ſoli & in re mobili, qui poſſeſſionem nec vi nec clam nec precario ab adverſario litis conteſtatæ tempore detinet.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo duo poſſint ſibi adſerere poſſeſſionem.*
2 *Commodum poſſeſſionis.*
3 *Judicium petitorium & poſſeſſorium an poſſint cumulari.*
4 *Qui poſſit agere Int. retinendæ, qui egit rei vindicatione ad l. 12. §. 1. d. adq. poſſ.*
5 *Mobilia vere poſſidentur.*

PRoponitur in pr. utilitas hujus Interdicti, & cujus gratia præcipue ſit introductum, nimirum ad conſtituendum & ordinandum judicium petitorium ſuper proprietate: cujus conſtituendi ratio liquida eſt, ubi conſtat de poſſeſſione, & unum ſolum certo poſſidere conſtat: ſed non æque, ubi ex duob. uterque ſe poſſeſſorem eſſe cõtendit. Antequam enim conſtet quis revera poſſideat ſolus, & cujus potiora jura ſunt in judicio poſſeſſorio, conſtitui judicium petitorium ſuper proprietate non poteſt: quoniam, ut in §. *omnium ſup. de actio.* dictum eſt, in hoc judicio ſunt duo extrema, dominium in agente, & poſſeſſio in convento: qui au-

rem poſſidet, is rei vindicatione non experitur. At quomodo accidit, ut duo de retinenda poſſeſſione
1 diſputent, cum duo † in ſolidum poſſidere nõ poſſint *l. 3. §. ex contrario de adq. poſſ.* Duplex hic affertur reſponſio. 1. quod imo ex Sabinianorū opinione, duo, diverſa ſpecie poſſeſſionis v. c. alius civiliter, alius naturaliter, eandem rem in ſolidū poſſidere poſſint: cujus ſententiæ etiam multa in jure noſtro exſtāt veſtigia, & eam veriorē eſſe alibi probavimus. 2. quod in ſpeciem duo videri poſſint poſſidere, ut tamen revera unus tantum poſſideat: cū n. varii ſint actus poſſeſſorii, & quia ad probandam poſſeſſionē, (& præcipue in fundi cōtroverſiæ poſſeſſionis terminis) articulari, (ut loquuntur) ſolēt, ex uſurpatis aliquibus actibus plures ſibi poſſeſſionem poſſunt arrogare & uſurpare: ut proinde, de qualitate hujuſmodi actuum ſit cognoſcendum: & utrius cauſa potior ſit, hoc interdicto certandum & expediendum: quo qui vincet, is commodo poſſeſſionis fruetur: quod in quo conſiſtat, h. §. explicat Juſtinianus. Nimirum, quod poſſeſſor non co-
2 gitur † probare, ſed petitor, rem eſſe ſuam: & quod hoc non probato, abſolvitur poſſeſſor, licet ipſe nihil probaverit: poteſt tamen citra præjudicium ſuum poſſeſſor ſuſcipere probandi onus, ita ſc. ut nihilominus, licet ſuccūbat in probatione, res penes ipſum relinquatur, quamdiu actor rem ad ſeſe pertinere non oſtenderit: quo refero, quod ait Juſt. n. cum obſcura ſunt utriuſq; jura, ſolere contra petitorem judicari: nam ex verbo *utriuſq;* colligitur intelligi caſum, quo reus poſſeſſor aliquid probare voluerit: ceteroquin, ubi ſolo commodo poſſeſſionis nixus poſſeſſor, nihil præterea agit (quod facere poteſt) utriuſq; jura obſcura eſſe parū ſubtiliter dicerentur. Et de hac re textus ſunt, in *l. qui accuſare C. de Edendo l. 2. C. de prob. l. ult. C. de rei vind.* Et hoc nimirum generale eſt, ut reus initio probare nihil cogatur, antequam intentionem ſuam actor probaverit *l. qui accuſare & l. fruſtra 8. C. de probat. leg. negantes 9. C. de obl. & act. l. ſi quidem 9. C. de exc.* Verū contra iſtud, quod ſupra diximus ex *h. §. verſ. nāque niſi.* non poſſe inſtitui judiciū petitoriū, niſi antea in poſſeſſorio fuerit pronunciatū, objici ſolet,
3 quod non uno in loco probari videtur, judicium † poſſeſſorium & petitorium ſimul inſtitui poſſe & cumulari: quod hoc accuratius & latius exequamur, non eſt hujus inſtituti. Ut ſummatim dicam: Interpretes, qui iſtam cumulationem inducto duxerūt, ita ut ſimul & ſemper utroq; inſtitueretur cognitio & ſententia ferretur, (quod & jus Canon. ſecutum eſt in *cap. cum delictus de cauſ. poſſ. & propr.*) decepti fuerunt textibus quibuſdam juris, quos non recte intellexerunt: ſunt illi in *l. cum fundum 18. §. 1. de vi arm. l. naturaliter 12. §. 1. de adq. poſſ.* quibus probatur, quod pendente petitorio, & hoc jam inſtituto, nihilominus poſſit quis uti interdicto, & ita remedio poſſeſſorio. Hoc enim illi, ita ut dixi, acceperūt: ſed enim ita res habet. Monet JC. in *l. ſi quis 24. de rei vindic.* ut qui rem petere vult, videat an aliquo Interdicto ejus poſſeſſionē nanciſci poſſit, potius quam ut rei vindicationem inſtituat; ex eadem ratione quam h. §. proponit Juſtinianus deſumptā à commodo poſſeſſionis, quæ facit ut ſit immunis ab onere probandi, quod incumbit ei qui in rei vindicatione ſe dominum eſſe intendit: quam probationem eſſe difficilem paſſim Dd. tradunt. Secūdum hoc quæritur, ſi quis non obſervato conſilio Juriſconſulti in *d. l. 24.* & omiſſo poſſeſſorio, rei vindicationem inſtituerit, an adhuc poſſit uti Interdicto. Quod negandum videatur, quoniam contempſiſſe Juriſconſulti conſilium, & renunciaſſe remedio poſſeſſorio exiſtimari poteſt, *arg. d. l. 12. §. 1. de adquir. poſſ.* ſed contraria ſententia placuit, quoniam tam facile non præſumitur renunciatio: ſed potius ex ignorantia, vel errore tolerabili factum hoc eſſe creditur: *argum. d. l. 12. §. 1.* ubi Juriſconſultus negat propterea videri poſſeſſioni renunciaſſe, quod quis inſtituerit vindicationem. Et hoc eſt quod in *d. leg. 12. § 1. & in d. leg. 18. §. 1. de vi arm.* dicitur, pendente petitorio poſſe interdicto agi non ut ſimul cumulentur, & ſimul ſuper utroque cognoſcatur, & pronuntietur, ſed ut interim dum de poſſeſſione quæritur, petitorium judicium ſuſpendatur & differatur: quæ veriſſima illorum locorum eſt ſententia, quam olim *Ioh. & Azon.* tradiderunt, à qua ceteri male receſſerunt: & communiter enim obtinuit, ſimul utrumque judicium tractari & definiri poſſe: ut poſt *Accurſ. Bartol. alii in d. l. 12 § 1. de adq. poſſ. ſſ. Salicetus & alii in l. 3. Codic. de interdict.* tradiderunt. Ille ſcrupulus ſupereſt,
quomodo, qui † cœpit agere rei vindicatione poſ- 4
ſit interdicto retinendæ poſſeſſionis uti, ut eſt in *d. l. 12 §. 1. de adquir. poſſ.* Cum conſtet poſſeſſorem non poſſe agere rei vindicatione, & hanc dari contra poſſeſſorem: ut aut nulliter intentatam actionem, ſi petitor adhuc poſſidet: aut ſi utiliter intentata eſt, non poſſe agi interdicto retinendæ, omnino conſequi videatur. Reſpondeo per retorſionem ſive inverſionē argumenti: Quod inter I. retinendæ veluti, uti poſſidetis, reddatur inter duos, & cum uter-

uterq; ſe poſſidere contendit, ut in hoc §. ſequitur: Itaque ratione & reſpectu eo, quatenus alter ſe poſſidere contendit, & alterum poſſidere negat, poteſt contra eum fundari rei vindicatio: Et hinc porro ſequitur, quod eſt in *d. l.* 12. §. 1. quod non cẽſeatur renunciaſſe poſſeſſioni, qui inſtituit in rem actionem: quoniam ut dixi, ad eam fundandam ſatis eſt, quod alter ſe dicit poſſidere: ni adeo ad inducendum effectum, quod petitor poſſeſſioni renunciaverit, inferri non poſſit.

Sed Interdicto quidem.] Retinendæ & defendendę poſſeſſioni duplex Interdictum propoſuit prætor: pro rebus immobilibus, & mobilibus, utrumque, ut & fere cetera, denominatur à primis verbis Edicti: Quod feciſſe videtur ob diverſam harum rerum qualitatem: ſiquidem res mobiles facilius non tantum ab uno in alium transferri, ſed & eripi tenentibus poſſunt. Ex quo etiam ex parte differentia utriuſque Edicti dependere videtur, quam hoc loco proponit Juſtinianus, cum & longe magis interſit publice, defendi poſſeſſiones rerum immobilium, & relinqui tales, quales jam ſunt: & particulam NUNC Interdicto *uti poſſidetis* adjectam fuiſſe, notat *Cujacius* 5. *obſ.* 22. Et differẽtiæ tamen illius quam hic tradit Juſtin. tamquam adhuc durantis meminit *Paulus* 5. *ſentent.* 6. probabile ſit, quod Cujacius cenſet in *Parat. C uti poſſid.* à Triboniano adſcriptum eſſe ad Ulpian. Pauli coætaneum in *l* 1. §. 1. *utrubi.* quod de ſublata iſta differẽtia hoc §. legitur, quod in utroque vincat, qui tempore litis juſte ſe poſſediſſe probaverit: Juſte inquam, ut excludantur tres ſpecies injuſtæ poſſeſſionis, clandeſtinæ, violentæ & precariæ: quæ hactenus dicitur injuſta: ceteroquin reſpective, & quatenus initio habet voluntatem domini juſta appellatur in *l ſi ſervus* 22. §. 1. *de noxal action.* Atque qui una harum ſpecierum poſſidet, ſuccumbit Interdicto: ſi videlicet ab ipſo adverſario, cum quo ipſi res eſt, ita poſſideat: id eſt, ſi ipſe per vim abſtulerit poſſeſſionem, aut eum vi dejecerit: itemq; ſi clam ipſo poſſeſſionem ingreſſus fuerit, aut ipſum poſſeſſionem rei precario rogaverit: ceteroquin, licet alterius reſpectu ita poſſideat, id ipſi non nocet. Ex jure Canonico, quod uſu magis obſervatur, notant non ſufficere ad victoriam, ſi quis tantum tempore litis conteſtatæ poſſederit, ſed eſſe potiorem, qui poſſeſſionem juſtiorem & antiquiorem probaverit, *per cap. licet de probat. Weſemb. in parat. uti poſſid n.* 5. *Menoch. rem.* 3. *retin. poſſ nu.* 714. *& ſeqq.* Illud notandum, quod in *pr. hujus verſ.* æqualiter & mobilium rerum & † immobilium rerum dicitur eſſe poſſeſſio: contra Accurſium & alios, qui res mobiles proprie poſſideri negant, cum imo contrarium potius ratio ſuadeat, cum res mobiles vel maxime & proprie tradantur: Et nec ratione nec textu nititur illa ſententia. Nam quod ex *l.* 1. *de adq. poſſ.* de poſitione pedum adfertur: ineptum eſt: tum quia ea potius alluſio eſt, quam vera notatio, tum quoniam ab argumento ab Etymologia, nihil ſolidi concludi poſſe conſtat.

TEXTUS.

4. Poſſidere autem videtur quiſque non ſolum ſi ipſe poſſideat, ſed & ſi ejus nominè aliquis ſit in poſſeſſione, licet is ejus juri non ſit ſubjectus: qualis eſt colonus, & inquilinus, per eos quoq; apud quos depoſuerit quis, aut quib. commodaverit, ipſe videtur poſſidere. Et hoc eſt quod dicitur retinere poſſeſſionem poſſe aliquem, per quemlibet, qui ejus nomine ſit in poſſeſſione. Quin etiam ſolo quoq; animo poſſeſſionem retineri placet: id eſt, ut quamvis neq; ipſe ſit in poſſeſſione, neque ejus nomine alius, tamen ſi non relinquendæ poſſeſſionis animo, ſed poſtea reverſurus inde diſceſſerit, retinere poſſeſſionem videatur. Adipiſci vero poſſeſſionẽ per quos aliquis poteſt, libro ſecundo expoſuimus. Nec ulla dubitatio eſt, quin animo ſolo adipiſci poſſeſſionem nemo poſſet.

COMMENTARIUS.

1 *Poſſeſſio quomodo adquiratur.*
2 *Quomodo retineatur.*
3 *Modi poſſidendi.*
4 *An dejectus poſſideat adhuc civiliter.*
5 *An qui alieno nomine recte dicatur poſſidere.*

QUoniam interdictum hoc datur poſſidenti, 1 ideo & quomodo † adquiratur, & quomodo retineatur poſſeſſio h. §. ſtrictim docet Juſtinianus: ſiquidem, ſicut ei qui numquam poſſidere cepit, ita & ei qui poſſeſſionem ſemel adquiſitam amiſit, hoc Interdictum non datur. Ad prius pertinet quod Juſtin. in *f. hujus* §. ait, non poſſe ſolo animo

poſſeſ-

poſſeſſionem adquiri. Hoc enim facti eſt vel maxime, & conſiſtit in apprehenſione quadam rei, quam animus ſolus facere non poteſt, ſicut ex adverſo, nec corpore ſolo adquiri poſſeſſio poteſt, veluti ſi dormienti quid in manus ponatur, aut furioſo tradatur *l.* 1. §. *furioſus* 3. *de adq. poſſ.* quoniam nulla poſſeſſio eſt, ſine affectione quadam tenẽdi, *d.* §. 3. quæ requirit animum. Et itaque poſſeſſio corpore & animo ſimul adquiritur, *l. quemadmodum* 8. *d. adq. poſſeſſ.* ut non tamen manuum aut pedum opera ad hoc ſit neceſſaria, ſed ſubtiliori etiam ratione, nũquam tamen nudo animo, & citra ullum corporis actum adquiratur poſſeſſio; ut oſtendunt textus *in l.* 1 §. *ſi juſſerim* 21. *l quod meo* 18. §. 3. *l. quorundam* 51. *de adq. poſſeſſ.* Et falluntur Zaſius & alii in *l.* 3. *in princ. eod tit* dum hos caſus regula exceptos, & hic etiam nudo animo adquiri poſſeſſionem putant. Et quod Juriſconſultus in *d. l* 51. animo adquiri eo caſu poſſeſſionem dicit, non ſimpliciter excluditur opera corporis, ſed dicitur oppoſitione ad apprehenſionem craſſiorum, quæ fit manuum opera aut pedum: & eſt adeo fallacia ambiguitatis, in phraſi, *animo adquiri poſſeſſionem*: quæ eadem deprehenditur in *d. l.* 1. §. 21. Deinde huc pertinet, quod remiſſive in *fin* §. docet Juſtinianus per quos poſſeſſionem adquiramus, de quo actum eſt *ſup l.* 2. *tit. per quas perſ nob. adquir.* & quod nimirum per hos qui in poteſtate noſtra ſunt communi, ſed per procuratores ſpeciali jure poſſeſſionem adquiramus, ex rationibus, quas ibidem expoſuimus. Nihil autem huc pertinet, quod quis poſſeſſionem adquirit, ſi alter qui rem tenet & poſſidet, ipſius nomine ſe poſſidere conſtituat: neque enim ita procurator intervenit pro me, ſed ego ipſe poſſeſſionem ita mihi adquiro, per hunc modum fictæ traditionis, jure receptum & propoſitum in *d. l. quod meo* 18 *in princ. de adquir. poſſ.* de qua re & aliis modis traditionis fictæ, non eſt hic pluribus agendi locus, & nos ad *Tr. de adq. rer. dom. & adquir poſſ.* diximus. Atq; hoc primum eſt cap. h. §. quomodo adquiratur poſſeſſio. Alterum eſt, quomodo adquiſita † retineatur. Eo pertinet 1. quod eſt *h.* § *in verſ. Quinetiam* quo oſtenditur differẽtia inter adquiſitionem & retentionem. Animo ſolo non adquirimus poſſeſſionem: ſed animo ſolo eam retinemus: quod & probatur *l.* 3 §. *Nerva* 13 *de adq. poſſ* & apertius *l clam.* 6. §. 1. *eod. tit.* ubi dicitur, quod retineat poſſeſſionem, qui peregre & ad nundinas profectus eſt. Et nimis enim abſurdum foret, ut per ſolum egreſſum ex fundo aut ædibus, quis amittat poſſeſſionem. Et nimirum enim adquiſita ſemel rite poſſeſſione, jus quoddam naſcitur, ita ut non in nuda detentione aut incubatione poſſeſſio adquiſita conſiſtat, ſed in jure quo tamen quo etiam præcipue pertinet, quod paſſim dicitur, quod poſſeſſio plurimum juris habeat: & videlicet jam adquiſita: nam adprehenſio ipſa poſſeſſionis, pene tota facti eſt, in quibus terminis loquitur *l* 1. §. *furioſus* 3. *de adq poſſ.* Quod autem dicitur, animo poſſeſſionem retineri, id non ſimpliciter accipiendum, ſed ita eſt limitandum & declarandum ſi ſuperſit facultas ubi velis, corpore rurſus ingrediendi & detinendi rem ſive poſſeſſionem, ut eleganter docet *d leg* 3. §. 13. ubi dicitur, retineri poſſeſſionem, vel rem hactenus poſſideri, quatenus ſi velimus; poſſeſſionem naturalem naneiſci poſſimus. Quæ tamen ſententia præbuit Doctorib. errandi non levem occaſionem. Ita enim illi vulgo ſtatuunt, quod naturalis poſſeſſio in corpore, in animo autem civilis conſtituta ſit & conſiſtat poſſeſſio: Itaq; eum qui diſceſſit, civilem tantum poſſeſſionem dicunt retinere & habere: ſecundũ quod continuo, & ſubinde exiguis prope momentis eadẽ poſſeſſio jam civilis mox naturalis erit: quæ metamorphoſis poſſeſſionis rationi non convenit: ſed omnino ita ſtatuendum eſt, quod illa ipſa poſſeſſio, qualis eſt ſemel adquiſita etiam abſente re † retineatur, ſed ſub diverſis poſſidendi modis: Alius 3
eſt enim modus poſſidendi, quando ſimul corporaliter & naturaliter quaſi incũbo rei ipſi: alius, quando ab ipſa re diſceſſi, quam rurſus ubi volo, ingredi, & rurſus naturali modo tenere poſſum: quæ eſt ſententia Juriſconſulti, in jam *d. l* 3. § 13 *de adq poſſ.* ubi poſſeſſio pro modo poſſidendi uſurpatur. Hinc & ex *d. l* 1 § 13. cõvincitur alius error Doctorum, qui, quod de poſſeſſione animo retinenda dicitur, nimis large accipiunt, ita ut etiamſi poſſeſſio ab alio occupata ſit, etiamſi mihi amplius rẽ apprehendendi facultas non ſit, tamen civilem poſſeſſionem durare, & ejus beneficio etiam interdictum hoc uti † poſſidetis competere defendant, 4
ut videre licet ex his quæ *Iaſon Bart. & alii tractant in d. l clam* 6. §. 1 *de adq. poſſeſſ Menochius rem.* 3. *retin. poſſ numer* 37. *& ſeq.* Quæ ſententia videtur falſa, per *d. l.* 3. §. 13. & *d. l.* 6 §. 1. ubi dicitur, eum qui eum rem abſentis occupaſſet, reverſum non admiſit, vi poſſidere cenſeri: ex quo conſequitur, quod pro ſpoliatore habeatur, & alter pro dejecto, atquin dejectus non retinet poſſeſſionẽ: etenim ut jam diximus, poſtquam amplius facultatem rem ubi veli-

velimus, apprehendendi non habemus, poſſeſſio eſt amiſſa, nec jam amplius ſufficere animus ad eũ retinendam poteſt. Quamvis tamen quod & dejecto competat hoc Interd. videatur probari ex §. *retinendæ 4 h. t. verſ. quorumvis ſup. h. t.* ubi dicitur, eũ vincere qui nec vi, nec clam &c. Quod ſi enim in hoc Interdicto attenditur, an quis vi poſſideat ab adverſario, cum hoc Interd. inter eos detur qui ſe poſſeſſores aſſerunt, ſequitur etiam in terminis dejectionis huic Interd. locum eſſe poſſe. Idque admitti poteſt ſi incontinenti dejectus, & qui adhuc videtur facultatem habere recuperandi rem, moveat Interdictum: aut qui ſe revera dejectũ eſſe neget ſe adhuc poſſidere contendat: neque enim ſimpliciter quævis dejectio, prorſus adimit poſſeſſionem. Atque hoc eſt primum, quod circa retinendam poſſeſſionem hoc §. tractatur. Deinde ad hoc cap. pertinet, quod in *princip.* §. ait Juſtinianus. Non tantum per ſe, ſed per alium quem poſſe poſſidere & ita porro retinere poſſeſſionem, veluti per inquilinum, colonum, depoſitarium, commodatarium: quibus addendus eſt caſus, quem paulo ante attigimus, cum quis noſtro nomine ſe conſtituit poſſidere. Et notandum eſt, quod eleganter ſubtiliter & vere hoc §. dicitur, eſſe illos, per quos
5 † poſſidemus, *in poſſeſſione*. Et revera enim ſubtiliter dicitur & pene contradictorie, quod quis alieno nomine poſſideat, quem conſtat non poſſidere. Recte autem dicitur eſſe in poſſeſſione: quomodo qui ex primo decreto miſſi ſunt, & non poſſident, in poſſeſſione eſſe dicuntur: Eodem adeo modo, qui hoc §. referuntur, in poſſeſſione tantum ſunt, nos autem poſſidemus. Et cum diſcedentes corpore nihilominus poſſideamus, & retineamus poſſeſſionem, etiam poſſidebimus, & tanto magis, ſi alius noſtro nomine corporaliter ſit in poſſeſſione. Et iſti ſunt adeo, quorum corpore dicimus nos poſſidere *l. peregre* 44. §. *ultim. de adq poſſ.* Ex quo etiam fit ut cum rem deſerunt, nocere nobis & ut ignorantes quoque amittamus poſſeſſionem, facere poſſint *d. l.* 44. § *ultim.* de qua re & quatenus & quomodo hic nobis v. c. coloni aut inquilini obeſſe poſſint, tam ex jure veteri, quam novo, tractavimus ad *Treutl de adq. poſſ th ultim.* Et excederemus nimis terminos inſtituti noſtri, ſi omnia hic perſequeremur.

TEXTUS.

5. Recuperandæ poſſeſſionis cauſa ſolet interdici, ſi quis ex poſſeſſione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur Interdictum, *unde vi*, per quod is qui dejecit, ei cogitur reſtituere poſſeſſionem, licet is ab eo qui vi dejecit, vel clam, vel precario poſſideat. Sed ex conſtitutionibus ſacris, ut ſupra diximus, ſi quis rem per vim occupaverit, ſiquidē in bonis ejus eſt, ejus dominio privatur: ſin aliena, poſt ejus reſtitutionem, etiam rei æſtimationem dare vim paſſo compellitur. Qui autem aliquem de poſſeſſione per vim dejecerit, tenetur etiam Lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, ſi ſine armis vim fecerit: ſin autem armis eum de poſſeſsione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione, non ſolum ſcuta & gladios & galeas, ſed etiam fuſtes & lapides ſignificari intelligimus.

COMMENTARIUS.

1 *Violentiæ ſpecies.*
2 *Remedia varia contra vim.*
3 *Differentia huius Interdicti, & uti poſſidetis.*

PRoponitur hic tertia ſpecies, & ſcilicet interdictum recuperandæ poſſeſſionis, contra eum qui de poſſeſſione aliquem vi dejecit; ſed adduntur quædam alia, propter quæ Interpretes docendi cauſa, vim diſtinguere ſolent, quod alia ſit, compulſiva, quæ vindicatur. Edicto prætoris, *quod metus cauſa*: alia expulſiva, quæ vindicatur hoc Interdicto: alia ablativa, cujus objectum ſunt res mobiles, contra quarum raptorē datur in ſpecie actio vi bonorum raptorum, alia deniq; turbativa contra quam comparatum eſt interdictum *uti poſſidetis*. Etenim ea quam *Iaſon in leg. ſi quando 9 poſt pr. Cod. unde vi.* quintam ſpeciem facit, & appellat, inquietativam, revera non differt à turbativa: quiſquis enim aliquem inquietat, id eo animo facere intelligitur, ut ex ea turbatione jus aliquid ſibi, aut poſſeſsionem utiq; adſerat.

Sunt autem remedia contra vim parata, ſpecialia † quædam, ſed alia communia: Et quædam 2
ſimpliciter talia, quæ aut contra unam earum, aut contra omnes ſpecies comparata ſunt: alia reſpe-

ctive talia. Et ſimpliciter commune remedium ex Lege Julia de vi, qua quæcunque tandem vis & ſingulæ ejus ſpecies coërcentur: Utcunque in §.1. *verſ. qui autem.* id tantum proponatur de vi expulſiva, & nimirum exempli gratia; neq; enim dubitari poteſt, quin qui vi adhibita aliquem rem ſuam tradere coegerit, aut rem mobilem eripuerit, incidat in Legem Juliam de vi: & probatur ex *leg. 3. §. 2. de vi publ. leg. 1 §. 1. de vi privata.* Medii generis remedium eſt contra vim ablativam & expulſivam, ex conſtitutionibus, in §. 1. *Inſtit. vi bonor. rapt. leg. Invaſor. 5. & leg. ſi quis 7. C. unde vi,* quod attingitur *h. §. verſ. ſed ex conſtitutionibus.*

Interdictum autem quod hic proponitur, tantum pertinet ad vim expulſivam, ſi quis de poſſeſſione fundi, aut ædium dejectus fuerit: pro rebus enim mobilibus non competit, niſi per conſequentiam, quatenus cum quis dejiceretur de fundo aut ædibus, amiſſæ fuerunt *l. 1. §. 3. & 6. l. penult. de vi & vi arm.*

Et hoc docet *Juſtinianus quoq; in princip. h. §.* ibi, *fundi vel ædium*, ubi mox quæ ſubjicit, inſignem differentiam oſtendunt inter hoc interdictum, &
3 Interd. uti poſſidetis. In † hoc enim ſuccumbit, qui ab illo ipſo cum quo litigat vitioſam habet poſſeſſionem, id eſt, ſi ei vim intulerit, clam aut precario ab ipſo poſſeſſionem habuerit § *retinendæ verſ. nam uti ſup. h. titul.* At in illo & nimirum Interdicto *unde vi,* vincit ſpoliatus & dejectus, eique reſtituenda eſt poſſeſſio, licet ab eo ipſo contra quem agit, precario aut clam poſſideat, aut illum vi dejecerit: Quoniam videlicet, exceptiones nullæ in hoc Interdicto audiuntur, ſed ſpoliatus ante omnia eſt reſtituendus: & daretur occaſio tumultibus, ſi quivis dejectus, rurſus alterum vi dejicere & ſpoliare poſſet. Quod ita accipiendum eſt, ſi ex intervallo alter rurſus dejectus ſit: ceteroquin incontinenti qui dejectus eſt, rurſus dejicere poteſt, quippe ita non tam dejicere, quam poſſeſſionem ſuam conſervare, & in priſtinam cauſam reverti dicitur *l. qui poſſeſſ. 17. de vi arm.* Itaque in his terminis primo ſpoliatori, & incontinenti rurſus ſpoliato Interdictum iſtud erit inutile. Et hic tamen ſcrupulum movet, quod Paulus ſcribit *5. ſent. tit. 6.* quod qui à me clam precario vel vi poſſidet, eum impune dejicere poſſim. Qua de cauſa *Cujacius ibid. Duar 1. diſput. ann. 20. & Hottom. hic.* diſtinguunt inter Interdictum *unde vi,* & id duplex fuiſſe ex Cicerone & aliis locis confirmant: alterum de vi quotidiana, alterum de vi armata, quod & rubrica *Digeſt. lib. 43.* confirmat, De vi (ſcilicet quotidiana) & vi armata, quæ ſcilicet fiat collectis hominibus & haud dubie cum armis, & eſt eadem vis publica: quam diſtinctionem in vim privatam & publicam in *f. §.* proponit Juſtinian. Et proinde jam citati autores, Pauli locum explicant de vi quotidiana; & porro ſi id ita eſt, quod Juſtinianus hic ſcribit, ad vim armatam erit reſtringendum. Quod ſane parum convenit menti Juſtiniani hoc loco: & à quo ideo hanc diſtinctionem, aut non intellectam, aut neglectam ait *Cujac. ad Paulum d. l. 5. ſent.* prorſus ita hodie obtinet per *hunc §.* ut indiſtincte vincat hoc Interdicto, qui per quamcunq; vim & à quocunq; dejectus eſt, ut atteſtatur *Menoch. remed. 1. recup. poſſ. n. 7.*

TEXTUS.

6. Tertia diviſio Interdictorum eſt: quod aut ſimplicia ſunt, aut duplicia, ſimplicia ſunt, veluti, in quibus alter actor, alter Reus eſt, qualia ſunt omnia reſtitutoria, aut exhibitoria, nam is eſt actor, qui deſiderat aut exhiberi aut reſtitui: reus autem is eſt, à quo deſideratur, ut reſtituat aut exhibeat. Prohibitoriorum autem Interdictorũ alia ſimplicia ſunt, alia duplicia. Simplicia ſunt, veluti cum prætor prohibet in loco ſacro vel flumine publico, ripave ejus aliquid fieri: nam actor eſt, qui deſiderat, ne quid fiat: reus eſt, qui aliquid facere conatur. Duplicia ſunt, veluti, uti poſſidetis Interdictum, & utrubi. Ideo autem duplicia vocantur: quia par utriuſque litigatoris in hoc conditio eſt, nec quiſquam reus præcipue vel actor intelligitur, ſed utriuſque tam rei, quam actoris partes ſuſtinet.

COMMENTARIUS.

1 *Quo ſenſu interdicta dicantur duplicia ad* l. 2. §. ult. h. t.

NOn uno modo actiones aut duplices dicuntur aut mixtæ, ut explicavimus ad *§. quadrũ ſup. de act.* Et unus modus eſt, qui hic proponitur, quod utrumq;

uterq; litigantium fungitur partibus actoris & Rei. Quod accidit in Interdictis, quibus ad utrumque verba diriget prætor velut in Interdicto retinendæ. *uti poſſidetis, ita poſſideatis*, cui ſimile & ad fine eſt Interdictum de ſuperficiebus, quo ita interdicitur, *uti alter ab altero fruimini &c. l. 1. in pr. de ſuperfic.* quod ipſum ideo dup'ex quoque eſt *d. l. 1. § proponitur 2. de ſuperfici. b.* Duo autem circa hoc quæruntur 1. an hoc ſolo ſenſu, quod ſcilicet uterque actor ſit & reus, an & alio Interdicta poſſint dici duplicia 2. an præter Interdicta prohibitoria & quæ ſunt retinendæ poſſeſſionis, alia quoque Interdicta ita duplicia eſſe poſſint, ut in iis uterq; & actoris & Rei partes ſuſtineat. Quod ad prius attinet, † in *l. 2. § ult. h. t.* hęc verba habentur *ſunt quadam interdicta dup'icia tam recuperanda quã adipiſcenda poſſeſſionis.* Qui ſane eſt alius modus duplicitatis. Et videtur enim hoc velle Juriſconſultus, quod unum idemq; interdictum & pro adipiſcenda & recuperanda poſſeſſione competere poſſit. Verum id fieri poſſe negat *Cui. 4. obſ. 11.* ubi propterea jãte a'ra verba ex *l. 2 §. ult. in l ſeq.* transferenda aut prorſus expungenda cenſet. Et ſane ut ſimul & ſemel quis pro adipiſcenda de novo & recuperanda poſſeſſione agat, fieri non poteſt: ſed hoc tamen poteſt, ut idem Interdictum ſit adcommodatum, pro adipiſcenda poſſeſſione, & pro amiſſa recuperanda, quale ſane videtur eſſe Interdictum *Ne vis fiat ei &c.* quo quis & adipiſcitur poſſeſſionem *l. 1. & 3. in pr. Ne vis fiat*, & depulſus quoq; eam recuperat *l. 1 §. 3. d. t.*

Quod ad alterum attinet, exiſtimat Ant. Faber *2. conject. 18.* licet interdicta adipiſcendæ & recuperandæ poſſeſſionis ſua natura & regulariter ſint ſimplicia, ita ut diſtinctæ ſint actoris & Rei partes; tamen aliquando in his quoque contingere, ut uterq; litigantium partes ſuſtineat actoris & Rei. Atque ita ille JCti verba accipit in *l. 3. §. cum igitur 9 de vi arm.* ſi quis dejectus de poſſeſſione incontinenti alterũ rurſus dejecerit. Item ex *l. 1. §. 1 de Salu. interd.* ubi dicitur, quod inter ipſos dominos interdictum reddatur. Verum 1. utcunq; hoc ita dici poſſit, ad iſtum tamen ſenſum verba JCti in *d. § ultim.* detorqueri nimis durius mihi videntur. Et ſunt enim illa verba relativa, ſunt ait JCtus, interdicta, ut diximus, duplicia. Dixerat autem ille, poſſeſſionis retinendæ Interdicta eſſe duplicia: quod ipſum obſtat, ne prior explicatio de Interdicto, *Ne vis fiat*, &c. huc applicari poſſit: ut ego profecto non videam, quo verba illa, *tam adipiſcenda quam recuperanda poſſeſſionis*, referri poſſint. Præterea nec verum videtur, quod duobus illis citatis modo textibus, uterq. ſuſtineat partes actoris & Rei. Siquidem in *d. l. 1 § 1. de Salu. Interd.* poſſidentis conditio melior eſt, neq: duo eandem rem in ſolidum poſſidere dici poſſunt: & in ſpecie *l. 3. § 9 de vi arm.* utriq; hic partes actoris ſolus ſuſtinebit, qui poſterior eſt dejectus: aut ad Interdictum retinendæ illi erit recurrendum, ſi ſe poſſidere contendat.

TEXTUS.

7. De ordine & veteri exitu interdictorum, ſupervacuum eſt hodie dicere, nam quoties extra ordinem jus dicitur, (qualia ſunt hodie omnia judicia) non eſt neceſſe reddi interdictum, ſed perinde judicatur, ſine interdictis, ac ſi utilis actio ex cauſa interdicti reddita fuiſſet.

Hunc locum explicavimus ad *princ. h. t.* hoc tantum addimus, ex cauſa Interdicti olim actionem redditam fuiſſe, cum prætor ubi non patuerat alter interdicto, actionem in factum dabat, & ita ad jus ordinarium partes remittebat: ut ad *d. pr.* explicatum eſt.

AD TITULUM XVI.

LIBRI QUARTI INſtitutionum,

DE POENA TEMERE LITIgantium.

TEXTUS.

Nunc admonendi ſumus, magnam curam egiſſe eos, qui jura ſuſtinebant, ne facile homines ad litigandum procederent, quod & nobis ſtudio eſt. Idq; eo maxime fieri poteſt, quod temeritas tam agentiũ quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo juriſjurandi religione, modo infamiæ metu coerceatur.

COMMENTARIUS.

NOn ſatis reſpondet titulus his, quæ ſub eo cõtinentur, & latius patet nigrum, quam ru-

Digitized by Google

brū. Et omnino enim duę ſunt iſtius t*t. partes. Altera proponit remedia, qua homines à temere litigando, qua incipiendo qua continuando, ne id faciant, abſterreantur. Altera de remediis & modis, quibus quos temere aut incepiſſe, aut perſeveraſſe appa et, coerceantur & pu iantur. Sunt & porro remedia communia, quæ & abſterrendis hominibus, & ubi peccaverunt, coercēdis, apta nata ſunt. Et religio juri-jurandi quę in *ſi. fr.* proponitur, pertinet ad abſterrendos homines, & ad incutiendum metum, ne temere litigent, aut ut à temere cœpta lite deſiſtant, de quo mox in §. 1. Actio calumniæ, prop. fi a *d.* §. 1. ſimul abſterrebat, & coercebat eos qui calumniatori eſſent, quod & de metu infamiæ recte dicitur. Et ſpectant omnia illa & ſingula, partim Reum, partim actorem, partim utrumq;.

Magnam curam egiſſe.] Nihil magis turbat concordiam civium, quam multitudo & frequentia litium Itaq; eum (autore Platone) hoc maxime agere oporteat legiſlatorem, ut civitatem, quantum fieri poteſt, reducat quaſi ad unitatem, id eſt, ut cives quam maxime inter ſe ſint concordes, iſtud conſequenter ad curam legiſlatoris & magiſtratus, qui eſt miniſter legis, pertinere debet, ut am pu e* lites, & cauſas earum obſtruat: quanto magis curandum eſt, ut ne temere litigent homines, id eſt, ut quis per calumniam inſtituat actionem: tum ne pertinaciter conventus reus cōtradicat, ſed potius cedat & ultro ſatisfaciat. Et huic fini inſtituerunt veteres Romani ſponſiones, ut litigatores ſe mutuo provocarent, & pecuniam deponerent, quā victor recuperabat, victus amittebat, ut refert *Varro. lib. 4. de Ling. Lat. in fin. & Feſtus* (ſed loco mutilo) *in verbo ſacramentum.*

Qui juxta ſuſtinebant.] Variæ ſunt ſignificationes verbi, *ſuſtinere.* Et uſurpatur etiam pro *defendere & tueri Cicer. 4. Academ.* Philo dum nova quædam commovet, quod ea ſuſtinere vix poterat. Item pro *fulcire* Artus infirmos baculo ſuſtinere Ovid. 6. metam. *Cicero pro domo* cervicibus ſuſtinere Rempubl. & utroq; modo hic explicari poteſt verbum iſtud Hottoman. monet, intelligi JCtos; ſed quidni & magiſtratus.

TEXTUS.

1. Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex cōſtitutione noſtra defertur. Nam reus non aliter ſuis allegationib. utitur, niſi prius juraverit, quod putās ſe bona inſtantia uti ad contradicendum pervenit. At adverſus inficiantes ex quibuſdā cauſis dupli actio conſtituitur, veluti ſi dāni injuriæ, aut legatorū locis venerabilib. relictorum nomine agatur. Statim a. ab initio pluris quam ſimpli nomine, eſt actio, veluti furti manifeſti, quadrupli: nec manifeſti, dupli. Nam ex his & aliis cauſis quibuſdam, ſive quis neget, ſive fateatur, pluris quā ſimpli eſt actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia ex noſtra conſtitutione jurare cogitur, quod non animo calumniandi litem moviſſet, ſed exiſtimando ſe bonam cauſam habere: Utriuſq; etiam partes advocati, jusjurandū ſolvunt, quod alia noſtra conſtitutione comprehenſum eſt. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta ſunt, quæ in deſuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores multabat, quod numquam factum eſſe invenimus: Sed pro his introductum eſt & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator, & damnum & impenſas litis inferre adverſario ſuo cogatur.

COMMENTARIUS.

1 *Iuramentum calumniæ an olim habuerit locum & n. 4.*
2 *De veteri calumniæ actione.*
3 *Sponſiones veteres.*

E*Cce enim jusjurandum.*] Hujus religione abſterrentur homines à temere litigando, & intelligit enim juramentū calumniæ, quod non reus tantum, ſed &, ut mox in *verſ. nam etiam actor.* ſubjicitur, actor & utriuſq; partis advocati præſtare coguntur: de quo late in conſtitutione Juſtiniani in *l. 2. C. de jur. propt cal.* Et eam materiam Speculator Titulo proprio, & alii prolixe ſunt ad *d. l. 2.* exſecuti.

At adverſus inficiantes.] De iſtis actionum generib. tractatur in §. *vi autem 19. & §. ſed furti. 26. ſup. de actionib. & in §. ult. ſup. de oblig. quæ ex contr.* ubi rationem iſtius rei reddere conati ſumus. Et pendet iſtud totum à diſpoſitione juris civilis, quod in hac ſpecie.

ſpeciatim caſibus, voluit homines abſterrere à mẽdacio & inteſtata dupli pœna adigere ut fateantur. Et eſt adeo hæc particularis prorſus pœna, quæ vix in uno aut altero caſu habet locum: neq; enim illud generaliter in omnibus actionibus, & quæ ex conventione etiam deſcendunt, ſancire viſum fuit.

Statim autem ab initio.] Nihil iſtud quidem ad hanc materiam pertinet. Sed voluit Juſtin. oſtendere, non in quibusvis actionibus, quod jam diximus, habere locum, ut demum contra inficiantem ſit actio dupli. Et ſunt quædã ita comparatæ, ut durius ſit, ſi ex ea cauſa protinus adverſus inficiantem eſſet actio in duplum, veluti ſi ex contractu aut etjam quaſi ex maleficio agatur, quædam contra ita, ut nimis humanum ſit, ſi demum inficiator teneatur in duplum: quales ſunt actiones, quibus vera maleficia vindicantur: Damnum autem dare licet inter vera maleficia referatur, ejus generis tamen eſt, ut in eo non ſolum dolus, ſed & culpa vindicetur, ut ob hoc mitius cum Reo fuerit agendum. Ex cauſa legatorum, olim per damnationẽ, poſtea locis ſacris relictorum, ſpeciali ratione placuit ita coerceri improbam inficiationem. Et certa horum ſingulorum ratio dari non poteſt. Nam cum vim inferre & cogere aliquem ut rẽ tradat, vel maxime verum maleficium ſit, attamen non protinus qui inficiatur, ſed qui demum contumaciter arbitrio non paret, in quadruplum condemnatur: niſi ideo conſtitutum eſt, quoniam actio ea in rem eſt reſcripta, & contra tertium etiam poſſeſſ. datur.

Hæc autem omnia.] Ait hæc omnia introducta eſſe pro veteri calũniæ actione &c. Quę vero omnia? Dixit de pœna inficiationis ad quam hoc referri nõ poteſt, cum ea etiamnum duret, & olim quoq; ſemper in uſu fuerit. Juramentum autẽ calumniæ non pœnã irrogat, ſed injecta religione à calumniando abſterret. Itaque maxime dicitur hoc intuitu ejus quod ſequatur, quod improbus litigator damnum & impenſas litis inferre adverſario cogatur: ubi verbum damni (ſub quo alias & impenſæ litis continẽtur) in ſpecie ſumitur, & ſignificat, ſi quid præterea ex lite improbe ſibi mota quis damni ſenſerit: cujus rei exemplum ſumi etiam poteſt ex §. *tripli* 14. & §. *ſed hoc quidem* 35. *ſup. de actionib.* Et obſervandum, †
1 quod etiam jure veteri hoc genus juramenti calumniæ non omnino fuerit incognitum, quippe in cauſa novi operis nuntiationis, & damni infecti præſtandum *l. de pupillo* 5 § *qui opus* 14. *de nov. oper. nun. l. qui bona* 13. § *Qui damni* 3. & §. *ſi alieno* 13. *de dam. inf.* Quod Juſt. generaliter obtinere voluit *l. 2. C. de jurejur. propt. cal.* qui etiam de victo in expenſas condemnando diſpoſuit in genere in *l. prop. randum* 12. §. *ſive autem* 6 *C. de judic.* ubi latiſſime Dd. & inprimis Jaſon. *Itemq; Angel. Weſ. & alii hic.* Quanã illa fuerit vetus calumniæ actio, cujus hic mentio, numquam ſe leg. ſſe fatetur Hotto. hic fuiſſe ex LL. XII. tabb. & à Græcis acceptã probabile † faciunt, quæ 2
ſcripſimus ad §. *tri. li vero ſup. de act. ſub f.* Illud conſtat non intelligi actionem de calumniatoribus in quadruplum, de qua proprius eſt *tit. in Dig.* Notavit ad hunc §. *Pacius*, quod hoc juramentum apud Romanos olim actor & Reus juraverint, & provocat ad *orat. Cicer. pro Sext. Roſcio.* ſed imponit Lectori: & de iſto juriſiurandi genere, in iſta oratione eſt verbũ nullum. Sed ſane quid ſimile † iſti rei fuit, in ſponſionibus mutuis, quarum meminimus ad *pr. h. t.* & 3
earum non infrequens mentio apud Cicer. velut in orat. *pro Cecinna*, in medio: ſponſionem facere ni adverſus Edictum prætoris vis facta eſſet: & *pro Quintio, non longe ante fin.* Sponſio facta eſt: Ni ex Edicto prætoris bona Quintii poſſeſſa non ſint. *Aſconius in 3. Verrinam.* Poſſeſſor, inquit, ſatisdat &c. Rurſus ſponſione ipſe provocatur ab adverſario, certæ pecuniæ aut æſtimationis, quam admittat ni ſua ſit hereditas, de qua contendit. Quæ provocatio & ipſa videtur accepta à Græcis, apud quos in uſu προκλήσεις, quarum in *orat. 3 contr. Aphobum* & *in orat. 2. in Steph. in f.* & *alibi Demoſth.* meminit.
An autem juramentum † acceſſerit, in his ſponſionibus, an ſeparata quædam ratio jurandi fuerit non temere affirmaverim. Notum eſt, vulgatum illud, quinquagenario ſacramento contendere: quo pertinet citatus ex Varrone locus *lib. 4. de Ling. Lat. ſub fin.* Qui, inquit, aliquid petebat, & qui inficiabatur, quinquagenos æris (ita enim rectius pro *quingentos* legitur) deponebant: qui judicio vicerat, ſuum ſacramentũ ab ſacro auferebat &c. Inde enim quod mutuo juramentum interedebat, videtur factum, ut ipſa pecunia depoſita ſacramentum diceretur. Hinc eſt illud *Cicer. 7 Epiſt fam penult. ad Volumn.* ſacramento contendas, mea non eſſe. Et *1. de orat.* quibus cum tibi juſto ſacramento contendere non liceret. Idem *pro Cecinn.* cum Arretinæ mulieris libertatem defenderem, & Cotta Decemviris religionem injeciſſet, non poſſe ſacramẽtum noſtrum juſtũ judicari, &c. Et videntur utrimque litigatores juraſſe, ſe juſtam cauſam habere. Nã & ita apud Græcos, & nimirum Athenienſes, à quibus hoc acceptum videtur, Ulp. in *orat. Demoſth.* 4

de falſa legatione (pag mihi 100.) διωμοσία, inquit, ἡ γινομένη ἐν τοῖς δικαστηρίοις ὅταν ὀμνύει καὶ ὁ κατήγορος καὶ ὁ φεύγων, αὕτη δὲ καὶ ἀντωμοσία λέγεται. Id explicat Heſychius ἀντωμοσία, inquit, ἑκατέρου μέρους, (utriuſque partis) ὅρκος, τοῦ μὲν διαφεύγοντος, ὅτι μὴ ἠδίκησε, τοῦ δὲ ἐγκαλοῦντος, ὅτι ἠδίκηται. Rei, quod non fecerit injuſte: accuſatoris, quod injuſte factum ſit. Suidas ὁ τοῦ κατηγορουμένου ὅρκος ἐπὶ τῷ τ' ἀληθῆ ἀπολογήσασθαι: ὥσπερ τοῦ κατηγοροῦντος, ἐπὶ τῷ τ' ἀληθῆ κατηγορήσειν. Accuſati juramentum, quod vera ſit dicturus pro defenſione: ſicut accuſantis, quod vera ſit deducturus in accuſationem. Quod pene geminum eſt juramento calumniæ. Pollux. lib. 8. περὶ δικαστικῶν ὀνομάτων: προωμοσία μὲν ὅρκος ὃν ὁ κατήγορος προωμνύει ἦ μὴν ἀληθῆ κατηγορεῖν: ἀντωμοσία δὲ ὃν κατηγορούμενος ἀντωμνύει, ἦ μὴν μὴ ἀδικεῖν. Juramentum quod primo præſtat accuſator, ſe vera deferre: Juramentum, quod contra præſtat Reus, ſe non injuſte feciſſe. Quæ ad hunc locum adnotare viſum fuit.

TEXTUS.

2. Ex quibuſdã iudiciis damnati, ignominioſi fiunt: veluti, furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo: item tutelæ, mandati, depoſiti, directis, non contrariis actionibus. item pro ſocio, quæ ab ũtraque parte directa eſt, & ob id quilibet ex ſociis, eo judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bon. raptorum, aut iniuriarum, aut de dolo, ignominia notantur, non ſolum damnati, ſed & pacti: & recte: plurimum enim intereſt utrum aliquis ex delicto, an ex contractu debitor ſit.

COMMENTARIUS.

1 *Cur tantum ex cauſa quatuor contractuum notentur damnati*
2 *Ad* l. 6 §. 2. de his qui not. infam.
3 *An evitetur infamia ſi quis judicio conſtituto pecuniam obtulerit.*

SPeciale eſt, quod hic proponitur, quibuſdam actionibus, & non tam temeritate litigantis, quã potius dolo his caſibus admiſſo pœna infamiæ irrogatur. Pleriſque criminalibus judiciis damnato irrogatur infamia: ſed de iſtis non tractat Juſtinian. ſed de judiciis civilibus: & his tum ex delicto, tum ex contractu. Delicta quatuor enumerat ex quibus unum quaſi generale eſt, quod vindicatur propria & ſubſidiaria actione doli, de qua ſub *tit. de dolo malo.* & eſt ea actio concepta in perſonam cujus directo dolũ arguit. Facile autem apparet ratio, cur damnatus ex L. Aquil. non fiat infamis, & propterea iſta actio hic omiſſa ſit: quoniam hac L. tenetur, qui dolum etiam nullum admiſit, & ſimpliciter ad reſarciendum damnum agitur. Cũ autem quædã infamia irrogetur ipſo jure ut apparet ex *l. 1. de his qui not. inf.* ex cauſis *h. §.* enumeratis, ſententia demum infamat, & ut ait Juſtinian. DAMNATI fiunt ignominioſi. Et praxis tamen hodie obſervat, ut in ſententia ſuper injuriis, damnato fama reſervetur, quod fortaſſis rationi juris non ſatis convenit arg. *l. non poterit 63. de furtis.*

Item tutela.] Illud quæri poſſit, cur † non idem ſit in empto, locato, commodato &c. Tractant eam 1
Donell. 18. comm. 8. Alciat. 2. parerg. 36. Et quod venditionem & locationem, cum ibi quiſque ſuum lucrum quærat, non fuit ſatis cauſæ, qui non ſervaret fidem, protinus fieret infamis. Differentiam inter depoſitum & commodatum hanc d. loco reddit Alciatus, quod deponens fidem elegerit depoſitarii, cui totum permiſerit, at non ita commodans, qui forte amico poſcenti non auſus fuerit negare. At contra videatur tanto magis odio dignus, qui cum beneficium accepiſſet & gratuitum uſum, fidẽ rupit. Sed plane cum vix ob dolum depoſitarius conveniri poſſit, niſi dum negat depoſitum, turpiſſimum eſt inficiari depoſitum, quod amici fidei & pene conſcientiæ ſuæ permiſſum & quod nullo colore, cum nudam cuſtodiam habeat, negare quis poſſit. Et faciunt huc bonæ rationes, quibus *Ariſtot. problem. ſect. 29 q 2.* oſtendit, iniquius & turpius eſſe negare depoſitum quã mutuum. Porrò qui defraudat pupillos ſuæ fide commiſſos, nota iſta dignus eſt. Et jam olim judiciũ tutelæ fuiſſe famoſum, apparet ex *Cicer. 1. de orat.* ubi (agens de imperitis advocatis) turpe judicium tutelæ, hoc ſenſu appellat. Et de actione mandati, Idem *Cicero pro Sext. Roſcio.* ſi qui rem mandatam non modo malitioſius, ſed etiam negligentius geſſiſſet, eum majores ſummum dedecus admiſiſſe exiſtimabant. Itaque mandati conſtitutum eſt judicium, non minus turpe quam furti. Hactenus Cicero. Ex quo loco illud ſũme notandum, ſimpliciter iſtam actionem fuiſſe famoſam, licet non dolus expreſſe argueretur,

contra

Digitized by Google

contra quam in *l.1. de his qui not. inf.* ſcribit Accurſius (quam & *Donell. l.18. comm.* 8. ſequitur) ubi ait, quod tum demum damnatus fiat infamis, ſi ex his cauſis damnetur nomine doli, ſecus, ſi ob culpam, licet latam. Et ſane durum ſit, quem ob negligentiā fieri infamem: & an forte Cicero ſibi aliquid oratorio more indulſit. De actione pro ſocio idem *Cicero de re orat.* pro *Sexto Roſcio*. In rebus minoribus ſocium fallere, turpiſſimum eſt, & æque turpe atq; illud de quo jam diximus (nimirum de mandato.) Et mox: majores, eum qui ſocium feſelliſſet in virorum bonorum numero, non putarunt haberi oportere. Intelligenda autem omnia ſunt de his, qui ſunt damnati ſuo nomine, quod & nominatim adjectum eſt in *l.1. ver. quatro ſocio l. 4. § ult. de his qui no inf.* quod explicatur in *l.6. § 2. eod. tit.* 1. ut ſi quis † procuratorio nomine interveniens ſuſceperit judicium & damnatus ſit, (& ſententia enim ferebatur in procuratorē) infamis non fiat, quia ipſe non peccavit, aut nec ipſe principalis, qui deliquit, & per alium litigavit, fiat infamis: quia ipſe damnatus non fuit. Idem eſt ſi tutorio (& poteſt enim pupillus proximus pubertate dolum cōmittere ut delinquere) aut curatorio nomine lis fuerit agitata *d. l. 6. §. 2.* ubi idem dicitur de herede, in quem ſcilic lis eum defuncto conteſtata, continuata fuit (ceteroquin enim in heredes actiones pœnales de quibus ibi agitur non dantur) quod bonus ille Ant. Faber non intellexit, qui imprudenter & imperite, *dec. 8. de err. pragm cap 2.* vult expungi verba *vel heres* Ex contractibus autem etiam propter dolum a defuncto commiſſum, ipſa actione contractus, heredes in ſolidum tenentur, & quidem ita, ut actio in eos detur, quæ contra defunctum mota non fuit, (quod inter omnes conſtat) ſed non ita, ut notentur infamia, cum non ſuo nomine nec ob proprium dolum conveniantur.

Directis.] Ratio cur in contrariis actionibus aliud obtineat eſt in *l.6. § ult de his qui not. inf.* Et qui rē depoſi am ſibi reſtitui vult, & ſaltem impenſas v. c. quas altet ſe feciſſe prætendit, reſtituere recuſat, cum præſertim ea præſtatio poſtea ſupervenerit, nec de impenſis quidquam convenerit, non poteſt dici rumpere fidem, nec ta'e quidquam committere, propter quod infamia ſit notandus.

Sed & pacti.] Qui ſcilicet pretio dato pacti ſunt: ſi gratis remiſſa ſit actio, non notantur infamia *l. 6. §. pact. 3. de his qui not. infam. l. non damnatos 18. C eod* Ratio hujus rei eſt in *l. 5 d. t.* quod intelligatur confiteri crimen, qui ita pactus eſt. Confeſſus autē perinde eſt, ac ſi damnatus eſſet, quoniam confeſſus pro judicato habetur, *l.1 de confeſſis.* utrumque ſcilicet per fictionem quandam juris: ceteroquin ſi ea veritas eſſet, etiam pactus ex ceteris cauſis, mandati, depoſiti &c. fieret infamis: quod contra eſt *h. text. & l. 7. de his qui not. infam.* Et eſt præterea hæc diverſitatis ratio, quod q. i paciſcitur ſuper crimine, non niſi ri ... en confiteri præſumi poteſt, poſtquam hinc præſumptio confeſſionis induci ur: at qui paciſcitur ſuper contractu, præſumitur humanius, pactus eſſe ſaper eo quod intereſt alterius, ut nihil neceſſum ſit præſumi: quod falſus ſit dolum. Porro cum pactus † de crimine pretio aliquo 3 dato fiat infamis, judicium hinc licet facere de opinione Dd. qui putant evitari infamiam, ſi reus ſuſcepto maxime judicio, quin ſecundum quoſdam ſi etiam poſt litem conteſtatam uſq; ad ſententiam ſolverit pecuniam, ut videre eſt ex *Bartolo in l. actus 22. de his qui not. infam. Coſtalto in l 6 eod tit in fin. Socin. reg. 179 fall 2. Weſ. in parat. eod. ti. n. 9 Gail. 2. obſ. 103.* Et illi generaliter loquuntur de cauſis civilibus, etiam ex delicto, ita ſi ut ſi quis offerat & ſolvat pœnam dupli vel quadrupli, cum conventus eſſet actione furti non fiat infamis. Quæ ſententia mihi omnino falſa videtur: Et miror rationem qua Bartolus movetur: quod qui ſolvit, ante utique non ſit damnatus, nec damnetur. Etenim non damnatus ſolum vere, fit infamis, ſed & qui pro damnato habetur, veluti confeſſus, aut ſaltem pretio dato pactus, quæ depictio inducit præſumptionem cōfeſſionis commiſſi criminis. Atqui fortior præſumptio oritur, ſi quis v. c. furti conventus ipſam pœnā dupli aut quadrupli exſolvat; quam ſi exiguo forte pretio dato impetret, ut actio remittatur. Et rurſus miror judicium Interpretum, qui ut ita ſtatuant, moventur unico textu in *l ſi reus 73. de procurat.* nec animadvertunt, quod ibi de famoſa actione dicitur, tantum exempli cauſa proponi, & ob id ſecundum rationem juris rectiſſime de actionibus contractuū accipi de quibus paulo ante egimus, & ex quarum cauſa pactus non fit infamis.

TEXTUS.

3. Omnium autem actionum inſtituendarum principium ab ea parte Edicti proficiſcitur, qua prætor edicit de in jus vocando: utiq; enim inprimis adverſarius in jus vocandus eſt, id eſt, vocādus ad eum, qui jus dicturus ſit. Qua parte prætor parentibus &

bus & patronis, item parentibus liberiſque patronorum & patronatum hunc præſtat honorem, ut non aliter liceat liberis libertiſque eos in jus vocare, quam ſi ab ipſo prætore poſtulaverint, & impetraverint: & ſi quis aliter vocaverit, in eum pœnam ſolidorum quinquaginta conſtituit.

Commentarius.

POſſit hoc quoque ad pœnas particulares temere litigantium referri: ſi nimirum patrẽ, aut patronum liberi libertive ſine venia in jus vocaverint.

Actione.n. coercentur pœnali *h.t.in fi. l.pen. & ult. de in ius voc.* Pertinet hoc alias ad materiam § *pœnales 12. ſup. de act* ubi & hujus actionis pœnalis fit mẽtio, & ibid: de ea tractant Interpretes. Et apparet, Juſtin. id hoc loco, non tamquam exemplum aut ſpeciem temere litigantium pœnæ, propoſuiſſe, ſed ea magis occaſione, quod dixerat, actionum principium eſſe à vocatione in jus: quod ille tamquam pro colophone tractationis de actionibus, ad quam omnia hactenus dicta pertinent, & quæ hic finitur, ſubjeciſſe videtur: ut intelligeremus, actionem omnem eorum magiſtratu & judice legitime inſtituendam eſſe; & cum nemo inauditus damnari poſſit, reum in jus & (ut hoc ipſo loco explicatur) ad eum qui jus dicturus eſt, ſuper controverſa quæſtione, prius vocandum eſſe.

Et olim cum omnes actiones à prætore petendæ eſſent, & prætore niſi audita utraque parte formulam & judicem dare non poſſet, oportebat utique prius reum in jus vocatum eſſe.

Et max me, quod quidam objiciunt, concedamus, editionem priorem eſſe (& in Cod. præcedit *tit. de edendo*) nihil tamen contra hunc textum admittimus: quoniam editio actionis poteſt conſiderari hactenus ut prior quatenus & extrajudicialiter edi actio poteſt: ceteroquin poterat olim Reus ſimpliciter in jus vocari, & tum in jure, ubi erat album, dicere quam actionem petiturus à prætore eſſet, qua de cauſa in Dig. præcedit *titul. De in ius vocando.*

❧ (***) ☙

AD TITULUM XVII. LIBRI QUARTI INſtitutionum,

DE OFFICIO IUDICIS.

TEXTUS.

Supereſt, ut de officio judicis diſpiciamus. Et quidem in primis illud obſervare debet judex ne aliter judicet, quam Legibus aut conſtitutionibus aut moribus proditum eſt.

Commentarius.

1 *Diſtinctio officii judicis.*
2 *Sententia an & quatenus contra ius lata, ſit nulla.*

SVpereſt.] Quare ait *ſupereſſe* puto, quoniam iſtud quoq; pertinet ad *Tractat. de actionibus & iudiciis.* Eſt enim nihil aliud judicium, quam apud judicem rei cõtroverſæ inter actorem & reum legitima diſceptatio. Et cum igitur de actionibus exceptionibusque & ita de actore & Reo tractaverit hactenus, merito & de judice ejusq; officio aliquid fuit ſubjiciendum: quam rationem Accurſ. adfert. Ut de officio judicis aliquid in genere dicamus, id vulgo Dd. diſtinguunt in nobile & mercenarium. Rideo illos, qui in hanc diſtinctionem taurum non debacchantur: quaſi vero intelligãt Interpp. quod judex pecunia & mercede officium ſuum vendere debeat: ſed verbo non omnino commodo intelligunt officium, (ſicut & deſcribunt) quod ſubſervit actioni, & cui inſtituta actione & judicio conſtituto locus eſt: ſicut per Nobile intelligunt officium judicis, quod ut ita loquar, non eſt miniſtrans, & quod ſtat per ſe. Hujus autem rurſus docẽdi cauſa plures ſpecies conſtitui poſſunt. Aliquando enim magiſtratus ex officio quid facit, etiam nõ imploratus, veluti cum pupillis tutores conſtituit, aut contra reos vel diffamatos per inquiſitionem procedit *l.1. de iuriſdict. l. congruit 13. de of praeſ.* ſæpius id facit imploratus, & vel ad ſimplicem petitionem, veluti cum petente matre aut liberis, dat tutores pupillis, vel ad talem petitionẽ quæ eſt inſtar actio-

actionis, veluti cum damni infecti cautio poſtulatur *l. actionis 37. de Obl. & Act.* ſed & olim huc, pertinebat per tio interdicti, quæ hodie per modum actionis introducitur, *§. ult. ſup. de interd.* Quin & amplius ex ratione juris quodammodo huc referri poſſunt ea, quæ dicebantur prætoriæ cognitionis, ſed quæ cenſentur hodie jure actionum ordinariarum, & tales omnino ſunt, ſed & huc pertinet caſus, quo ſervus cui actio dari non poteſt, implorat officium prætoris contra dominum, ut in ſpecie *l. ſi liber 9. inf. C. de condict. ob cauſam.* Jam ut ad tit. noſtrum revertamur, ille quidem non tractat de officio judicis nobili, ſed nec tamen de illo quod Dd. mercenarium indigitant. Et notanda eſt omnino verbi homonymia. Dd. ea quæ ſunt officii mercenarii & ab eo veniunt, opponere iis ſolent, quæ veniunt jure actionis: quomodo uſuræ ex mora quæ negantur eſſe in obligatione, officio judicis præſtari dicuntur *l. qui per 49. § 1. de action. empt.* quomodo & impenſæ litis hoc ſenſu officio judicis adjudicantur. Alio vero ſenſu officium judicis *h. t.* uſurpatur, ita ut ſub eo vel maxime, quæ ſecundum ipſam naturam ipſius actionis judicem facere oportet, contineantur, ut ex *tot. h. tit.* apparet: & de officio judicis quædam etiam diximus in *§. omnium 1. ſup. de action.* Jam textum noſtrum videamus.

Ne aliter judices quam legibus &c.] Judex non eſt legiſlator, & apud eum non eſt jus *αὐτονομίας*, ſed *ὑπονομίας* & jus conſtitutum tamquam miniſter Legis ille dicere & partibus reddere debet. Si quid non recte ſecundum LL. fecerit judex duplex eſt quæſtio, tum de pœna judicis, tum de jure ſententiæ: & de utroque diximus aliquid ad *pr. ſup. de oblig. quaſi ex del.* Illa Dd. diſtinctio ſaltem hic obſervanda, an ſententia injuſte lata ſit contra jus ſaltem partis, an contra jus, ut loquuntur, conſtitutionis: quam petunt ex *l. 1. §. 2. quæ ſent. ſine app.* Et eſt iſtius diſtinctionis hæc ſententia, quod ſiquidem obliq; ſit lata ſententia contra jus, valeat ipſo jure ab eoq; ſit appellandum: ſin directo adverſus leges lata ſit, ipſo jure ſit nulla, nec opus appellatione: *d. l. 1. § 2.* Rectius videtur loqui *Zaſius* & ſubtilius in *leg. præſes 27. de re iud. n. 2.* an judex pronuntiaverit contra jus in theſi, an in hypotheſi, applicando illud perſonis: v. c. ſi cum peteretur ſumma, in qua continebantur uſuræ uſurarum, ſimpliciter totam ſummam adjudicaverit judex, ſententia ipſo jure valet: Quod ſi uſurarum uſuras dixerit deberi judex, nulla erit ſententia; ubi non obſtat *d. l. 27.* cujus verba, *in uſuras uſurarum condemnavit,* non ſunt judicis pronuntiantis, ſed ICti caſum referentis, & quod judex reipſa & in effectu ita condemnaverit, quod ibid. Dd. notant. Ruſſus cum de viribus teſtamenti quæſtio diſceptaretur, & de ætate diſponentis eſſet dubium, ſi ſimpliciter pro teſtamento pronuntiaverit judex, valebit ſententia: ſin pupillum teſtari poſſe pronuntiaverit, ſententia erit nulla *l. 2. Cod. quand. prov. non eſt nec.* Et hoc ita, ſi judex ſciens pronunciat contra jus, ut docet *lex cum prolatis 32. de re iud.* ubi amplius *n. 4.* notat *Zaſius*, ita obtinere ſi jus ſit certum, ſecus, ſi dubium & controverſum.

Legibus aut conſtitutionib.] Paſſim in jure noſtro iſta inter ſe opponuntur, ratione habita ad priſtinum ſtatum Reip. Rom. eumque popularem: maxime cum etiam ſub primis principibus, conniventia eorum populus adhuc rogantibus Tribunis plebis, quaſdam LL. ſanciret, quod & ſecutus eſt Juſtin. in *§. conſtat cum ſeqq. ſup. de iur. natur.* Ceteroquin in ſtatu Monarchico, quæ principes ſanciunt, non tantum propriæ & veræ, ſed & ſolæ ſunt Leges, *l. ult. C. de LL.* niſi ſi quid, ut dixi ex principum conniventia pro LL. recipiatur.

TEXTUS.

1\. Ideoque ſi noxali judicio aditus eſt, obſervare debet, ut ſi condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare Publicum Mævium, Lucio Tirio, in decem aureos condemno, aut noxæ dedere.

COMMENTARIUS.

QUod in genere, judicem debere judicare ſecundum Leges, præmiſerat, id jam exemplis aliquarum actionum propoſitis, illuſtrat, & quod in his ſit officium judicis docet: Et de actione noxali, (de qua *ſup. titul. eſt proprius*) hoc tantum, quod judex debeat reum condemnare alternative, ut noxæ aut dedat ſervum, aut pecuniam ſolvat. Ego tamen fere putarim id præciſe non eſſe neceſſarium, nec ſententiam fore nullam, ſi ita concepta non fuerit; Sed crediderim ſententiam valituram, licet Reus tantum condemnatus fuerit in pecuniam; quoniam facultatem noxæ dedendi Reus non habet ex ſententia: Sed ex Lege, ut docet *l. 6. §. 1. de re iudic.* ex qua & tale ducitur argumentum.

Quod non venit in actionem judicati, illud non neceſſe eſt, ut ſit in ſententia; atqui noxæ dare, non

Digitized by Google

re,non venit in actionem judicati: *dict. leg.* 6. §. 1. Ergo, &c. Et adeo miror judicium Hottomanni,qui ex *dict. leg.* 6. §. 1. vult probari, facultatem dedendi noxæ, nominatim in ſententia reo permittendam eſſe. Et inepta nec concludens eſt ratio,qua movetur ex *dict. leg.* 6. §. 1. quod nullum ſit judicium noxæ deditionis; cujus aſſertionis hæc ſententia eſt, ſi ſcientia, aut juſſus domini in delicto ſervi intervenerit, poteſt agi directo ad æſtimationem, nulla facta mentione noxæ deditionis. At, licet ignorante domino ſervus peccaverit, tamen pro ſola noxæ deditione agi non poteſt, quoniam ita fieret, ut dominus noxæ ſervum cogeretur dare, nec poſſet ſolvere æſtimationem damni dati; quod ratio juris haud patitur, quippe quo hoc an ſervum noxæ dare velit nec ne, libero arbitrio domini eſt permiſſum.

TEXTUS.

2. Et, ſi in rem actum ſit coram judice: ſive contra petitorem judicaverit, debet abſolvere poſſeſſorem: ſive contra poſſeſſorem, jubere ei debet, ut rem ipſam reſtituat cum fructibus. Sed, ſi neget poſſeſſor, in præſenti ſe reſtituere poſſe, & tempus ſine fruſtratione videbitur reſtituendi cauſa petere, indulgendum eſt ei, ut tamen de æſtimatione litis caveat cum fidejuſſore, ſi intra tempus, quod ei datum eſt, non reſtituerit. Et,ſi petita ſit hæreditas, eadem circa fructus interveniunt quæ diximus intervenire de ſingularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa ſua non perceperit poſſeſſor, ſive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem pene ratio habetur,ſi prędo fuerit,non habetur ratio, neque conſumptorum, neque non perceptorum. Poſt inchoatam autem petitionem, etiam illorum fructuum ratio habetur,qui culpa poſſeſſoris percepti non ſunt,vel percepti conſumpti ſunt.

Commentarius.

HIC de actione in rem, tum ſingulari tum univerſali,quæ eſt petitio hæreditatis.In utraque ut §. *hic* docet, officium judicis tum circa res petitas tum,circa fructus verſatur. Nos verba textus explicabimus.

Si contra petitorem.] Si contra petitorem judicatum ſit,abſolvere debet poſſeſſorem. Ita Juſtinian. At enim ita judicatur & hoc ipſo contra petitorem, dum abſolvitur poſſeſſor. Aut an prætera ſpeciali clauſula opus eſt? Ita ut & contra actorem judicetur,& poſſeſſor abſolvatur? quod ſane arguit hic locus; niſi ſubinepte locutum dicamus Tribonianum. Obſervavit hoc Weſembec. qui, *judicaverit* explicat, ac ſi dixiſſet, *apud ſe judicandum eſſe putaverit.*

Quod eo minus probo, quia hæc non tam ſcripſiſſe Tribonianum, quam ex veteribus Juriſconſultis deſcripſiſſe exiſtimo. Forraſſis an,cum actor intenderet, ſe eſſe dominum, ſicut ubi probaverat dominium, judex pronuntiabat *Titium actorem videri dominum l. ex diverſo* 35. §. 1. *de rei vind.* Ita ubi non probaverat, pronuntiavit judex, *Titium non videri dominum eſſe* quomodo contra petitorem judicare dicebatur, & porro conſequenter abſolvebat poſſeſſorem.

Sive contra poſſeſſorem.] Mancus hic eſt Tribonianus. Et hoc in apertum & certum eſt, quod ubi probavit actor dominium, cum ad judicis officium pertineat,ut rem jubeat reſtituere, quod juſſum judicis dicitur arbitrium in ſpecie. Et eſt enim hæc actio arbitraria, ut pluribus tractatur in §. *præterea* 31. *ſup. de act.*

Sed porro, quid ſi poſſeſſor reſtituere nolit? Et diximus ibidem propter contumaciam poſſeſſorem condemnari, quanti actor in litem juraverit, ut tamen ſi petitor hoc maluerit, & ſua intereſſe probaverit, etiam per miniſtros contumaci Reo auferri res & tradi petitori poſſit, juxta *leg. qui reſtituere* 68. *de rei vindicatione.* Sed & ad *præcedentem verſ.* addendum eſt,non tantum abſolvi reum,ſi petitor non probaverit dominium, ſed etiam aliquando, licet probaverit, ſi nimirum ſine culpa reus poſſeſſionem amiſerit, *l. ſin autem* 27. §. 1. *de rei vindicat.*

Cum fructibus.]Hoc proprie pertinet ad officium judicis in ſpecie ſumptum. Et licet enim expreſſe fructus petiti non fuerint in libello, tamen judex etiam ſuper fructibus debet pronuntiare.

Et for-

Et formula vero hujus actionis talis fuit. *ſi appa-ret rem eſſe Titii, eaque arbitrio tuo non reſtituatur, judex condemna.* Et hic enim licet nulla expreſſa mentio fiat fructuum, officio tamen judicis incumbit, ut & fructus reſtituere jubeat. Sed hic non una diſtinctione opus eſt, juxta *verſ. & ſi hære-ditas infra h. tit.*

Et 1. an poſſeſſor fuerit bonæ an malæ fidei 2. An fructus ſint naturales an induſtriales, 3. an ſint percepti & adhuc exſtantes, an conſumpti, 4. an ſint percepti ante litem conteſtatam an poſt eam. Et denique an ſint non percepti culpa poſſeſſoris, qui dicuntur percipiendi, quos ſcil. dominus percipere potuiſſet. De quibus ſingulis ut hic agamus, non eſt inſtituti noſtri, & diximus, aliquid ad § *ſi quis à non domino 36. ſuper. de rer. diviſ.*

Sed ſi poſſeſſor.] Hoc ipſa ratio æquitaſque ſuadent, ut, poſſeſſori parato reſtituere, indulgeatur juſtus terminus ſi rem ſtatim reſtituere non poſſit: ut tamen caveat, ſuper æſtimatione, ſi promiſſioni de reſtituendo non ſatisfecerit. Objicitur, quod reus damnatus quoq; ſpatium IV. menſium habeat ad ſatisfaciendum *l. ult. Cod. de uſur. rei judic.*

Sed recte reſpondent D i. id non pertinere ad actiones reales. Quod ita eſt declarandum: quoniam ſpacium iſtud datum eſt quaſi miſerationis cauſa ut expedire interim reus poſſit pecuniam: quæ ratio ceſſat, ubi reſtituenda res eſt, & ſpecies ſive certum corpus, quod Reus penes ſe habet, & ſtatim reſtituere poteſt, & vero debet; cum nulla ratio hic ſit concedendæ dilationis. Ex quo duo infero, 1. aliud fore & in realibus actionibus, ſi reus, qui non reſtituerit, condemnatus fuerit in æſtimationem; cui nimirum indulgendum eſt qua trimeſtre illud tempus 2. contra, nec in perſonalibus actionibus hanc dilationem concedendam, ſi reus itidem rem petitam apud ſe habeat, veluti ſi commodati, pignoratitia, aut depoſiti fuerit actum.

TEXTUS.

3. Si ad exhibendum actum fuerit, non ſufficit, ſi exhibeat rem, is, cum quo actum eſt, ſed opus eſt, ut etiam rei cauſã debeat exhibere; id eſt, ut eam cauſam habeat actor, quam habiturus eſſet, ſi cum primum ad exhibendum egiſſet, exhibita res fuiſſet. Ideoque ſi inter moras exhibendi uſucapta res ſit à poſſeſſore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuũ medii temporis, id eſt ejus quod poſt acceptum ad exhibendum judicium interceſſerit ante rem judicatam, rationẽ habere debet judex. Quod ſi reus neget, cum quo actum eſt ad exhibendum, in præſenti ſe exhibere poſſe, & tempus exhibendi cauſa petat, idq; ſine fruſtratione poſtulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, ſe reſtiturum. Quod ſi neq; ſtatim juſſu judicis rem exhibeat, neque ſe poſtea exhibiturum caveat, condemnandus ſit in id, quod actoris intereat, ſi ab initio res exhibita eſſet.

COMMENTARIUS.

Actio hæc hactenus ſimilis eſt actioni de qua in § *præc.* quod ſicut illic reſtituere & ſi ſtatim non poſſet, data dilatione, deſuper cavere reus tenetur, ita hic reus exhibere, & ſi ſtatim non poſſit cavere debet ſe exhibiturum, *l. de eo 12. § ſi cuſta 5. ad exhib. h. §. ver. quod ſi neget.* ubi ex *d. §. 5.* pro *reſtituturum* rectius legeretur, *exhibiturum.* Eſt autem hæc actio principaliter, præparatoria rei vindicationis, *arg. l. ad rem 56. de procurat.* ex ratione quæ ſumitur ex *l. 6. de rei vindic.* Sed tamen latius patet, & ex aliis quoque cauſis & etiam non domino, & cujus intereſt rem exhiberi competit *l. 3. §. 1. & §. ſciendum 6. & d. l. 12. §. 2. ad exhibend.* Tenetur Reus ut rem exhibeat, & quidem cum ſua cauſa, id eſt cum partu, fructibus, & quacunq; utilitate, quam actor habere potuiſſet; ſi tempore litis conteſtatæ, exhibita res fuiſſe *h § 1. pr. & verſ. præterea l. Iulianus 9. §. 3. & §. quantum 5. cum ſeq. d. t.* Itaq; condemnatur, ſi vel nõ in eadem cauſa exhibeat, vel nõ omnino exhibeat. Illius exemplum refertur ex *d. l. 9. §. proinde 6. ad exhib. in §. verſ ideoque,* ſi rem inter moras judicii uſucaptam exhibeat reus, ſive à tertio ſive etiam à ſeipſo, nam ex ratione juris veteris etiam poſt litẽ cœptam & conteſtatam impletur uſucapio. *l. 18. & 20. de rei vind.* quod hodie ſecus eſt, *l pen. & ult. C. de annali &c.* & diximus *ſupr. de uſuc.* Hoc caſu itidem, ut priori ad omne intereſſe condemnatur *h. §. in fi.* & (quod ſupplendũ eſt) aliquando quanti actor in litem juraverit *l 5. in pr. de in lit. iur. l 3. § 2. ad exhib.* quod probabiliter tum admiſſum fuit, ubi quis jure dominii rem petiit exhiberi.

TEXTUS.

4. Si familiæ erciſcundæ judicio actum ſit, ſingulas res ſingulis hæredibus adjudicare debet: Et, ſi in alterius perſona prægravare videtur adjudicatio hunc debet invicem cohæredi certa pecunia, (ſicut jam dictum eſt) condemnare. Eò quoq; nomine cohæredi ſuo quiſq; condemnatus eſt, quod ſolus fructus hæreditarii fundi perceperit, aut rem hæreditariam corruperit, vel conſumpſerit. Quæ quidem ſimiliter inter plures quoque quam duos cohæredes ſubſequuntur. Eadem interveniũt &, ſi communi dividundo de pluribus rebus actum ſit. Quod ſi de una re, veluti de fũdo, ſi quidem iſte fundus commode diviſionem regionibus recipiat, partes ejus adjudicare ſingulis debet, & ſi unius pars prægravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus eſt. Quod ſi commode dividi non poſſit, veluti ſi forte homo, aut mulus erit, de quo actum ſit, tunc totus uni adjudicãdus eſt, & is invicem alteri certa pecunia condemnandus eſt.

COMMENTARIUS.

DIximus ad § *quadam ſup de action.* iſtas actiones mixtas eſſe in rem & in perſonam. In rem quatenus quiſque jure dominii vindicat partem ſuam quam in re communi habet, in perſonã quatenus alter alteri obligatur ex quaſi contractu, ob perceptos fructus, aut expenſas factas, aut damnum in re communi datum, juxta §. *Item 3. cum ſeq. de oblig quaſi ex contr.* Ab his pendet explicatio *hujus text.* Et ad præſtationes perſonales, quatenus actio eſt in perſonam, pertinet *verſ eoquoque.* Cetera omnia ad naturam actionis in rem, ut nimirum res inter ſingulos dividantur, & jam ſinguli ſeorſim habeant, aut res integras, aut partes, pro diviſo, quas ante pro indiviſo habebant. Et nimirum agitur, aut de pluribus reb. dividendis, ut inter plures hæredes, judicio familiæ erciſcundæ, vel etiam inter ſocios ex conventione judicio comm. dividundo, aut hoc eodem judicio de rebus ſingulis dividendis. Priori caſu, ſingulas res integras ſingulis adjudicat arbiter, & ſi una res pretioſior ſit, eum cui hæc res adjudicata eſt, tantam pecuniam alteri dare jubet *h. text. in prim.* ſicut jam dictum eſt, ut ait Juſtin. nimirum ſupra in §. *quadam in fin. de action.* Quod non ita accipiendum eſt, quaſi neceſſario res integræ ſingulis hic adjudicandæ ſint, ſed ideo loquitur ita Juſt. quoniam ubi res plures dividendæ ſunt, iſta ratio dividendi cõmoda eſt, Ceteroquin ſi in hæreditate ſunt fundi, qui cõmode per regiones diviſionem recipiant, nihil impedit quominus ita illæ dividantur. Poſteriori caſu, aut res recipit partes pro diviſo, & ſingulæ ſingulis adſignantur: *h. textu verſ quod ſi de una.* ſin minus, velut ſi agatur de ſervo aut equo, qui cõmunis fuerunt; & quoniam hæc nõ recipiunt partes pro diviſo, quæ neceſſario faciendæ ſunt, ubi hic agitur, ut abeatur à communione, neceſſitas eo rem deducit, ut res æſtimetur, & uni res integra, alteri æſtimatio dimidię partis aſſignetur, quam pręſtet, qui rem integram conſequitur, juxta *h. text. verſ. quod ſi commode.*

TEXTUS.

5. Si finium regundorum actum fuerit, diſpicere debet judex an ſit neceſſaria adjudicatio: quæ ſine uno caſu neceſſaria eſt, ſi evidentioribus finibus diſtingui agros ſit commodius; quam olim diſtincti fuiſſent; nam tunc neceſſe eſt, ex alterius agro partem aliquam, alterius agri domino adjudicari. quo caſu conveniens eſt, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoq; nomine quiſque condemnãdus eſt hoc judicio: quod forte circa fines malitioſe aliquid commiſit: verbigratia, quia lapides finales furatus eſt, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine, quiſq; eo judicio condemnatur, veluti ſi quis judice jubente metiri agros paſſus non fuerit.

COMMENTARIUS.

IN judiciis duobus familiæ erciſcundæ & communi dividundo facilius fiunt adjudicationes, id eſt facilius uni res tota, aut aliquid ultra partem, quæ ad eum pertinet, à judice addicitur (quin, ut mox

ut mox dicemus in §. *ſequenti* etiam ubi æqualiter res dividitur, fit adjudicatio] Rarius in judicio fin. regund. id admittitur 1. quia agitur tantum de agris & fundis, qui facile recipiunt diviſionem.

Deinde & magis, quia non aditur hic judex tamquam ſuper re communi ut eam dividat, ſed ut cuique quod quiſque ſuum eſſe contendit, adſignet, & ad eum pertinere pronuntiat; quo intuitu hæc actio inſtar habet rei vindicationis, ut apparet, vel ex eo quod de fructibus traditur in *l 4 §. 2. fi. regund.* Idq; eſt, quod in *pr. h. text.* docet Juſtin. ubi refert caſum, quo neceſſaria eſt adjudicatio, ex *l. 2. & 3. §. 1. eod.* Quo autem intuitu hæc quoque actio dicatur perſonalis in *l 1. fin regund.* diximus remiſſive ad §. *quadam 20. ſup. de actionib.*

Eo quoque nomine] Traditur hic 1. eum quoque hoc judicio coerceri, qui malitioſe verſatus eſt. 2. contumaciam quoque puniri. Videntur iſta excedere poteſtatem judicis huic judicio addicti: nam inprimis cõſtat judicem pedaneũ multam irrogare non poſſe, quæ ſolet eſſe pœna contumaciæ, tum vero delictum, commiſſum in excidendis & furandis lapidibus & arboribus finalibus, graviorem pœnam meretur, & extra ordinem ſolet & debet coerceri arg. *l. 1 & 2. tit. de term. moto.* Crediderit quis Juſtinianum ad mores ſeculi ſui, quib. judicabant ipſi magiſtratus, ita fuiſſe locutum de hac actione. Sed idem fere eſt de contumacia in *l. 4. § 3. finium reg.* ubi dicitur condemnandus, qui judici non paret. Et vero poteſt ita accipi condemnatio, ut non multam, ſed intereſſe adverſarii ſignificet: quod jam in medio relinquo.

TEXTUS.

5. Quod autem iſtis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id ſtatim ejus fit, cui adjudicatum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *An ſententia ſit titulus vel cauſa adquirendi.*

Hinc colligere ſolent Interpp. quod ſententia transferat dominium. Et *gl in l. 5. de inſt. & iure*, ſententiam inter modos adquirendi dominii, ex jure civili, refert. Alii magis putant ſententiam iſtam tribuere titulum, ut videre eſt ex his quæ late *diſputat Iaſon in d l. ex hoc iure 5. de inſt. & iur. col. 6. & ſeqq.* Anton. Faber *de errorib. pragm. decad 98 c. 7. & ſeqq* ſpeciale eſſe ait in tribus his judiciis, ut per adjudicationem dominium adquiratur. Omnes forti-ſſime errant. Sententia nec dominium tribuit, nec titulus eſt; nec quidem in iſtis judiciis, licet hic facilius quis falli poſſit. Sed enim qui & hic litigãt, dominium & titulum jam ante habent, & judex per ſententiã & adjudicatione ſua facit, ut res quæ ante communis pro indiviſo erat, jam pro partibus diviſis cujuſque propria eſſe incipiat: & cum antea poſſeſſio penes litigantes fuerit, nec alia traditio alia neceſſaria ſit, conſequitur, ut præ exiſtente titulo & dominio, quiſque partis ſibi adſignatæ ſit dominus.

At enim dixerit quis, ita obtinere, ubi æquales partes in re, ſingulis adjudicantur: ſæpe autem accidere, quod & paulo ante diximus, ut ubi res aut plane non, aut non commode dividi poteſt, alteri tota, aut plus quam in ea habet, pro re alia, vel pro pecunia adjudicetur.

Reſpondebo, quod nec hic neceſſum ſit, ut vicem tituli ſententia fungatur, ſi quidem tum vel permutatio, ubi rem pro re ſinguli capiunt, vel ubi pecunia intervenit, intelligatur contrahi emptio *argum. l. 1. C. comm. utr. iud.* Sed etiam circa priorem caſum, quo res æqualiter dividuntur, ſubtilius objici poſſit: quod cum partes pro indiviſo quas ſocii in fundo vel alia re habent, ſint ita ſparſæ per totam rem, ut neuter ſe hujus vel illius partis dominum dicere poſſit, etiam hic videatur eſſe à poteſtate adjudicationis, quod diviſione facta partes pro diviſo ſeorſim ſinguli tenere & dominium ſibi aſſerere poſſunt. Ex quo eſt, ut ſi ſocius adhuc, partem fundi pro indiviſo pignori obligaverit, diviſione poſtea facta, non debitoris ſolius pars, ſed ſingulorũ partes pignori ſint obligatæ, ut eſt *in l 3 §. 1. qui potior. in pign* Sed enim, ſi, ubi res quæ communis erat, uni in ſolidum adjudicatur, titulum permutationis admittimus, etiam & multo magis in iſto caſu locum habere poterit. Et deciſionis *in dict. leg 3. § 1.* nulla alia ratio eſt, quam quod obligationis ſemel in parte pro indiviſo conſtitutæ conditio, per diviſionem poſt ſecutam, mutari non poteſt. Et tamen quoniam nec permutatio vera nec emptio hic contrahitur, videtur quid ſingulare hic ſententiæ judici tributum fuiſſe: & ob hanc quoq; rationem *Vlp. tit. 19* (alias 20) *de dominiis &c.* adjudicationem in his judiciis retuliſſe inter modos adquirendi dominii videtur. Denique & hoc notandum, verbum *adjudicationis* uſurpari aliquando de eo tantum caſu, quo ſocio res aliqua integra, aut ultra partẽ quam in ea habet, adſignatur, ut videtur accipi *in §. pen. in pr. h. t.* Veruntamen ex ratione

Digitized by Google

quam dixi *ex l. 3. §. 1. qui pot. in pign.* efficitur, quod recte etiam dicantur adjudicari partes æquales pro diviſo: quemodo & uſurpatur id verbum ſimpliciter ab Ulpiano, & à Juſtiniano *in §. eadem verſ. quod ſi de una h. t.*

AD TITULUM ULT. LIBRI QUARTI INſtitutionum,

DE PUBLICIS JUDICIIS.

TEXTUS.

Publica judicia neq; per actiones ordinantur, neq; omnino quidquã habent ſimile cum cæteris judiciis, de quibus locuti ſumus: magnaq; diverſitas eſt eorum, & in inſtituendo, & in exercendo. Publica autem dicta ſunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumq; datur.

COMMENTARIUS.

1 *Publica unde dicta.*

Rationem inſtituendorum, ſive conſtituendorum & exercẽdorum publicorum judiciorum proprio tractatu perſecutus eſt Sigonius. & tradidit *Briſſon. 2. ſelect. antiq. c. 1.* ex quo id deſcripſit *Gothof. ad l. ordo 8 de publ. jud.* ubi ipſe Juriſconſ. durante tamen pœna Legum cum ordinem ſublatum eſſe dicit.

Publica dicta ſunt.] Jejuna videtur † ſubtilitas Hotomanni & aliorum, qui negant ideo publica dicta hæc judicia, quod cuivis à populo eorum executio datur, ſed quia publica facta ſint, ideo cuivis eorum executionem cenſeat dari. Ecquid enim aliud hic ſignificare poteſt publicũ, quam quod hic proponitur? & an non publica facta eſſe hæc judicia, hoc ipſum ſignificat, quod quivis ex populo reos ejuſmodi deferre & accuſare poſſit: Et illa ſaltem inveſtiganda eſt ratio, cur hæc judicia & delicta tantum publica facta, & eorum perſecutio & executio permiſſa fuerit cuivis ex populo. Nec videtur alia, quam quod per iſta delicta iſta Reſpubl. lædi videtur: & ut tradunt *Duar. 1. diſput. 37. Charond. 3. veriſim. ult.* hæc judicia pro conſervanda Reipub. tranquillitate conſtituta ſunt: adeo etiam omnibus & ſingulis Reip. membris perſecutio hæc fuit concedenda. Non negarim ad hanc appellationẽ contuliſſe aliquid, & ſingularem procedendi modum, tum etiam, quod ipſe olim populus vel quos populus conſtituerat, ſuper iſtis criminibus cognoſcebant. Ex quo populares actiones ab iſtis judiciis ſeparari poſſunt.

Plerumq.] Hott. putat non male dictum pro *fere*, & limitationis gratia, quoniam multi ſunt ex populo & civibus quibus jus accuſandi negatur, de quibus *in l. qui accuſare 8. cum ll. ſeqq. de accuſat.*

TEXTUS.

1. Publicorum judiciorum quædam capitalia ſunt, quædam non capitalia. Capitalia dicuntur, quæ ultimo ſupplicio adficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera ſi quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem ſunt, non tamen capitalia. Publica autem judicia hæc ſunt: Lex Julia majeſtatis, quę in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti ſunt, ſuum vigorem extendit: cujus pœna animæ amiſſionem ſuſtinet, & etiam poſt mortem damnatur memoria Rei.

COMMENTARIUS.

1 *Capitalis cauſa quæ.*
2 *Deportatio an omnino ſubrogata in locum interdictionis aquæ & ignis.*
3 *Perduellionis crimen.*

Diviſio judiciorum publicorum à qualitate pœnæ, in capitalia & non capitalia, *ex l. 2. de publ. jud.* Capitalis cauſa in genere etiã cauſã famæ comprehendit *l. dicit 103. de V. S.* quo ſenſu intelligendus eſt Cicero pro Quintio, cauſam eã (quod idem eidem facit) appellare capitis cauſã. Sed in uſu juris noſtri cauſa capitalis dicitur, † in qua agitur de vita hominis eaq; vel naturali vel civili: Et proinde capitalis pœna eſt, per quam irrogatur mors, & hæc rurſus, vel naturalis, vel civilis: quod accidit, cũ quis fit ſervus pœnæ, veluti cum damnatur in metallũ; vel cum ſolam civitate ſalva libertate amiſ-

team mittit: quod rurſus, juxta *hunc* §. aquæ & ignis interdictione, aut deportatione. Ubi illud ſcrupu-
2 lum habet, quod utriuſq; iſtius † pœnæ meminit Juſtinianus, cum tamen poſterioribus temporibus interdictio aquæ & ignis deſiiſſe, & in ejus locum omnino deportatio videatur ſucceſſiſſe, ut probat textus *in l. 2. § 1. de pœn. l. 3. ad L. Iul. peculat.* Sed ſane & JCti non in uno loco utramque pœnam conjungunt, velut *in l. Imp. 18. de ſtat. hom. l. 5. in princ. de cap. min. l. cum quis 38. in pr. de ſolut. l. 8. § 1. & 2. de teſtamentis.* Ut fatendum ſit, ut maxime deportatio frequentior fuerit, tamen non omnino prorſus deſiiſſe veterem illam pœnam interdictionis: vix enim dicere liceat, JCtos ingnitu veteris Reipub. & moris, ſaltem & quaſi obiter pœnæ iſtius adhuc feciſſe mentionem.

Cætera publica quidem ſunt.] Sunt enim quædam publica judicia, de quib. minor pœna & ſaltem damnum pecuniarium, cum infamia (& hæc enim ex omnib. delictis publicis damnatum conſequitur *l. infamem 7. de public. jud.*) irrogatur, h. §. qui ſupplendus eſt *ex l. 2. in fin. d. t.* quod aliquando etiam pœna eſt coercitio in corpus: cujus ſpecies latiori ſignificatione etiam recte conſtituitur relegatio.

Lex Iulia Maieſtatis.] Improprie loquitur: neque enim Lex Julia majeſtatis eſt judicium publicum, ſed per eam (quæ eſt ſententia Juſtiniani) conſtitutum hoc eſt, ut iſtud crimen eſſet publicum. Nec tamen exiſtimandum eſt, ante hanc Legem Juliam iſtud aut nullum crimen aut non publicum fuiſſe: conſtat enim in omni Repub. etiam populari hoc crimen committi: ſed & conſtat, quod apud Romanos, ſub ſtatu Democratico aut Ariſtocratico fuerit publice hoc crimen vindicatum. Sed Legi Juliæ hoc tribuitur, vel quia à Julio Cæſare mutato priori ſtatu, & converſo in Monarchicum, qui ſtatus porro perduravit, lata fuit: vel quia plenius & accuratius ea Lege, iſta res ſancita fuit. Duo autem genera iſtius criminis conſtituit
3 † Juriſconſultus *in l. ultim. ad L. Iul. maieſt.* alterum quod vocatur nomine ſpeciali perduellionis crimen, ſi quis hoſtili animo ſit affectus & quid machinetur erga principem aut Rempubl. alterum, quod retineat generale nomen criminis majeſtatis, ſi quis ex alia cauſa in Legem committat: Et procul dubio enim plura capita expreſſit Lex, & plures caſus, quibus in crimen majeſtatis quis incideret, & apparet *ex toto tit. ad L. Iul. maieſt.* & inprimis *ex l. 4. 5. 6. eod.* Objiciunt quidam contra definitionem criminis perduellionis, quæ eſt *in d. l. ult.* quod imo ille dictus fuerit reus hujus criminis, qui civem Romanum contra jus libertatis & contra Leges Porcias & Semproniàs, ut peregrinum tractaſſet: quoniam hæc ſolus populus Rom. ſibi reſervaverat; velut id docent *Onufrius lib. 2. de Civ. Rom. pag. mihi 268. Nicol. Gruchius lib. 2. de comitiis cap. 2. ſub fin.* Sed ſane ſub Monarchico ſtatu iſtud procul dubio in deſuetudinem ivit. Deinde ut maxime demus, quod iſti volunt, ut ſi putant hoc ſolum fuiſſe perduellionis crimen, haud dubie errant: nam & perduellionis rei fuerunt ſub ſtatu populari, qui contra eum ſtatum conſilia de regno iniiſſent: Livius de *Caſſio. lib. 2.* ei à quæſtoribus, ex hac cauſa diem dictam perduellionis: & de Manlio Capitolino regnum affectante *lib. VI.* Duumviros, qui de perduellione anquirerent, creatos fuiſſe, refert.

Memoria rei damnatur.] Id eſt, etiam mortuo reo cognitio abſolvitur, & contra mortuum reum ſententia fertur, quod in aliis criminibus regulariter ſecus eſſe, notavimus *ad §. 1. ſup. de perp. & tempor. act.*

TEXTUS.

1. Item Lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non ſolum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, ſed & eos, qui cum maſculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem Lege Julia etiam ſtupri flagitium punitur, cum quis ſine vi vel virginem, vel viduam honeſte viventem ſtupraverit. Pœnam autem ſtupratoribus eadem Lex irrogat, ſi honeſti ſunt, publicationem partis bonorum: ſi humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

COMMENTARIUS.

1. *Stuprum quando & quomodo committatur; & ad l. 34. de adult. & ad l. 101. de V. S.*

PRobarunt jam pridem doctiſſimi JCti, & alii eruditiſſimi viri, & inter hos *Lipſius in Comment. ad Tacitum, lib. 4.* pœnam adulterii ex lege Julia non fuiſſe capitalem, ſed ex ſanctionibus poſteriorum Impp. talem factam fuiſſe. Itaque parum caute pœnam gladii Legi Juliæ adſcribit hoc loco Juſtinianus: & ſolet ita excuſari, quod cum Lex Julia pleniſſi-

niſſime de crimine adulterii & ejus pœna diſpoſuerit, etiam quæ poſtea ſuper adulterio ſancita fuerunt, et Legi fuerint adtributa. Porro ſtuprum in genere ſumptum, adulterium quoque continet, & promiſcue in Lege Julia uſurpatum fuiſſe verbũ ſtupri & adulterii teſtantur textus *in L. inter 101 de V.S. l. 6. §. 1. D. ad L. Jul. de adult.* Sed ſtuprum quod committitur in nuptam accepit ſpeciale nomẽ adulterii. Cæteri congreſſus illiciti proprium ſibi retinuerunt nomen ſtupri. Ait Modeſtinus *in d. l. 101. de V.S.* Adulterium in viduam committi, quod exempli cauſa dictum eſt: nam & congreſſus cum virgine & puero ſtuprum eſt. Et virginis mentio eſt *in d. l. 6. §. 1. de adul.* pueri, ſimul h. § & idem Modeſtinus *in l. ſtuprum 34. de adulter. meminit.* Ait hoc loco Juſt. ſtuprum committi in viduam vel virginẽ honeſte viventem, id eſt, 1. Quæ non vulgat corpus, nam ſi vidua vulget ſe palam & quaſi corpore quæſtum faciat, non committitur cum ea ſtuprũ, ſed eſt ſimplex fornicatio, quæ apud Romanos Ethnicos immunis erat à pœna. Quæ cauſſa eſt cur Apoſtoli *Actorum* 15. non interdicunt converſis ad fidem, adulterium, quod Legibus publicis puniebatur, ſed ſcortationem, quæ apud Gentiles licita erat. 2. Quæ non eſt concubina, cum hac enim non committitur ſtuprum, quia concubinatus jure Romano & adhuc Juſtinianeo eſt licitus. Idque eſt quod *in d. l. 34. de adulter.* ait Modeſtinus, ſtuprũ committere, qui liberam mulierem ſecum habet, nec ut uxorem nec ut concubinam: (meretricem enim nemo proprie loquendo ſecum habere dicitur, cum ea omnibus ſe proſtituat.) Idq; eſt quod dicitur *in l. 3 in pr. de concub.* ſi quis fœminam ſecum habet, quæ in concubinatu eſſe non poſſit, ſi eam pro uxore habere nolit, ſtuprum committere. Quæ omnia cum optime cohæreant, apparet, quam ineptus ſit Grammaticus ille Valla, dum 6. *elegan* 45. Modeſtinum *in d. l. 34. de adulter. & in d. l. 101. de V.S.* ſecum ipſo pugnantem facit.

TEXTUS.

3. Item Lex Cornelia de Sicariis, quæ homicidas ultore ferro perſequitur, vel eos, qui hominis occidendi cauſa ambulant cum telo. Telum autẽ (ut Caius noſter ex interpretatione Legum duodecim tabularum ſcriptum reliquit) vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, ſed & nũc omne ſignificat, quod manu cujuſq; jacitur, ſequitur ergo, ut lignũ & lapis & ferrum hoc nomine contineantur: ductum ab eo quod mittitur in longinquũ, à Græca voce τῆλε figuratum. Et ſic hanc ſignificationẽ poſſumus invenire & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus illi βέλος appellant, ἀπὸ τοῦ βάλλειν. Admonet nos quod Xenophon ſcripſit: καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέροντο, λογχαί, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur à Sica, quod ſignificat ferreũ cultrũ. Eadem Lege & venefici capite damnantur, qui artibus odioſis tam venenis, quam ſuſurris magicis, occiderint homines, vel mala medicamenta publice vendiderint.

COMMENTARIUS.

1 *Teli ſignificatio.*
2 *An ſuſurris magicis poſſint homines occidi.*

Hic agitur de variis homicidarum generibus, quin & his, qui hominem ſaltem occidere voluerunt. Et ita n. *in pr. hujus §* ait textus, teneri Lege Cornelia etiam qui hominis occidendi cauſa cum telo ambulaverit. Occurrendũ enim fuit gravitate pœnæ conatui ipſi, qui propinquus eſſet, ne in actum deduceretur. Veroſimile eſt, Cornelium Sullam, poſt ſæviſſimam proſcriptionem, cum paſſim cives impune trucidarentur, tandem ut cædibus finis imponeretur, ut iſtam Legem ferret, quaſi adactum fuiſſe, cujus pœna refertur *in l. 3. §. pen. ad L. Corn. de Sicar.* ſecundum quam quod de ultore ferro dicitur h. § limitandum, aut, quod *ad §. præc.* diximus huc quoque repetendum, & nimirum pœnam capitalem, quæ indiſtincte poſtea homicidis irrogata fuit, Legi Corneliæ adſcriptam fuiſſe: Conſuetudine tamen generali derogatum eſt juri iſti, quo conatus ordinaria pœna Legis Corneliæ punitur, quemadmodum atteſtatur Clarus *lib. 5. § ult. quæſt. 92.*

Telum autem.] Totum hoc deſcriptum eſt *ex l. ſi calvitur 233. §. 2. de verb. ſign.* nimirũ de [illegible] appellatione & notatione, & eſt perſpicuũ ſatis. Sed hoc non ſatis mihi videtur recte habere, quod cum Juſtinianus latius producere velit *teli* appellationem, tamen reſtringit ad id, quod manu & in longinquũ mittitur: quod & locus ex Xenophonte citatus,

Digitized by Google

rus, confirmat. Ego vero non dubito, quin Lex Cornelia, ut refertur *in l. 1. in pr. Ad L. Corn. de Sicar.* latius eo verbo ſit uſa, dum e pœnam comminatur, qui hominis occidendi cauſa ambulaverit cum telo. Quis enim dubitet eum quoque vel maxime contineri, qui hominis occidendi cauſa ambulaverit cum gladio? cui tamen ea ſignificatio *Teli* non convenit. Et ſit ſane ea quæ hic proponitur propria teli ſignificatio, at certe Lex Cornelia latius eo verbo uſa, aut ſi mavis, abuſa eſt. Quod & obſervare licet in verbo *Sicarii*, quod à Sica dictum ſub *fin.* §. ait Juſtinianus, quod ſane verbum *Sica* ſpeciale eſt. Sed ut ait *Fabius* 10. *Inſtit. cap.* 1. Sicarios per abuſionem omnes vocamus, qui cædem telo quocunque commiſerint. Et ita ſane hoc verbo utimur, cum Legem Corneliam de ſicariis, dicimus.

Eadem Lege & venefici. Venefici ambigue dicuntur, tum qui veneno graſſantur, qui utiq; ſunt homicidæ, tum qui magicis artibus idem præſtare dicuntur: Et quidem ut hic ſcribit Juſtinianus, ſuſurris magicis. Videtur ille hic ſecure ſecutus opinionem rudis vetuſtatis, quæ apparet ex LL. XII Tabb. & de qua Rævard. *lib ſing. ad eas LL. c.* 23. & paſſim ex poetis.

Horat. Epod. *5.*

Quæ ſidera excantata voce Theſſala
Lunamque cœlo diripit.

Hac enim re inprimis infamis Theſſalia, ut conſtare poteſt ex *Apuleii lib.* 1. *metamorph.* Et ejus generis multa Medeæ tribuit *Ovidius* 7. *metam.* & plura congerit loca *Delri lib. 2. quæſt. ſeu diſquiſ. magic. quæſt. 9. & adde Plin lib.* 28. *c.* 2. Verum verbis & ſuſurris hunc effectum tribuere, ineptū ſane videatur: & veriſſime *Seneca 4 nat. quæſt* 7. Rudis, inquit, antiquitas, credebat & attrahi imbres carminib. & cantibus, & repelli: quorum nihil poſſe fieri tā palam eſt, ut hujus rei cauſa nullius Philoſophi ſchola ſit intranda. Ope ſane ſpirituum improborum, homines improbos talia patrare poſſe, vix quiſquam negareauſit: & fieri ab hodiernis ſagi quædam non negaverim. Sed multa nimis temere credi, multa illis vane affingi, multa falſa per tormenta illis exprimi, nec paucas per injuriam ignibus tradi. mihi ſane perſuaſum eſt, qua de re pluribus agere non eſt hujus loci: & latiſſime Delrio d. loco, Bodinus, Wierus, Binsfeldius, Remigius Gœdelman. alii, ſcripſerunt

Malamedicamenta vendiderunt.] Medicamentum vulgo in bonam partem accipitur: hic med ū & anceps verbum eſt, ſicut Græcorum φάρμακον. Et notus eſt verſiculis.

Φάρμακα πολλὰ μὲν ἐσθλὰ μεμιγμένα, πολλὰ δὲ λυγρά.

Quin & venenum pro medio verbo uſurpari teſtatur *ICtus in l. 3. §. 2. ad L. Corn. de Sicar.* Et ut qui mala medicamenta hujuſmodi & venena hominis necandi cauſa facit vel vendit, teneatur hac Lege, rationis eſt, ad exemplum ejus qui hominis necādi cauſa cum telo ambular. Et tamen cum hæc ad perniciem hominum comparata ſint placuit & eū teneri qui ea publice vendiderit *h. §. & l. 3. §. 1 eod. tit.* & intelliguntur enim hominis necandi cauſa venundari. Et cum tamen in medicina veneni uſus eſſe poſſit. Pharmacopolæ, qui ea vendunt medicis, utique excuſati erunt.

TEXTUS.

4. Alia deinde Lex aſperrimum crimen nova pœna perſequitur, quæ Pompeia de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut ſi quis parentis, aut filii, aut omnino affectionis ejus, quæ parricidii nuncupatione continetur, fata præparaverit, ſive clam, ſive palam id auſus fuerit: nec non is, cujus dolo malo id factum eſt, vel conſcius criminis exſiſtit, licet extraneus ſit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neq; ignibus, neq; ulli alii ſolenni pœnæ ſubjiciatur, ſed inſutus culeo, cum gallo gallinaceo, cane, vipera & ſimia, & inter eas ferales comprehenſus anguſtias (ſecūdum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare vel amnem projiciatur, ut omniū elementorum uſu vivus carere incipiat, & ei cœlum ſuperſtiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel adfinitate perſonas conjunctas necaverit, Legis Corneliæ pœnam de ſicariis ſuſtinebit.

COMMENTARIUS.

1 *Parricidium quid & unde.*
2 *Pœna parricidii.*

 Prima

Digitized by Google

PRima hic quæſtio eſt de nomine parricidii. Vulgo à cæde patris dictum creditur. Sed con-
1 tradicit Feſtus, † qui parricidam dictum ait, qui quemcunq; hominem occidiſſet: ubi & adducit Legem Numæ, juxta quam parricida ſit, qui liberum hominem dolo malo occiderit. Sunt qui in Feſto non parricidium, ſed PARIcidium legi velint, quaſi ſignificet, qui occidet parem: alii parricidium generalius nomen eſſe dicũt, quaſi patricidium, non à cæde patris, ſed à patranda cæde dictum: & prius illud Hotom. hic probat. Sed contradicit Plutarchus, qui in Romulo πᾶσαν ἀνδροφονίαν, πατροκτονίαν à Romulo appellatam fuiſſe ſcribit. Aut an dicimus, Plutarchum vim Latini verbi non intellexiſſe? Quod ego haud temere dixerim. Quid quod extat apud *Ciceronem de Legibus.* 2. Qui ſacrum ſacrove commendatum clepſerit rapſeritve, parricida eſto, cujus tamen rei & nominis iſtius appellationiſque rationem ego me non intelligere ingenue fateor: neque enim ita explicari poſſit Cicero, quod iſte, ſaltem quo ad pœnam parricidæ iſtar habeatur: id enim falſum videtur, quamvis faciat aliquid quod eſt de Tarquinio apud *Valer. Max* 1. *cap.* 1. *num.* 13. eum qui vulgarat arcana religionis ejus juſſu culeo inſutum in mare abjectum fuiſſe: & id genus ſupplicii poſtea parricidis LL. 9. C. irrogatum: ut patri vindicta Deorum & parentum violatio exponeretur. Ex quo ſimul apparet, unde hæc pœna parricidarum: quam ſingulari ſapientiæ Romanorum oratorie magis quam vere tribuere videtur *Cicero orat. pro*
2 *Roſcio Amerino.* Hinc altera † quæſtio eſt de ipſa pœna & unde ea ſit. Juſtinianus eam tribuit Legi Pompeiæ: Id quidem ſi proprie loquamur, perſpicue falſum eſt. More enim majorum ita puniri ſolitos parricidas, (& adeo di ante Legem Pompeiã) teſtatur *ICtus in l. pœna* 9. *C. ad L. Pomp. de parricid.* Cui conſentit Cicero, qui pro Roſcio Amerino idem, à majoribus eam pœnam ſtatutam eſſe refert: & forte argum. ejus quod jam ex *Valer. Max.* retulimus, lata ea fuit à Decemviris, nec inepte nihilominus moribus tribuitur *in d. l.* 9. cum illo tempore jam Leges XII. Tabularum in deſuetudinem abiiſſent, ex quibus quod ſupererat, moribus receptum referebatur, Romulum plane nullam pœnam in eos qui patrem occidiſſent conſtituiſſe, teſtis eſt Plutarchus d. loco, quia id pro impoſſibili habuiſſet, ut quis occideret patrem: qua in re idem ipſi judicium fuit quod Soloni, qui teſte *Cicer. in d. oratione* interrogatus cur nullum ſupplicium in eum conſtituiſſet, qui patrem necaſſet, reſpondit, ſe id neminem facturum putaſſe quæ etiam Perſarum ſententia fuit, qui referente *Herodoto lib.* 1. non putarunt eum verum filium eſſe, ſed ſpurium & ſuppoſititium, ſi qui patrem occidiſſe diceretur. Genus pœnæ hic deſcribitur *ex l. un. C. de his qui par. occid.* & *l. un. C. Theod. eod. lib.* 9. *tit.* 15. Cicero quidem tantum culei meminit, *in d. orat. pro Roſcio*, nullius autem beſtiæ, quæ cum damnato fuerit incluſa. Et an Ciceronis ævo id ita frequentatum, ego nihil tamen affirmaverim, ſed utique hunc morem antiquiorem fuiſſe Conſtantino, cujus eſt *d. l. un.* apparet ex Juvenali, qui Satyra 8. ver. 114. de Nerone μητροκτόνον.

Cujus ſupplicio non debuit una parari
Simia, nec ſerpens unus nec culleus unus.

Et Seneca 1. *de clem. c.* 15. ubi de Auguſto, ſedente in conſilio & cognoſcente, ſuper crimine filii, qui patris vitæ inſidias ſtruxerat. Non culeum, inquit, non ſerpentes decrevit. Et, ſi ita Auguſti ævo obſervatum, quid ni & Ciceronis ætate, cum uterque eodem tempore vixerit, ſed Cicero circa 40. annis major. Sed cur addita hæc animalia? Simia dicitur ſuffocare prolem ſuam (ſed nihil hoc ad parricidium) vipera dicitur naſcendo occidere matrem. Sed quid gallus & canis? an quia matrem & prolem inceſtant? Sed nec aliæ beſtiæ ab hac culpa immunes: & nec hinc ſolida ratio deduci poteſt. Immanitatem hujus ſceleris graviter exaggerat *Cicero pro Sexto Roſc.o.*

Aut omnino affectionis.] Vulgo legitur *adfinitatis*; ſed illud ſane rectius eſt, & habetur dd. textibus *Cod Juſtinian.* & *Theodoſ.* & probant Ruffardus & Hotomannus. Intelligit autem cæteros in gradu adſcendenti & deſcendenti, *t.* 9. *ad L. Pompeiam de parricid.* Et illud de liberis poſtea haud dubie adjectum fuit: ſiquidem ex Lege Romuli & ſeqq. quoque temporibus patribus in liberos jus vitæ & necis fuit. Et *in d. t.* 9. tantum fit mentio patris & avi, non filii aut nep[illegible]tis.

Fata præparaverit.] *In l. un. C.* eſt *properaverit*. quod magis probo. Facit illud Horatii in reſponſo Canidiæ.

Si tardiora fata te votis manent.

Cujus dolo malo factum.] Sive opem tulerit ſive ſaltem mandaverit, quia mandator ſceleris eadem pœna tenetur, ut diximus ad § *illud ſup. Mandati.* Illud ſingulare, quod etiam conſcii ordinaria hac pœna adficiuntur *h.* §. & *l.* 6. *ad L. Pom. de parric.* propter atrocitatem: quod & in crimine majeſtatis obſerva-

obſervatur, de qua re & qualis ſcientia requiratur, *v. Bart. Bald. Salic. & cæteros in l. 5. §. pen. C. ad L. Iul. Maieſt. Alber. Gentil. diſp. 3. & 4. de crim. læſæ maieſt.*

TEXTUS.

5. Item Lex Cornelia de falſis, quæ etiam teſtamentaria vocatur pœnam irrogat ei, qui teſtamentum vel aliud instrumentũ falſum ſcripſerit, ſignaverit, recitaverit, ſubjecerit, vel ſignum adulterinum fecerit, ſculpſerit, expreſſerit ſciens dolo malo. Ejusque legis pœna in ſervos ultimum ſupplicium eſt, quod etiam in lege de ſicariis & veneficis ſervatur: in liberos vero deportatio.

COMMENTARIUS.

1 *Vis privata & publica.*
2 *Furtum gravius in re ſi lei alicujus commiſſa.*

APparet iſtam Legem teſtamentariam dictam fuiſſe à principaliori: cæteroquin alias quoque ſpecies falſi coercuit hæc Lex, ut hic ipſe §. docet, in quo tamen exempla tantum quædam referuntur. Et ſunt ẽt ſpecies plures: neq; ullum crimen eſt magis vagum, & quod latius pateat, quam falſi crimen. Piget cæteros textus ſubſcribere, qui prolixiores ſint futuri quam commentarii. Et *in §. ſeq.* qui agit de crimine violentiæ, diſtinctio vis privatæ & publicæ fuerit obſervanda, quæ tamen in qua conſiſtat non ſatis liquidum eſt. Apparet plane non unam eſſe ſpeciem vis publicæ. Et tenetur enim de hac vi, qui per vim aliquam perſonam ſtupraverit *l. 29. §. ult. de adulter. l. 3. §. 4. de vi publ.* quãvis forte quis dixerit, non tam vere hanc vim eſſe publicam, quam in odium violenti ſtupratoris Legis Juliæ de vi publica pœnam huc productã fuiſſe. Alia ſpecies eſt quæ committitur contra Leges publicas à perſona publica, & ſcil. magiſtratu juxta *l. 7. de vi publ.* Et ex converſo perhibeatur fortaſſis recte vis publica, quæ commiſſa eſt in perſonam publicam & magiſtratum, idq; argum. *d. l. 7. in fin.* ubi videtur Lege Julia de vi publ. teneri, qui legatos comitesq; eorum injuria affecerit. Juſtin. diſtinctionem proponit à modo, an vis fuerit illata armis an ſine armis, & horum enim uſus publicus. Equidem ſi quis collectis hominibus aliquem de fundo per vim expulerit, licet tela nulla & arma habuerit, videatur pro vi publica iſtud habendum, ne fraus committatur in Legem. Et tamen contrariũ nec eſſe hanc vim publicam, probat textus *in l. ſi quis 5. de vi priv.* niſi quis ex verbo *poſſit* inferat, eum Lege Julia de vi quoque publicas poſſe poſtulari, ſed ut nihilominus judicio mitiori poſſit conveniri. De crimine raptus quod *in fin. §.* ſubjicitur, ſatis prolixa extat ſanctio *in l. un. C. de raptu.* Sequitur de crimine peculatus: quod eſt genus furti, ab objecto diſtinctum cum quis publicã, ſacram aut religioſam rem furatur. Illud procul dubio eſt ex nova conſtitutione *l. un. C de crim. pec.* quod magiſtratus ipſi ſi pecunias publicas ſubripiant, capite puniuntur: Quo enim major hic eſt graſſandi facultas, eo gravius ſancienda fides fuit: & præbet hoc argum illorum ſententiæ, qui gravius furtũ eſſe ſtatuunt, ſi quis rem fidei ſuæ commiſſam intervertat. Cætera publica judicia tantum per indicem ſubjicit Juſtinianus, & nos ad libros Pandectarum remittit: & aut tacendum, aut plenius iſta fuerint exſequenda. Et nos igitur hic quoque ſubſiſtimus.

Finis Commentariorum in Librum IV. & ultimum Inſtitutionum.

FINIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google